



Solução de Consulta nº 87 - Cosit

Data 24 de julho de 2018

Processo

Interessado

CNPJ/CPF

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

REFEIÇÕES COLETIVAS. FORNECIMENTO. CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA. NÃO CARACTERIZAÇÃO.

O fornecimento de refeições coletivas em estabelecimento da pessoa jurídica contratante, mediante a utilização de funcionários de pessoa jurídica fornecedora que somente a ela respondem, não constitui hipótese de cessão de mão-de-obra, não constituindo impedimento para a opção pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional.

Dispositivos Legais: art. 17, inciso XII da Lei complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006; art. 2º da Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996; art. 115 da Instrução Normativa RFB nº 971, de 13 de novembro de 2009.

ASSUNTO: NORMAS DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

CONSULTA. INEFICÁCIA.

É ineficaz a consulta quando tiver por objetivo a prestação de assessoria jurídica ou contábil-fiscal pela RFB.

Dispositivos Legais: art. 18, inciso XIV, da IN RFB 1.396, de 2013.

Relatório

A interessada, pessoa jurídica acima identificada, com atividade no ramo de fornecimento de alimentação, formula consulta sobre interpretação da legislação tributária relativa a hipóteses de vedações ao ingresso no regime tributário do Simples Nacional, previstas pelo artigo 17, inciso XII da Lei complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, da seguinte forma:

“A CONSULENTE opera no ramo de fornecimento de alimentação (refeições coletivas), enquadrado no regime de tributação diferenciado - SIMPLES NACIONAL, prestando serviços de nutrição e alimentação, com fornecimento de lanches da manhã e da tarde e almoço, aos alunos do (...), realizando, pré-preparo, preparo e distribuição balanceada diretamente nas unidades do (...), com o fornecimento de todos gêneros alimentícios e insumos.”

2 - Os faturamentos dos serviços prestados são realizados por medição dos produtos vendidos, somando o número de almoço e lanches, no final emitida nota fiscal de venda mercantil.

3 - Nos feriados nacionais e meses de férias escolares (junho, dezembro, janeiro), a empresa não tem faturamento, pois não tem consumo dos alunos.

4 - Os funcionários da CONSULENTE respondem somente a CONSULENTE, não recebendo ordem ou havendo algum tipo de hierarquia entre seus funcionários e a contratante.

5-0 número de funcionários é escolhido somente pela CONSULENTE.

6-0 contratante alega que a empresa realiza prestação de serviços mediante cessão de mão de obra e por este motivo não poderia estar no Simples Nacional, tendo em vista estar indo contra o artigo 17, inciso XII da Lei complementar 123/2006

(...)

A CONSULENTE acredita que não exerce a cessão de mão de obra (obrigação de fazer) e sim o fornecimento de mercadoria pronta (obrigação de dar) emitindo nota de venda mercantil, deste modo não está sujeita à exclusão do regime tributário Simples Nacional disciplinada pelo artigo 17, inciso XII da Lei complementar 123/2006.

Acredita ainda, que há distinção nos serviços prestados, tendo em vista, que exercer atividades com obrigação de DAR COISA CERTA e não de fazer, conforme:

PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS/OBRIGAÇÃO DE FAZER

As empresas prestadoras de serviços tem por si a obrigação de fazer que são regidas pela Lei Complementar 116/2003 que regula sobre os impostos de serviços de qualquer natureza. Deste modo, seu faturamento se dará na forma de recolhimento ao município de seu domicílio tributário (ISS) com emissão de nota fiscal de prestação de serviço. A Lei trás uma lista dos tipos de prestação de serviços, não constando em nenhum momento o fornecimento de refeições.

Também a prestação de serviços pode ocorrer junto com cessão de mão de obra, sendo atingido pelo art. 31 da Lei Federal 8212/93 referente à retenção de 11% sobre

O faturamento das empresas que realizam a prestação com a cessão, também para ser possível a retenção do que trata o art.31 da Lei 8212/93 a empresa deve estar relacionada na lista Instrução Normativa nº 971/2009 da Receita Federal em seu art. 117 e art.118. Não constando novamente o fornecimento de refeições.

