



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

Processo n° 17879.000029/2008-21
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 1302-001.864 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 05 de maio de 2016
Matéria Simples Federal
Recorrente TELE 4 TELECOMUNICAÇÕES LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 2003

LOCAÇÃO DE MÃO-DE-OBRA. NÃO CONFIGURADA. EXCLUSÃO DO SIMPLES INDEVIDA.

Não se configura locação de mão-de-obra a prestação de serviço na qual não há relação de pessoalidade e subordinação entre o empregado da prestadora e a tomadora do serviço.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em dar provimento ao recurso, nos termos do relatório e votos que integram o presente julgado. Vencido o Conselheiro Rogério Aparecido Gil e acompanhando a divergência pelas conclusões a Conselheira Edeli Pereira Bessa, sendo designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Alberto Pinto Souza Junior.

(assinado digitalmente)

EDELI PEREIRA BESSA - Presidente.

(assinado digitalmente)

ROGÉRIO APARECIDO GIL - Relator.

Matosinho Machado, Marcos Antonio Nepomuceno Feitosa, Rogério Aparecido Gil e Talita Pimenta Félix.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário, interposto pela contribuinte, face ao Acórdão nº 12-23.545 - 8ª Turma da DRJ Rio de Janeiro, de 30/03/2009.

A recorrente optou pelo Simples Federal deu-se em 01/01/1999 (Representação Fiscal, fls. 03/08) e em 05/08/2008 (fl. 75) foi notificada da exclusão por prestação de serviços de locação de mão de obra (serviços de telefonia) (Ato Declaratório Executivo - ADE nº 23 de 14/07/2008, fl. 71 e Comunicação nº 104/2008, fl. 74).

Destaco os seguinte fatos e fundamentos do relatório do acórdão recorrido:

A recorrente loca mão de obra para a Petrobrás, conforme descrito nas notas fiscais emitidas pela recorrente em favor da Petrobrás (fls.08/51) e previsto em contratos de prestação destes serviços com essa empresa. Os contratos sociais (52/62), também indicam tal prestação de serviço.

A recorrente impugnou ao ADE, em síntese, nos seguintes termos:

- no contrato social não consta a atividade de locação de mão de obra;
- o objeto dos contratos com a Petrobrás era o de prestar serviços de apoio à gestão de sistemas de telecomunicações e de operação da central de atendimento, conforme fls. 16, 82, 112 e 143;
- conforme anexo II dos contratos, tais serviços foram prestados mediante cessão de mão de obra, fls.83/84, 133/134 e 163/164;
- portanto, não exerce locação de mão de obra, mas, sim, cessão de mão de obra, que são contratos diferentes;
- são contratos diferentes, pois, recolhia a contribuição previdenciária com base no artigo 146, XXIV, da IN MPS/SRP 3, de 2005, que previa claramente a contratação mediante cessão de mão de obra, conforme fls.85;
- além disto, o artigo 17, inciso XII, da LC 123/2006, que instituiu o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, mencionou os dois contratos, ficando clara a distinção que o legislador quis fazer;
- na locação de mão de obra, a atividade fim da empresa contratada é fornecer a mão de obra para a empresa contratante, sendo certo que a condução do trabalho é de responsabilidade da empresa tomadora dos serviços, estando as pessoas contratadas subordinadas, administrativamente, à empresa contratante, (tomadora dos serviços);

- na prestação de serviços mediante cessão de mão de obra, a atividade fim da empresa contratada é a prestação do serviço, que se dá mediante a cessão

de mão de obra, ou seja, o fornecimento da mão de obra pela empresa prestadora de serviços é apenas uma atividade meio, deste modo, a empresa prestadora de serviços não tem a obrigação de fornecimento de pessoas determinadas, da mesma forma, que é ela que tem a responsabilidade e assume os riscos da realização dos trabalhos, não havendo subordinação das pessoas envolvidas na realização dos trabalhos com a empresa tomadora dos serviços;

- tal entendimento encontra suporte na doutrina, fls.86, e na jurisprudência do Conselho de Contribuintes, fls.87/89.

A DRJ concluiu que:

O objeto do contrato foi a prestação de serviços por parte de profissionais selecionados previamente pela contratante (Petrobrás). O objeto do contrato não foi a prestação de serviços pura e simples por parte da recorrente, mas, sim, por trabalhadores empregados da recorrente e selecionados pela Petrobrás.

Tal qual o exemplo acima exposto, a Petrobrás contratou a recorrente para realizar determinado serviço com preço meramente estimativo, (fls.20, 116 e 147), fixado por demanda, isto é, sobre a quantidade de serviços que forem efetivamente executados e aceitos pela Petrobrás. Da mesma forma, a contratante dirigiu os trabalhadores, determinando o que fazer, cabendo-lhe, pois, a direção da execução.

A recorrente praticou contato de locação de mão de obra, uma vez que o objeto do contrato foi a cessão onerosa de mão de obra para a realização de serviços contínuos da Petrobrás.

A manifestação de inconformidade foi julgada improcedente.

A recorrente foi notificada do Acórdão da DRJ em 13/04/2009 (fl. 258). Interpôs recurso ordinário em recurso voluntário, em 12/09/2009 (fl. 189), devidamente representada (fl. 183, contrato social).

Apresentou as seguintes razões de recurso:

Tendo em vista o seu enquadramento como Microempresa ou Empresa de Pequeno Porte, a Recorrente aderiu ao SIMPLES, instituído pela Lei nº 9.317/96. Desde então, vinha efetuando o pagamento dos tributos por ela devidos, de forma simplificada, conforme previsto na referida Lei.

Em 05.08.2008, a Recorrente foi intimada do Ato Declaratório Executivo nº 23, por meio do qual foi excluída do SIMPLES, sob o fundamento de que estaria enquadrada em uma das hipóteses de vedação à opção por esse sistema simplificado de recolhimento de tributos, prevista no artigo 9º, inciso XII, alínea 'f', da Lei nº 9.317/96, qual seja, realização de operações relativas à locação de mão-de-obra.

Irresignada, a Recorrente apresentou impugnação, na qual demonstrava a improcedência do lançamento, haja vista que não exerceu, nem exerce atividade de locação de mão-de-obra, prestando, na realidade, serviços mediante cessão de mão-de-obra.

