



**MINISTÉRIO DA FAZENDA**  
**CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS**  
**TERCEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO**

**Processo nº** 13855.721049/2011-51  
**Recurso nº** Voluntário  
**Acórdão nº** 3403-003.385 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária  
**Sessão de** 12 de novembro de 2014  
**Matéria** PIS E COFINS  
**Recorrente** MAGAZINE LUIZA S/A  
**Recorrida** FAZENDA NACIONAL

**ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS**

Período de apuração: 01/06/2006 a 31/12/2009

**CONTRATO. PREÇO PREDETERMINADO. REGIME CUMULATIVO. IMPOSSIBILIDADE.**

Somente permaneceram no regime cumulativo de apuração das contribuições sociais as receitas decorrentes de contrato firmado antes de 31/10/2003, com prazo superior a um ano e a preço predeterminado, não se enquadrando nessa situação os contratos que prevêem reajuste de preço, após essa data, em percentual superior àquele correspondente ao acréscimo dos custos de produção ou à variação de índice que reflita a variação ponderada dos custos dos insumos utilizados.

**ZONA FRANCA DE MANAUS. CRÉDITOS DA NÃO-CUMULATIVIDADE. ALÍQUOTA.**

Somente as empresas que apuram a contribuição no regime cumulativo ou misto podem se creditar das compras de empresas situadas na Zona Franca de Manaus com as alíquotas de 7,6% (COFINS) e 1,65% (PIS).

**NÃO - CUMULATIVIDADE. BASE DE CÁLCULO. BONIFICAÇÕES.**

A base de cálculo das contribuições não-cumulativas é composta pela totalidade das receitas auferidas pela empresa, independentemente da sua natureza, deduzida de algumas exclusões expressamente relacionadas em lei, entre as quais não se incluem as bonificações.

**JUROS SOBRE O CAPITAL PRÓPRIO. TRIBUTAÇÃO.**

O valor dos juros sobre o capital próprio compõe a base de cálculo das contribuições não-cumulativas e deve ser tributado com alíquota positiva, a teor do art. 1º do Decreto nº 5.442/2005.

**CRÉDITOS DA NÃO-CUMULATIVIDADE. EMPRESA COMERCIAL. INSUMOS.**

Em razão de nada produzirem e de nada fabricarem, empresas dedicadas à atividade comercial não podem tomar créditos do regime não cumulativo com base nos arts. 3º, II, das Leis nº 10.637/02 e 10.833/03.

**CRÉDITOS DA NÃO-CUMULATIVIDADE. DESPESAS PRÉ-OPERACIONAIS.**

Não existe amparo legal para a tomada de créditos sobre encargos de amortização de despesas pré-operacionais, caracterizadas pela ativação de juros pagos em contrato de financiamento firmado com o BNDES para a construção de edificação.

**EMPRESAS COMERCIAIS. TAXAS PAGAS ÀS ADMINISTRADORAS DE CARTÕES DE CRÉDITO.**

As taxas pagas às administradoras de cartões de crédito não geram direito a crédito, por constituírem despesa operacional do contribuinte (art. 299, § 1º, do RIR/99).

**JUROS DE MORA SOBRE A MULTA DE OFÍCIO.**

Não incidem juros de mora sobre a multa de ofício, por carência de fundamento legal expresse.

Recurso voluntário provido em parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por maioria de votos, em dar provimento parcial ao recurso para afastar a cobrança dos juros de mora sobre a multa de ofício na fase de liquidação administrativa deste julgado. Vencido o Conselheiro Alexandre Kern, que negou provimento na íntegra. Vencidos os Conselheiros Ivan Allegretti e Luiz Rogério Sawaya Batista, que deram provimento em maior extensão para reconhecer também o direito de crédito sobre a aquisição de insumos e sobre as taxas pagas às operadoras de cartão de crédito. Vencido o Conselheiro Domingos de Sá Filho que deu provimento em maior extensão para reconhecer também o direito de o contribuinte excluir da base de cálculo as bonificações em mercadorias. O Conselheiro Luiz Rogério Sawaya Batista votou pelas conclusões quanto à questão da reclassificação do contrato e apresentou declaração de voto. Estiveram presentes ao julgamento a Dra. Ana Paula Lui, OAB/SP 157.658, representante do contribuinte, e a Dra. Luciana Ferreira Gomes Silva, Procuradora da Fazenda Nacional.