Não se pode confundir os serviços de copa com fornecimento de refeições, tendo em vista que este o contratante tem total domínio sobre o funcionário da contratada, e os insumos são entregues pelo contratante.

(...)

Embora o objeto do contrato conste prestação de serviços de nutrição, a natureza do contrato é venda.

A CONSULENTE utiliza de seus funcionários com a finalidade única de produzir o alimento que será vendido ao contratante, se está não tivesse os funcionários e entregasse a "coisa" o contrato estaria sendo cumprido. Ao contrário se a empresa mantivesse seus funcionários e estes não produzissem a "coisa" o contrato estaria nulo. Resta claro obrigação de DAR por parte da CONSULENTE.

A obrigação de dar é uma obrigação positiva, que consiste na prestação, na entrega de uma coisa, "seja para lhe transferir a propriedade, seja para lhe ceder a posse, seja para restituí-la". (GOMES, 2007, p.47)

Lembrando que os funcionários recebem ordens somente da CONSULENTE, e só recebe pelo aquilo que foi vendido, n.º de almoços X n.º de lanches, havendo período sem faturamento, pois não há consumo.

Diferentemente seria, se a contratante firmasse acordo de prestação de serviços, onde ela mesma entregaria os insumos e apenas contratasse a mão de obra, onde seus funcionários receberiam ordens do contratante. O contrato seria pago mensalmente um valor fixo, pois neste caso a empresa contratou os funcionários, emitindo nota fiscal de prestação de serviços. Em período de férias o pagamento seria realizado normalmente.

(...)

Acredita que não se adequa aos requisitos de cessão de mão de obra contidas no artigo 31 da Lei n.º 8.212 de 1991; no item 17.11 da Lei Complementar 116/2003; Regulamento da Previdência social art. 219 do decreto 3.048/1999; art. 115 e 117 a 119, Instrução Normativa RFB n.º 971/2009.

(...)

Pelos fatos narrados acima, tendo em vista que a CONSULENTE tem total domínio de seus funcionários, emite nota de venda fiscal mercantil, realiza a compra de todos insumos, e pelos documentos anexo, pergunta-se:

a) *Exerce cessão de mão de obra?*

b) *A CONSULENTE precisa ser excluída do regime de tributação simples nacional?*

c) *A CONSULENTE tem direito de permanecer no simples nacional? ” (grifo nosso)*

2. É o relatório.

Fundamentos

3 Preliminarmente, cabe esclarecer que a Solução de Consulta não se presta a verificar a exatidão dos fatos apresentados pelos interessados, uma vez que se limita a apresentar a interpretação da legislação tributária conferida a tais fatos, partindo da premissa de que há conformidade entre os fatos narrados e a realidade factual. Nesse sentido, não convalida nem invalida quaisquer informações, interpretações, ações ou classificações fiscais procedidas pela Consulente e não gera qualquer efeito caso se identifique, a qualquer tempo, que não foram descritos, adequadamente, os fatos, aos quais, em tese, se aplica a Solução de Consulta proferida.

3.1. No caso em análise, a consulente não pretende, em suas duas últimas perguntas, obter a interpretação de dispositivo da legislação tributária aplicado a fato determinado, mas sim questiona sobre sua permanência ou exclusão do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – Simples, o que caracteriza a tentativa de obtenção de prestação de assessoria jurídica por esta Secretaria. As perguntas são transcritas a seguir:

“b)A CONSULENTE precisa ser excluída do regime de tributação simples nacional?

c)A CONSULENTE tem direito de permanecer no simples nacional? ”(grifo nosso)

3.2. Por conseguinte, identifica-se a impossibilidade de ser declarada a eficácia da consulta, relativamente a tais questões, com base no art. 18, inciso XIV, da Instrução Normativa RFB nº 1.396, de setembro de 2013:

Art. 18. Não produz efeitos a consulta formulada:

(...)

XIV - quando tiver por objetivo a prestação de assessoria jurídica ou contábil-fiscal pela RFB.

(grifo nosso)

3.3. Passa-se a analisar a questão relativa à atividade segundo o objeto do contrato, conforme informações da consulente.