A despeito da clareza dos argumentos apresentados pela Recorrente, os julgadores de primeira instância, ao analisarem o ato de exclusão e a impugnação apresentada, decidiram indeferir a solicitação de manutenção da Empresa no SIMPLES, sob o fundamento de que locação e cessão de mão-de-obra possuem o mesmo efeito jurídico, de modo que, em tendo os contratos firmados com a Petróleo Brasileiro S.A. (Petrobrás) como objeto a prestação de serviços mediante cessão de mão-de-obra, a exclusão seria do SIMPLES devida, conforme se pode verificar pela ementa a seguir transcrita:

"SIMPLES. ATIVIDADE VEDADA.

A prestação de serviços por meio de cessão ou locação de mão-de-obra, impede o enquadramento no SIMPLES. O exercício de atividade obsta no ingresso no regime do Simples."

No entanto, não merece prosperar as alegações contidas na decisão ora recorrida, devendo ser reformada, uma vez que os contratos firmados pela Recorrente tinham por objeto a prestação de serviços mediante cessão de mão-de-obra e não a locação ou cessão pura e simples da mão-de-obra, sendo certo que, diversamente do alegado na decisão ora recorrida, tais conceitos não se confundem, possuindo características e efeitos jurídicos completamente distintos.

Esses são sucintamente os fatos e fundamentos que sustentam a reforma da decisão ora recorrida.

Da Impossibilidade Da Manutenção Do Ato de Exclusão - Inexistência de Locação de Mão-de-Obra

Conforme acima mencionado, a decisão ora recorrida manteve o entendimento de que estaria correta a exclusão da Recorrente do SIMPLES, sob o fundamento de que, apesar de os contratos celebrados pela Recorrente terem por objeto a prestação de serviços mediante cessão de mão-de-obra, esse tipo de contrato teria os mesmos efeitos jurídicos da locação de mão-de-obra, hipótese essa de vedação à opção pelo SIMPLES, nos termos do artigo 9o, inciso XII, alínea "f, da Lei nº 9.317/96.

No entanto, conforme a seguir restará demonstrado, a Recorrente celebrou com a PETROBRÁS contratos que tinham por objeto a prestação de serviços mediante cessão de mão-de-obra, que em nada se confundem com um contrato de locação de mão-de-obra.

A decisão ora recorrida, começa a análise da lide, distinguindo os conceitos e características de contratos de locação de mão-de-obra e contratos de locação de serviço. Segundo o voto do Ilustre Relator, a locação de mão-de-obra tem como objeto a cessão onerosa de mão-de-obra. Ou seja, a empresa contratada cede trabalhadores para que a empresa contratante, a qual será responsável por dirigir a execução dos trabalhadores contratados, determinando o que cada um deve fazer.

Já na locação de serviços, o objeto do contrato é o serviço em si, onde "uma das partes se obriga para com a outra a fornecer a prestação de uma atividade mediante remuneração", ficando a prestadora do serviço encarregada pela

direção do trabalho contratado. Logo, como se vê, neste caso não há a locação de mão-de-obra.

Mais adiante, a decisão conceitua a prestação de serviço mediante cessão de mão-de-obra, concluindo que "neste caso, o objeto do contrato é o fornecimento de mão-de-obra". Diante de tal conclusão, a decisão recorrida pretende sustentar que locação e cessão de mão-de-obra possuem o mesmo efeito/ alcance jurídico, conforme trecho abaixo transcrito:

"Portanto, como regra, cessão de mão-de-obra e locação de mão-de-obra, não se distinguem uma vez que, em ambos os casos, haverá a colocação à disposição do contratante, em suas dependências ou nas de terceiros, de trabalhadores que realizem serviços contínuos, relacionados ou não com a atividade-fim da empresa, quaisquer que sejam a natureza e a forma de contratação."

Contudo, tal entendimento está absolutamente equivocado.

Inicialmente, cumpre ressaltar que, diversamente do alegado pelas autoridades julgadoras, o contrato de prestação de serviços mediante cessão de mão-de-obra tem por objeto a prestação de serviços. Assim, está equivocada a premissa considerada na decisão ora recorrida de que esse tipo de contrato teria por objeto o fornecimento de mão-de-obra,

Tais contratos são absolutamente distintos, possuindo características e efeitos jurídicos diversos.

Conforme amplamente demonstrado na impugnação apresentada, na locação de mão-de-obra, a atividade fim da empresa contratada é fornecer a mão-de-obra para a empresa contratante, sendo certo que a condução do trabalho é de responsabilidade da empresa tomadora dos serviços, estando as pessoas contratadas subordinadas, administrativamente, à empresa contratante.

Por sua vez, na prestação de serviços mediante cessão de mão-de-obra, a atividade fim da empresa contratada é a prestação do serviço, que se dá mediante a cessão de mão-de-obra, ou seja, o fornecimento da mão-de-obra pela empresa prestadora de serviços é apenas uma atividade meio. Deste modo, a empresa prestadora de serviços não tem obrigação de fornecimento de pessoas determinadas, da mesma forma que é ela que tem a responsabilidade e assume os riscos da realização dos trabalhos, não havendo subordinação das pessoas envolvidas na realização dos trabalhos com a empresa tomadora dos serviços.

Para demonstrar tal diferença, vale citar as definições e distinções de locação de mão-de-obra e de cessão de mão-de-obra apresentadas no Boletim IOB:

"Esse entendimento é sustentado pelo fato de que na empresa cuja atividade é a locação de mão-de-obra, a condução dos trabalhos corre por conta da tomadora dos serviços e as pessoas envolvidas no desenvolvimento das tarefas subordinam-se,

administrativamente, a essa empresa. A locadora, no caso, age, simplesmente, como um "ente facilitador" que busca atender às necessidades do contratante.

Já na prestação de serviços o conceito é outro. A empresa que presta o serviço tem pleno controle administrativo sobre o pessoal envolvido no desenvolvimento da tarefa, não cabendo à empresa tomadora do serviço qualquer poder de subordinação sobre as pessoas envolvidas no trabalho. Além disso, a responsabilidade pelo empreendimento e os riscos na realização dos trabalhos é de exclusiva responsabilidade do contratado."