(Assinado com certificado digital)

Antonio Carlos Atulim – Presidente e Relator.

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros Antonio Carlos Atulim, Alexandre Kern, Domingos de Sá Filho, Rosaldo Trevisan, Luiz Rogério Sawaya Batista e Ivan Allegretti.

## **Relatório**

Trata-se de autos de infração com ciência pessoal do contribuinte em 30/05/2011, lavrados para exigir as contribuições ao PIS e à COFINS em relação aos períodos

de apuração compreendidos entre junho de 2006 e dezembro de 2009, em razão de recolhimento insuficiente das contribuições.

Segundo o termo de verificação fiscal de fls. 483 a 510, a fiscalização apurou os seguintes fatos:

1) A empresa alterou o regime de tributação das receitas provenientes de um contrato de prestação de serviços celebrado com a Fininvest do regime não-cumulativo para o regime cumulativo.

A fiscalizada, em 10/09/2001, firmou contrato com o Banco Fininvest S/A para formação de uma *joint venture* financeira, denominada Luizacred S/A.

No contrato, ficou estabelecida a cessão do direito de exclusividade nas operações de crédito da contribuinte à financeira, sem remuneração, e que o Magazine Luiza prestaria serviços àquela, tendo direito à remuneração estipulada no acordo.

Em meados de 2007 a contribuinte contratou serviços de auditoria externa, que concluiu que o contrato entre ela e a Fininvest teria efeitos tributários, em relação às contribuições sociais, diversos daqueles reconhecidos pela empresa à época.

Sendo assim, de acordo com o relatório fiscal, o contribuinte "(...) alterou a tributação da receita da prestação de serviços à Fininvest do regime não-cumulativo para o cumulativo, tendo inclusive retificado as DCTFs desde 2004 formalizando parcialmente este entendimento, já que não retificou as Dacon correspondentes. Isto porque em razão do acordo considerou a fiscalizada tratar-se de contrato firmado anteriormente a 31 de outubro de 2003 sujeito às condições estabelecidas na alínea b, do inciso XI, do art. 10 da Lei nº 10.833/03, quais sejam: contrato com prazo superior a um ano, de construção por empreitada ou de fornecimento, a preço predeterminado, de bens ou serviços. Nesta nova interpretação, entende a fiscalizada que o contrato de prestação de serviços atende às condições para ter suas receitas tributadas pelo regime cumulativo. Cabe dizer que referido regime de tributação para a COFINS e PIS está regulamentado pela Instrução Normativa nº 658/2006. Nesta define-se que preço predeterminado é aquele fixado em moeda nacional como remuneração da totalidade do objeto do contrato (...)"

Com base no novo entendimento, a empresa recalculou as contribuições devidas, apresentando novas DCTF contendo os débitos apurados no regime cumulativo, e diversos PER/DCOMP compensando esses novos débitos e outros valores devidos com o crédito relativo à diferença entre as contribuições calculadas pelos regimes cumulativo e não-cumulativo, e, a partir de setembro/2007, passou a apurar as contribuições de acordo com o regime cumulativo.