4. A Consulente solicita a confirmação de seu entendimento, segundo o qual foi contratada como fornecedora de alimentos prontos, em três unidades da contratante, e que está sujeita ao tratamento previsto pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional - contrariamente ao entendimento da contratante de que exerce cessão de mão-de-obra, o que a excluiria do Simples Nacional, segundo o artigo 17, inciso XII da Lei complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.

5. O artigo 115 da Instrução Normativa RFB nº 971, de 13 de novembro de 2009, prevê que o conceito de **cessão de mão-de-obra** consiste na colocação de funcionários à disposição da empresa contratante, em suas dependências ou nas de terceiros, de trabalhadores que realizem serviços contínuos:

“Da Cessão de Mão-de-Obra e da Empreitada

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.”

(grifo nosso)

6. De acordo com as informações constantes da consulta, a Consulente emprega sua mão-de-obra nas instalações do cliente para o fornecimento de alimentação (refeições coletivas). Seus funcionários, no entanto, respondem somente a consulente; são utilizados somente para produzir o alimento que será vendido ao contratante (obrigação de DAR) e só recebem por refeições vendidas, nº de almoços X, nº de lanches, havendo período sem faturamento quando não há consumo.

7. A obrigação de fornecer alimentação por pessoa jurídica que elabora refeições, consumidas em local indicado pelo contratante, está regulada pelo art.2º da Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996, que dispõe sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação:

“Art. 2º O imposto incide sobre:

*I - operações relativas à circulação de mercadorias, inclusive o **fornecimento de alimentação** e bebidas em bares, restaurantes e estabelecimentos similares;(...)”* (grifo nosso)

7.1. No mesmo sentido, observa-se a Súmula nº 163, do Superior Tribunal de Justiça (DJ de 19 de junho de 1996) conforme sua transcrição:

“O fornecimento de mercadorias com a simultânea prestação de serviços em bares, restaurantes e estabelecimentos similares constitui fato gerador do ICMS a incidir sobre o total da operação.”

8. É oportuno notar, por outro lado, que haveria cessão de mão-obra, - conforme entende a empresa contratante -, se a contratante firmasse acordo de prestação de serviços (obrigação de FAZER), em que constasse que ela mesma entregaria os insumos e apenas se utilizasse de mão de obra, sob suas ordens diretas. Não é o caso do contrato em análise.

9. Tendo em vista as características do contrato, entende-se que se trata de fornecimento de alimentação, com simultânea prestação de serviços e que, nos termos da legislação e jurisprudência, consubstancia operação mercantil, e não prestação de serviços.

10. Convém lembrar ainda que o artigo 17, inciso XII da Lei complementar nº 123, de 2006, prevê a exclusão de cessão ou locação de mão-de-obra, hipótese não verificada na consulta formulada.

“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; (...)”(grifo nosso)

Conclusão

11. Diante do exposto, soluciona-se a presente consulta respondendo à consulente que pessoas jurídicas fornecedoras de refeições coletivas em estabelecimento de outra pessoa jurídica contratante, mediante a utilização de seus próprios funcionários que somente a ela respondem, estão sujeitas ao tratamento previsto pelo Simples Nacional.

11.1. No que diz respeito às questões sobre a permanência ou exclusão da consulente no regime do Simples Nacional, a consulta é ineficaz.

12. À consideração superior.

(assinado digitalmente)
JOSÉ IVAN CAVALCANTI RAMOS
Auditor Fiscal da RFB

De acordo. Encaminhe-se à Coordenadora-Geral da Cosit- Substituta.

(assinado digitalmente)
JOSÉ CARLOS SABINO ALVES
Auditor Fiscal da RFB - Chefe da Disit07

Ordem de Intimação

13. Aprovo a Solução de Consulta. Publique-se e divulgue-se nos termos do art. 27 da IN RFB nº 1.396, de 16 de setembro de 2013. Dê-se ciência ao interessado.

(assinado digitalmente)
CLAUDIA LUCIA PIMENTEL MARTINS DA SILVA
Coordenadora-Geral da Cosit-Substituta