O então Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda, atualmente denominado Conselho Administrativo de Recursos Fiscais do Ministério da Fazenda, analisando situação na qual havia confusão entre os conceitos de locação de mão-de-obra e prestação de serviços com cessão de mão-de-obra, justamente para fins de opção pelo SIMPLES, pacificou o entendimento no sentido de que se trata de conceitos absolutamente distintos:

"SIMPLES. EXCLUSÃO. LOCAÇÃO DE MÃO-DE-OBRA. IMPROCEDÊNCIA.

Não caracteriza locação de mão-de-obra a contratação por parte de pessoa jurídica, junto à outra pessoa jurídica, na qualidade de contratante, a cessão de trabalhadores para execução de tarefas, mesmo quando as atividades contratadas devam ser executadas no espaço de fábrica ou físico da contratante, desde que as atividades laborais exercidas não caracterizem vínculo direto ou indireto entre o contratante e o efetivo prestador (pessoa física) de serviço contratado, seja pela inexistência de relação de subordinação/hierarquia, ou pela inexistência de continuidade na realização da prestação desses serviços, ou mesmo pela inexistência de pagamento efetuado diretamente pelo contratante ao executor pessoa física da tarefa, da atividade ou serviço. RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO"

"SIMPLES. LOCAÇÃO DE MÃO DE OBRA. EXCLUSÃO. Há que se distinguir a contratação da prestação de serviços com cessão de mão-de-obra da assim chamada locação de mão-de-obra. No primeiro caso há uma "locação de serviços" com disponibilização de mão-de-obra, de força de trabalho, não há, no entanto, obrigação da contratada de fornecer determinada pessoa, mas sim alguma pessoa, e, portanto, não há pessoalidade dos obreiros cedidos. Neste caso, nenhum impedimento à opção pelo SIMPLES. RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO."

"SIMPLES - OPÇÃO - Há que se distinguir a contratação da prestação de serviços com cessão de mão-de-obra da assim chamada locação de mão-de-obra. No primeiro caso há uma "locação de serviços" com disponibilização de mão-de-obra, de força de trabalho, não há, no entanto, obrigação da contratada de fornecer determinada pessoa, mas sim alguma pessoa, e, portanto, não há pessoalidade dos obreiros cedidos. Neste caso, nenhum

impedimento à opção pelo SIMPLES. Recurso a que se dá provimento."

"SIMPLES - PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE MANUTENÇÃO - Não se pode confundir a prestação de serviços genérica com a locação de mão-de-obra, por serem institutos jurídicos distintos. II - A pessoa jurídica que tem por atividade a prestação de serviços, pura e simples, não está vedada de optar pelo SIMPLES, por ser taxativa a lista de exclusões. Recurso provido."

Pela análise do voto do Relator Conselheiro Luciano Lopes de Almeida Moraes no acórdão nº 302-38050, a seguir transcrito, verifica-se que a locação se distingue da cessão de mão-de-obra, na medida em que na primeira há uma pessoalidade dos prestadores de serviços cedidos, enquanto na segunda há uma mera prestação de serviços, com disponibilidade de pessoal, não havendo obrigação da empresa prestadora de serviços em fornecer determinada pessoa:

"Deve-se diferenciar a contratação da prestação de serviços com a locação de mão-de-obra. No primeiro caso há uma "locação de serviços" com disponibilização de mão-de-obra, não havendo obrigação da contratada de fornecer determinada pessoa, mas sim alguma pessoa, e, portanto, não há pessoalidade dos obreiros cedidos, como é o presente caso, não havendo, então, nenhum impedimento à opção e manutenção da empresa no SIMPLES."

Portanto, é evidente que está equivocado o entendimento manifestado na decisão ora recorrida no sentido de que locação de mão-de-obra e prestação de serviços mediante cessão de mão de obra teriam o mesmo alcance jurídico.

A decisão ora recorrida, pretendendo sustentar essa conclusão alega, ainda, que estaria fundamentada no parágrafo 3o, do artigo 31, da Lei nº 8.212/91, que assim dispõe:

"Artigo 31 - A empresa contratante de serviços executados mediante cessão de mão de obra, inclusive em regime de trabalho temporário, deverá reter 11% (onze por cento) do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços e recolher, em nome da empresa cedente da mão de obra, a importância retida até o dia 20 (vinte) do mês subsequente ao da emissão da respectiva nota fiscal ou fatura, ou até o dia útil imediatamente anterior se não houver expediente bancário naquele dia, observado o disposto no § 52 do art. 33 desta Lei.

§ 32 - 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."

Tal dispositivo, como se pode verificar, apresenta a conceituação da prestação de serviços mediante cessão de mão-de-obra, para fins de incidência das contribuições previdenciárias.

De fato, a Recorrente concorda com as autoridades julgadoras quando sustentam que, com base no referido dispositivo, tanto na locação de mão-de-obra como na cessão de mão-de-obra, há a colocação de trabalhadores à disposição da empresa contratante, em suas dependências ou na de terceiros.

Em nenhum momento, a Recorrente nega que no contrato de prestação de serviços há o fornecimento de mão-de-obra.

Todavia, conforme amplamente mencionado e fundamentado, nesse tipo de contrato o fornecimento de mão-de-obra é meramente uma atividade meio, já que o objeto do contrato é a prestação de serviços, razão pela qual, apesar de os trabalhadores se encontrarem nas dependências da empresa contratante, estão subordinados à empresa contratada (prestadora dos serviços), a qual tem a responsabilidade e assume os riscos da realização dos trabalhos.

Logo, tal dispositivo também não pode servir como fundamento para a conclusão de que locação de mão-de-obra e prestação de serviços mediante cessão de mão-de-obra teriam o mesmo efeito jurídico.

Para ratificar o entendimento até então defendido de que locação de mão-de-obra e prestação de serviços mediante cessão de mão-de-obra teriam o mesmo efeito jurídico, as autoridades julgadoras mencionam, ainda, que o vocábulo "ou" contido no inciso XII, do artigo 17, da Lei Complementar nº 123/06, que instituiu o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, deixaria claro tal fato.

Essa análise também está distorcida, na medida em que, até a vigência da Lei nº 9.317/96, que regulava a matéria, apenas a atividade de locação de mão-de-obra correspondia a uma hipótese de vedação à opção pelo SIMPLES, nos termos do seu artigo 9º, inciso XII, alínea f:

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

XII - que realize operações relativas a:

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

Somente a partir da edição da Lei Complementar nº 123, é que a prestação de serviços mediante cessão de mão-de-obra foi incluída pelo legislador como uma das hipóteses de vedação à opção pelo SIMPLES, nos termos do artigo citado na decisão recorrida, que assim dispõe:

"Artigo 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."

Portanto, é evidente que se trata de conceitos distintos, uma vez que, se no conceito de locação de mão-de-obra pudesse ser enquadrada a prestação de serviços mediante cessão de mão-de-obra, o legislador não precisaria incluí-la como hipótese de vedação à opção pelo SIMPLES. Se fosse a mesma coisa, o legislador não precisaria alterar essa norma, já que uma Lei não traz letra morta!

Assim, o vocábulo "ou" constante em tal dispositivo não tem por objetivo demonstrar que a locação de mão-de-obra e a prestação de serviços mediante cessão de mão-de-obra tem o mesmo conceito jurídico, mas sim ressaltar que, em qualquer uma das hipóteses, que são diversas, há expressa vedação à opção pelo SIMPLES.

Desse modo, demonstrado que a decisão ora recorrida está equivocada quando pretende enquadrar a prestação de serviços mediante cessão de mão-de-obra como locação de mão-de-obra para fins de fundamentar a sua exclusão do SIMPLES, a Recorrente passa a analisar as questões de fato, relacionadas aos contratos firmados com a PETROBRÁS, examinada; superficialmente em tal decisão.

Inicialmente, a decisão recorrida sustenta que, "do exame da cláusula primeira dos contratos com a PETROBRÁS, fls. 16, 112 e 143, em conjunto com o anexo II dos mesmos contratos, fls. 133/134 e 163/164, constata-se que os serviços objeto dos contratos foram prestados mediante cessão de mão-de-obra".

Como se pode verificar, a própria decisão recorrida reconhece que os contratos de prestação de serviços n.ºs 637.3.005.02-0 (doe. 04 da impugnação) e 637.3.004.02-8 (doe. 5 da impugnação), firmados com a PETROBRÁS têm por objeto a prestação de serviços mediante cessão de mão-de-obra e não o mero fornecimento de mão-de-obra.

Assim, não se pode dizer, que se trata de um contrato de locação de mão-de-obra.

Posteriormente, a decisão ora recorrida analisa algumas cláusulas desses contratos, que tratam dos assuntos abaixo relacionados, para concluir que "a contratante dirigia os trabalhadores, determinando o que fazer, cabendo-lhes, pois, a direção da execução":

- (i) seleção e capacitação dos trabalhadores;
- (ii) participação dos prestadores de serviços em cursos e treinamentos oferecidos pela PETROBRÁS; e
- (iii) horário da prestação de serviços e apresentação no local de trabalho.

No que se refere ao item (i) acima, a decisão ora recorrida pretendeu alegar que a seleção e capacitação dos prestadores de serviços seria feita pela PETROBRÁS. No entanto, a Recorrente esclarece que a seleção dos prestadores de serviços era feita por ela e não pela PETROBRÁS.

O que ocorria é que, por se tratar de trabalho especializado, a Recorrente selecionava os seus funcionários que estariam aptos à prestação dos serviços contratados, os quais eram submetidos a testes aplicados por profissional especializado indicado pela PETROBRÁS, nos termos da cláusula 4.4, do anexo II, do contrato nº 637.3.004.02-8:

"4.4 - os candidatos serão selecionados por profissional especializado, indicado pela PETROBRÁS, visando o atendimento do perfil profissiográfico, conforme descrição dos cargos, e constante no anexo 2.1."

Essa forma de definição dos funcionários da Recorrente que iriam prestar os serviços para a PETROBRÁS não tinha por objetivo permitir que a PETROBRÁS fizesse a seleção dos prestadores dos serviços, mas sim garantir que tais prestadores teriam a capacidade técnica necessária e o perfil adequado para a prestação dos serviços contratados.

Com relação ao item (ii) acima (capacitação dos prestadores de serviços), a PETROBRÁS de fato, proporciona alguns cursos e treinamentos para seus funcionários e prestadores de serviço, de forma que todos possam aprimorar seus conhecimentos. Tais cursos são opcionais, podendo os funcionários da Recorrente participar ou não. É uma opção e não uma obrigação!

Além do que, qual é a desvantagem para a PETROBRÁS em conceder cursos e treinamentos para prestadores de serviços? Nenhuma. Pelo contrário, ao permitir a participação de prestadores de serviços em cursos e treinamentos isso irá contribuir para o aprimoramento técnico dos serviços prestados.

E a permissão para participação em cursos e treinamentos em nada altera a relação desses prestadores de serviços com a PETROBRÁS. Inclusive, a própria decisão ora recorrida cita essa questão da participação em cursos, sem mencionar qual seria a razão que permitiria a conclusão de que tal fato caracterizasse que a PETROBRÁS é que tinha a direção da execução dos serviços contratados.

Em relação ao item (iii) citado pelas autoridades julgadoras, referente ao fato de que a PETROBRÁS é que definiria o horário de trabalho e a apresentação no local de trabalho, a Recorrente ressalta que essa é uma cláusula normalmente prevista em contratos de prestação de serviço mediante cessão de mão-de-obra, nos quais o prestador de serviços fica nas dependências da empresa contratante. Isto porque, se os funcionários de uma empresa prestadora de serviços deverão ficar alocados nas dependências da empresa tomadora dos serviços, nada mais natural do que tais trabalhadores terem que se adequar às normas internas da empresa contratante, como, por exemplo, aos horários de funcionamento e apresentação.

Imaginem se uma empresa do tamanho da PETROBRÁS, que possui mais de uma centena de prestadores de serviços, não estabelecesse um horário de

trabalho? É evidente que seria uma desorganização completa, principalmente no que se refere à sua segurança. Assim, é evidente que, em sendo o serviço prestado em suas dependências, cabe à PETROBRÁS definir o horário de trabalho e a apresentação dos prestadores de serviços, sendo certo que esse fato não permite a conclusão de que a direção dos serviços contratados estariam a cargo da PETROBRÁS.

Como se pode verificar, portanto, a Recorrente facilmente refuta todos os supostos fatos alegados na decisão recorrida que permitiriam a conclusão de que os serviços contratados eram dirigidos pela PETROBRÁS, para fins de caracterizar o contrato em questão como locação de mão-de-obra, impedindo a permanência da Recorrente no SIMPLES.

Até porque, caso as autoridades julgadoras tivessem se atentado para as cláusulas efetivamente importantes dos contratos em questão, as quais foram citadas na impugnação e não foram refutadas, teriam facilmente constatado que tinham por objeto a prestação de serviços de planejamento e controle de sistemas de telecomunicações e de tele-atendimento, ficando ela sujeita às seguintes obrigações, nos termos das respectivas cláusulas segundas:

- (i) execução dos serviços contratados nos prazos e condições estabelecidos;
- (ii) refazimento ou reparação, às suas expensas e nos prazos estipulados, de todo e qualquer serviço considerado inaceitável;
- (iii) manter um funcionário responsável pela direção dos serviços contratados;
- (iv) responder pela supervisão, direção técnica e administrativa da mão-de-obra necessária à execução dos serviços contratados,...

50. Logo, não resta dúvida de que os contratos celebrados pela Recorrente tinham por objeto a prestação de serviços mediante cessão de mão-de-obra, que não se confundem com a locação de mão-de-obra, conforme pretendido pela autoridade julgadora, e que, na vigência da Lei nº 9.317/96, o seu artigo 9º, inciso XII, alínea "f", a prestação desse tipo de serviço não era hipótese de vedação à opção pelo SIMPLES, razão pela qual deve ser reformada a decisão ora recorrida.

.IV. PEDIDO

Ante o exposto, a Recorrente requer que seja dado provimento ao presente recurso voluntário de modo que seja reformada a decisão de primeira instância ora recorrida, e, conseqüentemente, seja cancelado o ato declaratório executivo de exclusão do SIMPLES questionado.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro ROGÉRIO APARECIDO GIL

A recorrente está regularmente representada e por ser tempestivo, conheço do recurso.

Em conformidade com as disposições do artigo 9º., inciso XII, letra "f", da Lei nº.9.317, de 1996, com as alterações posteriores, determina que não poderá optar pelo SIMPLES, a pessoa jurídica que realize operações relativas à locação de mão-de-obra.

A Recorrente sustentou que não exerce locação de mão de obra, mas, sim, cessão de mão de obra, que são contratos diferentes.

O acórdão recorrido registra análise detalhada das cláusulas e condições contratadas pela recorrente e a Petrobrás, cujas constatações transcrevo, a seguir:

O princípio da verdade real obriga que outras provas sejam consideradas além do contrato social da Recorrente.

Do exame da cláusula primeira dos contratos com a Petrobrás, fls. 16, 112 e 143, em conjunto com o anexo II dos mesmos contratos, fls. 133/134 e 163/164, constata-se que os serviços objeto dos contratos foram prestados mediante cessão de mão de obra.

Do exame do mesmo anexo II, dos contratos, fls.136/138 e 165/168 e anexo 2.1, fls. 169/176, constam informações referentes à seleção e capacitação dos profissionais envolvidos nos serviços, sendo que tais requisitos são estabelecidos pela contratante. Consta também que a própria seleção dos trabalhadores deverá ser feita pela contratante.

Também consta nestes documentos que a critério da contratante, poderão ocorrer a participação de empregados da Recorrente em eventos de treinamento, cursos e encontros técnicos.

As fls. 138 e 168, consta claramente que cabe a contratante determinar o horário de trabalho, os casos de horas extras, bem como, definir como os profissionais deverão se apresentar no local de trabalho no que se refere ao uniforme e à postura pessoal, bem como, definir que benefícios os empregados deverão ter.

Conclui-se que o objeto do contrato foi a prestação de serviços por parte de profissionais selecionados previamente pela contratante, (Petrobrás). O objeto do contrato não foi a prestação de serviços pura e simples por parte da Recorrente, mas, sim, por trabalhadores empregados da Recorrente e selecionados pela Petrobrás.

Assim, tal qual o exemplo acima exposto, a Petrobrás contratou a Recorrente para realizar determinado serviço com preço meramente estimativo, (fls.20, 116 e 147), fixado por demanda, isto é, sobre a quantidade de serviços que forem efetivamente executados e aceitos pela Petrobrás. Da mesma forma, a

contratante dirigiu os trabalhadores, determinando o que fazer, cabendo-lhe, pois, a direção da execução.

A Recorrente praticou contrato de locação de mão de obra, uma vez que o objeto do contrato foi a cessão onerosa de mão de obra para a realização de serviços contínuos da Petrobrás.

A DRJ evidenciou, portanto, que o contrato firmado pela recorrente e a Petrobrás, em realidade, tem como objeto colocar à disposição da contratante, trabalhadores devidamente qualificados. O objeto do contrato, portanto, é a locação de mão-de-obra, em que se verifica a cessão onerosa de mão de obra.

No caso, a Petrobrás dirige os trabalhadores, determinando o que e como fazer. Como contratante, a Petrobrás detém a direção da execução dos trabalhos.

Observe-se que, não obstante as alegações da recorrente, as expressões cessão de mão de obra e locação de mão de obra apenas se distinguirão se utilizarmos a primeira no sentido estrito de designar a situação da mera presença dos trabalhadores da contratada nas dependências da contratante, com o objetivo de realizar o serviço previsto em contrato de empreitada, quando as despesas e custos de mão de obra estarão embutidos no preço do serviço.

Excluída esta situação (como acontece nas relações jurídicas existentes entre a recorrente e a referida contratante), há de se entender cessão de mão de obra e locação de mão de obra como expressões com o mesmo alcance jurídico.

Tal conclusão tem fundamento no artigo 31, e seu parágrafo 3o., da Lei nº.8.212, de 1991, que dispõe:

"Art. 31. A empresa contratante de serviços executados mediante cessão de mão-de-obra, inclusive em regime de trabalho temporário, deverá reter onze por cento do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços e recolher a importância retida até o dia dois do mês subsequente ao da emissão da respectiva nota fiscal ou fatura, em nome da empresa cedente da mão-de-obra, observado o disposto no § 5o do art. 33. (Redação dada pela Lei nº9.711, de 20.11.98)

§ 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. (Redação dada pela Lei nº 9.711, de 20.11.98)"

Portanto, como regra, cessão de mão de obra e locação de mão de obra, não se distinguem uma vez que, em ambos os casos, haverá a colocação à disposição do contratante, em suas dependências ou nas de terceiros, de trabalhadores que realizem serviços contínuos, relacionados ou não com a atividade-fim da empresa, quaisquer que sejam a natureza e a forma de contratação.

Do *caput* do artigo 31, conclui-se que o regime de trabalho temporário é um tipo de cessão de mão-de-obra. O trabalho temporário está regulado pela Lei nº. 6.019, de 1974. O seu artigo 4o., diz que, compreende-se como empresa de trabalho temporário a pessoa física ou jurídica urbana, cuja atividade consiste em colocar à disposição de outras empresas, temporariamente, trabalhadores, devidamente qualificados. O contrato entre as empresas é de cessão de mão de obra, vale dizer, contrato empresarial; e, a empresa prestadora da mão de obra é a empregadora dos trabalhadores, isto é, responsável pelo pagamento das obrigações trabalhistas.

Por mais esta razão locação e cessão de mão de obra, no caso, tem o mesmo efeito jurídico.

Portanto, para que haja locação de mão de obra não é necessário que a contratante seja uma empresa de trabalho temporário nos moldes previstos na Lei nº. 6.019, de 1974. Em outras palavras, o fato de não haver tal previsão no contrato social não significa que a empresa não tenha praticado contrato de locação de mão de obra.

O vocábulo "ou" no inciso XII, do artigo 17, da LC 123, de 2006, deixa claro que cessão e locação de mão de obra caracteriza o mesmo conceito jurídico.

A prestação de serviços por meio de cessão ou locação de mão-de-obra, impede o enquadramento no SIMPLES.

Por todo o exposto, voto por NEGAR PROVIMENTO ao recurso voluntário.

ROGÉRIO APARECIDO GIL - Relator

Voto Vencedor

Conselheiro Alberto Pinto Souza Junior.

Com a devida vênia do I. Relator, ousou divergir do seu voto, pelas razões a seguir expostas.

As vedações ao Simples estão previstas no art. 9º da Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996, que assim versa:

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

(...)

XII – que realize operações relativas a:

(...)

f) prestação de serviço de vigilância, limpeza, conservação e locação de mão-de-obra.” (grifos não são do original)

Não obstante as atividades de empreitada de mão-de-obra e de cessão de mão-de-obra não sejam citadas expressamente na supracitada lei, esta Cosit, por meio do Parecer nº 69, de 1999, firmou o entendimento de que as pessoas jurídicas que exerçam essas atividades estão impedidas de optar pelo Simples. Sustenta-se, no indigitado parecer, que, no caso da empreitada exclusivamente de mão-de-obra, o resultado é a própria execução do serviço, estabelecendo, assim, sua similitude com a locação de mão-de-obra, razão pela qual, conclui que, a pessoa jurídica que exerce tal atividade fica impedida de optar pelo Simples. No tocante a cessão de mão-de-obra, o Parecer nº 69, de 1999, vale-se da definição expressa no art. 31 da Lei nº 8.212, de 1991, com redação dada pela Lei nº 9.711, de 1998, para sustentar a similaridade daquele instituto com a locação de mão-de-obra e, assim, vedar a opção pelo Simples.

Preliminarmente, deve-se salientar, com a devida vênia, que o Parecer nº 69, de 1999, incorre em equívoco exegético, pois, sendo o art. 9º da Lei nº 9.317, de 1999, uma norma excepcional, deve ser ela interpretada estritamente, ou seja, não comporta interpretação extensiva, tal qual fora dada pelo indigitado parecer. Assim, na solução da questão posta, cabe perquirirmos, inicialmente, o significado estrito da expressão “locação de mão-de-obra”.

No Direito Romano, a *locatio conductio* era dividida em *locatio conductio rei* – locação de coisa; *locatio conductio operis* – empreitada; e *locatio conductio operarum* – contrato pelo qual alguém (*locator operarum, operarius, mercenarius, etc.*), mediante remuneração, colocava-se à disposição de outrem por jornada. O antigo Código Civil brasileiro (Lei nº 3.071, de 1916) disso não se afastava, pois o seu Livro III – Do Direito das Obrigações, sob o Título V – Das Várias Espécies de Contratos, contemplava um Capítulo IV, intitulado “Da Locação”, do qual constavam apenas três seções: Seção I – Da Locação de Coisas; Seção II – Da Locação de serviços; e Seção III – Da Empreitada, ou seja, o Código Civil de 1916 continuou com a mesma classificação do Direito Romano. Assim, embora a empreitada (*locatio conductio operis*) fosse uma espécie de contrato de locação, não se confundia com a locação de serviço (*locatio conductio operarum*).

No novo Código Civil, Lei nº 10.406, de 2002, as três modalidades de contrato encontram-se disciplinadas em capítulos diferentes do Título VI – Das Várias Espécies de Contrato (do Livro I da Parte Especial), quais sejam: Capítulo V – Da locação de coisas; Capítulo VII – Da prestação de serviços; e Capítulo VIII – Da empreitada. Assim, também à luz do novo Estatuto Civil pátrio, não há que se confundir empreitada (*locatio conductio operis*) com a locação de serviço (*locatio conductio operarum*).

Ora, verificado que o ordenamento jurídico brasileiro, desde o Código Civil de 1916, sempre se valera do termo empreitada para denominar a *locatio conductio operis*, a qual sempre fora conceitualmente diferenciada, em lei, da *locatio conductio operarum*, conclui-se que a expressão locação de mão-de-obra, contida no art. 9º, inciso XII, alínea “f”, da Lei 9.317, de 1996, não abrange a empreitada de mão-de-obra, espécie de contrato de empreitada, previsto no art. 613 do novo Estatuto Civil ou no art.1.240 do Código Civil de 1916, este vigente à época em que entrara em vigor a referida lei do Simples.

Some-se às razões acima expostas, o fato de o contrato de empreitada ser ontologicamente diferente do contrato de prestação de serviço. Com efeito, o contrato de empreitada é contrato de resultado, de tal sorte que a obrigação só está cumprida quando apresentado o resultado contratado. Ademais, na empreitada, o serviço é executado de forma independente, por conta e responsabilidade do empreiteiro, sem qualquer ingerência do contratante. Por sua vez, na prestação de serviço, há uma obrigação de meio, ou seja, o prestador do serviço não se compromete com qualquer resultado, mas apenas com a atividade do obreiro em favor do contratante do serviço. Assim, na prestação de serviço, há uma relação de dependência e fiscalização durante a execução do serviço entre o prestador do serviço e o contratante.

Destarte, verificado que a expressão “locação de mão-de-obra”, contida no art. 9º *sub examine*, está relacionada com a *locatio conductio operarum*, ou locação de serviço, para o Código Civil de 1916; ou ainda prestação de serviço, segundo o novo Código Civil, cabe perquirir qual o alcance de tal conceito, ou seja, há que se entender por locação de mão-de-obra todo e qualquer contrato de prestação de serviços ou apenas alguns tipos de contrato de prestação de serviços?

Inicialmente, note-se que, se a intenção do legislador fosse vedar a opção pelo Simples a todas as empresas prestadoras de serviços, a regra do art. 82 da Lei nº 10.833, de 29/12/2003, restaria baldada, pois de todo inútil majorar a base de cálculo das prestadoras de serviço se elas não pudessem optar pelo Simples. Abordando de outra forma o fato, vejamos que, se a Lei nº 10.833, de 2003, não promoveu qualquer alteração no art. 9º da Lei nº 9.317, de 1996, que dispõe sobre as vedações ao Simples, e majorou a base tributável das prestadoras de serviços, é porque para o legislador ordinário nunca houve qualquer vedação genérica às empresas prestadoras de serviços a optarem pelo Simples.

Além disso, o novo Código Civil, além de substituir a expressão “locação de serviços”, do Código de 1916, pela expressão “prestação de serviços”, dispõe, no seu art. 593, que as suas disposições tratam exclusivamente de contratos de prestação de serviços que não estejam disciplinados nas leis trabalhistas ou em leis especiais, ou seja, as disposições civis sobre prestação de serviços são meramente residuais, o que já era uma realidade à luz do Código revogado. Sobre isso, vale trazer à colação os ensinamentos de Sílvio Venosa¹, quando assim professa:

“No Direito Romano, era natural que se denominasse locação tanto o contrato pelo qual era cedido o uso de uma coisa, como aquele em que era prometido um serviço, pois este dependia na maior parte das vezes do trabalho escravo. O escravo era propriedade de um senhor, que o alugava a outrem como quem aluga uma coisa. Contudo, a denominação *locação de serviço* ao homem livre não tem sentido, não somente porque desapareceram as razões históricas, mas também porque o instituto não guarda maior relação com a locação de coisas. Se a denominação é hoje difícil de aceitar, muito mais problemático para as atuais gerações que se dedicam ao estudo do Direito é denominar locatário ao empregador e locador ao trabalhador. Destarte, neste nosso estudo, desde as primeiras edições, não são empregados esses vocábulos. Desse modo, ainda que presente a terminologia no Código de 1916, devem ser buscados títulos mais adequados ao negócio, segundo sua compreensão e extensão. Daí por que se prefere denominar esse contrato de prestação de serviços, como fez o Projeto de 1975 que deu origem ao atual Código, assim como se denomina empreitada ao que a doutrina antiga referia-se a locação de obra.

(...)

A época de elaboração do Código anterior e o estágio da sociedade brasileira de então não permitiam imaginar as modificações sociais e tecnológicas que se seguiriam no país e no mundo. Daí ter sido frugal e parcamente regulado o contrato de trabalho, fundamental para a economia e proteção de direitos e garantias individuais. Essa noção vazia de contrato de prestação de serviço é completada por poucos artigos. Apenas 21 regulavam a matéria. Nada foi disciplinado acerca de associações profissionais ou sindicatos, salário mínimo, segurança e higiene do trabalho, apenas para mencionar alguns temas. Pelo estatuto civil, regulou-se o trabalho dentro dos estritos termos da lei da oferta e da procura, como se a sociedade apresentasse trabalhadores e donos do capital em pé de igualdade.

Essa pobreza de legislação, decorrente do restrito vulto das conquistas sociais da época, evidentemente não poderia suportar as pressões advindas não muito tempo após a promulgação do Código de 1916. Surge o direito do trabalho, hoje considerado um direito do ramo social, pois fica a meio caminho entre o direito público e o direito privado, culminando com a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT, Decreto nº 5.452/43). Desse modo, a expressão contrato de trabalho deve ficar reservada àqueles regidos pela extensa legislação trabalhista, afastada também do regime estatutário do funcionalismo público. (...) O objeto deste estudo no campo civil é reservado exclusivamente aos negócios residuais, prestações de serviços não atingidas pela legislação própria de índole trabalhista ou estatutária, que ainda permanecem regulados pelo ordenamento civil. (...)

Dentro desse contexto que ora traçamos, o vigente Código estatui: “A prestação de serviço, que não estiver sujeita às leis trabalhistas ou a lei especial, rege-se-á pelas disposições deste Capítulo” (art. 593). No corrente diploma continuam a ser poucos os dispositivos sobre o tema, mas há que se compreender que essa disciplina é residual, destinada a um espectro mais restrito de negócios jurídicos.

O grande universo da prestação de serviços é regulado pela legislação trabalhista.”

Assim, quando entrou em vigor a Lei nº 9.317, de 1996, o Código Civil à época vigente, embora regulasse a *locatio conductio operarum*, que denominava de locação de serviços, dispunha de modo residual, pois, conforme bem salientou o ilustre civilista no excerto retro transcrito, “o grande universo das prestações de serviços já estavam reguladas na legislação trabalhista”. Isso, então, reforça o entendimento de que o sentido da expressão “locação de mão-de-obra” contida no art. 9º da Lei nº 9.317, de 1996, deva ser buscado em contratos específicos da legislação trabalhista e, não, no Estatuto Civil.

Diante do até aqui concluído, aflora, então, a questão: a expressão “locação de mão-de-obra”, contida na Lei nº 9.317, de 1996, abarca todos os contratos de prestação de serviços regulados pela legislação trabalhista? De plano, como só pessoas jurídicas podem optar pelo Simples, há que se afastar do conceito de locação de mão-de-obra, pelo menos para fins da Lei nº 9.317, de 1996, contratos regulados pela legislação do trabalho cujo prestador de serviço não seja uma pessoa jurídica. Com isso, limitamos o universo dos contratos regulados pela legislação do trabalho que podem se inserir no conceito de locação de mão-de-obra ora buscado.

Todavia, há que se descartar incontinênti o conceito de cessão de mão-de-obra dado pelos §§ 3º e 4º do art. 31 da Lei nº 8.212, de 1991, alterado pelo art. 23 da Lei nº 9.711, de 1998, pois, conforme claramente dispõe o próprio § 3º, tal definição limita-se ao âmbito de aplicação daquela própria lei.

Com efeito, a locação de mão-de-obra, para fins do art. 9º da Lei nº 9.317, de 1996, refere-se a contratos típicos do Direito do Trabalho, celebrados entre pessoas jurídicas, pelo qual uma das partes coloca seus empregados à disposição e sob as ordens da parte tomadora do serviço. Sobre isso, vem à baila, a lição de Valentin Carrion², quando, após afirmar que a subempreitada, locação de mão-de-obra, terceirização, responsabilidade solidária e titularidade empresarial do vínculo são conceitos distintos, dá a seguinte definição ao contrato de locação de mão-de-obra:

“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, com quem se relacionam constante e diretamente, inserindo-se no meio empresarial do tomador de serviço, muito mais do que no de quem os contratou e os remunera; o locador é apenas um intermediário que se intromete entre ambos, comprometendo o relacionamento direto entre o empregado e seu patrão natural; em seu grau extremo, quando, sem mais, apenas avilta o salário do trabalhador e lucra o intermediário (Carmelynck, ‘Le contrat’). É a figura do *marchandage*, com as suas características mais ou menos nítidas e que é proibida em vários países (França, México etc) e até punida criminalmente (art. 43 da L. 8/80, *Estatuto de los Trabajadores*, da Espanha). A caracterização dessa anomalia depende das circunstâncias: menor atuação do locador e o longo tempo da locação, sua constância, habitualidade e exclusividade. Pode ocorrer no âmbito urbano e no rural (empreiteiros, gatos, com os ‘volantes’ e outras figuras...) (...) A fundamentação legal para assim proceder está na fraude que obsta direitos laborais (CLT, art. 9º), ajustes entre empregadores que prejudicam o trabalhador (figura do grupo econômico, CLT, art. 2º, § 2º), no conceito de empregador (assume, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços; CLT, art. 2º) e nos princípios do direito do trabalho (integração do trabalhador na empresa).

Há duas situações que, legalmente, estão ao amparo da suspeita de

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 16/05/2016 por ROGERIO APARECIDO GIL, Assinado digitalmente em 16/05/2016

6 por ²Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho, ed. Saraiva, 24ª edição, p. 455/456. JUNIOR, Ass

inado digitalmente em 17/05/2016 por EDELI PEREIRA BESSA, Assinado digitalmente em 16/05/2016 por RO

GERIO APARECIDO GIL

marchandage: o trabalho temporário da L. 6.019/74 (art. 443, nota 6) e o de vigilante bancário (art. 226, nota 1, e L. 7.102/83).” [grifo nosso]

Por conseguinte, está abrangida pela vedação ao Simples prevista na alínea “f” do inciso XII do art. 9º a atividade empresarial de intermediação de mão-de-obra autorizada e regulada pela legislação do trabalho, pois, como bem salienta o texto acima, fora das hipóteses permitidas em lei, tais atividades (locação de mão-de-obra) são ilícitos trabalhistas.

Conclui-se, assim, que está impedida de optar pelo Simples a empresa de trabalho temporário, regulada pela Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974. Todavia, equivocou-se o autor retro citado, quando inclui as empresas de vigilância bancária nesta categoria, pois, *in casu*, não há uma relação de pessoalidade e de subordinação direta entre o empregado (vigilante) da empresa de vigilância bancária e a empresa tomadora do serviço, a tal ponto que descaracterize a relação contratual como uma ordinária prestação de serviços. Em verdade, há, no Brasil, várias leis que versam sobre formas específicas de terceirização, porém, o enquadramento de cada uma dessas espécies de terceirização como locação de mão-de-obra depende, como já dito antes, na existência de uma relação de pessoalidade e subordinação entre o empregado da prestadora com a tomadora do serviço. Isso foi bem definido no Enunciado 331 do TST, o qual, ao rever o Enunciado nº 256, de 2003³, assim firmou o entendimento daquela E. Corte:

Enunciado do TST

Nº 331 Contrato de prestação de serviços. Legalidade - Inciso IV alterado pela Res. 96/2000, DJ 18.09.2000.

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da administração pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, **desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.**

IV – *Omissis.*

Ora, *in casu*, não estamos tratando de trabalho temporário e, quando se analisa os contratos de prestação de serviço firmados, não se verifica a existência de uma relação de pessoalidade e subordinação entre os empregados da recorrente e a tomadora do serviço. Tomando como exemplo o Contrato a e-fls. 16 e segs., vejamos as seguintes cláusulas dele contantes, *in verbis*:

³ Enunciado nº 256 - Contrato de prestação de serviços. Legalidade - Cancelado - Res. 121/2003, DJ 21.11.2003 - Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis nºs 6.019, de 03.01.1974, e 7.102, de 20.06.1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços.

a) na Cláusula 2.2.4, está disposto que cabe a recornte (contratada) manter um representante credenciado capaz de se responsabilizar-se pela direção dos serviços, ou seja, o empregado da recorrente não ficava subordinado ao comando direto do tomador;

b) na Cláusula 2.3.2, consta que a recorrente deveria comunicar por escrito sempre que alterasse o quadro de empregados, ou seja, não havia pessoalidade na prestação do serviço, pois a recorrente podia substituir um empregado pelo outro, bastando apenas comunicar ao tomador, mas não estando sujeita a consultá-la ou mesmo ficar dependendo da sua anuência.

Por essas razões, concluo que, pelos contratos que foram juntados aos autos, não subsiste a alegação de que a recorrente teria como atividade a locação de mão-de-obra, razão pela qual entendo indevida a exclusão da recorrente do Simples.

Em face do exposto, com a devida vênia do I. Relator, voto por dar provimento ao recurso voluntário.

Alberto Pinto Souza Junior - Relator.