A fiscalização considerou que o contrato original não era a preço predeterminado e que, além disso, houve repactuação do contrato inicial, conforme narrado no termo de verificação:

*1 - Da repactuação do contrato com a incorporação de lojas novas pelo Magazine Luiza*

*Além do acordo inicial firmado em 2001 que levantou as bases da "joint venture", também foram celebrados contratos entre o Magazine Luiza e a Fininvest denominados Memorandos de*

*Entendimento nos quais as partes estabelecem remuneração a ser paga pela financeira pela potencial geração de lucro decorrente do efetivo aumento do número de pontos de venda, conforme estabelecido.*

*Apesar de haver disposição expressa nos Memorandos de Entendimento de que haveria remuneração de receita auferida pelo Magazine Luiza em decorrência da ampliação da sua rede de lojas, e de conter referência à negociação do direito de exclusividade pelo Magazine para a Fininvest, não foram tratadas estas incorporações de lojas novas como alterando o contrato inicial.*

*Consta nos Memorandos de Entendimento que parte da aquisição seria paga pela Luizacred por força do aumento do número dos pontos de vendas, afinal foram adquiridos os pontos de venda nas Lojas Madol, Lojas Arno Palavro, Base Lar Eletromóveis e Kilar Móveis e Decorações. Por estas aquisições as partes Magazine Luiza e Fininvest repactuaram o contrato inicial, eis que houve inclusive a remuneração extra em milhões de reais ao Magazine pelos novos pontos de venda e pela nova base de clientes envolvida em cada um dos memorandos de entendimento.*

*(...)*

*A leitura dos memorandos de entendimento nos permite a inequívoca conclusão de que se trata de repactuação do contrato anterior.*

*(...)*

*Mais ainda. Estabelece-se inclusive um aditamento de dez anos no prazo dos direitos de exclusividade da Luizacred e no direito de preferência do Fininvest para as novas lojas abertas ou adquiridas. (...)*

*Assim, o preço predeterminado em 2001 pelo contrato inicial foi refeito em cada um dos Memorandos de Entendimento em que a cadeia de lojas aumentou.*

*2 - Da incompatibilidade entre o preço predeterminado legalmente definido e as receitas de serviços auferidas pelo Magazine Luiza*

*Na consideração do que seja preço predeterminado, o conceito está amarrado com a manutenção dos valores recebidos para contratos firmamos antes de 31/10/2003. De acordo com o assentado, a legislação dos tributos em comento permitiu o reajuste de preços em casos delimitados. Quando há reajustes de preços, foi emoldurado pela lei como o conceito deve ser interpretado.*

*(...)*

*Interpreta-se da leitura que o preço predeterminado pode ser alterado apenas pela exceção acima disposta, vale dizer, em decorrência de variação de custos de produção. Trata-se de índices oficiais de variação de preços, afinal a alteração deve*

*refletir o custo de produção ou índice de correção monetária de insumos utilizados. Não se aplica ao caso em análise, isto porque o preço cobrado pelo serviço será sempre variável, pois se altera conforme o volume de contratos de financiamento gerados no mês e administrados pela estrutura do Magazine.*

*A remuneração obtida pela auditada deriva da prestação de serviços de captação de financiamentos, tendo seu valor limitado em 6,8% do valor total dos contratos de financiamento gerados mensalmente. Assim, os valores fixos por operação estabelecidos no inciso I, do item 2.12.3 do acordo de associação não são aplicados, eis que a remuneração nos anos de 2005, 2006, 2007 e 2008 sempre foi calculada sobre o volume financiado.*

*(...)*

*Desta forma, a remuneração pelo contrato não se trata de preço predeterminado, mas de receita que sofre variação em função do faturamento da fiscalizada com os serviços prestados. Este faturamento é afetado por cláusulas outras que custos de produção ou de insumos. Trata-se de um percentual sobre o montante captado em financiamento para a financeira Fininvest. Como era de se esperar, este montante tem acréscimo no tempo, seja em função da quantidade de clientes captados, como também em proporção com os valores captados de financiamento que aumentam em função de taxa de juros cobrada, ou da condição macroeconômica ao tempo do empréstimo, assim como outras variáveis de mercado.*

*Descabe dizer que os valores recebidos seriam os fixados nos incisos do item I, do item 2.12.3, do acordo de associação. Isto porque no período em análise jamais foram aplicados os valores fixos, pois a cláusula I.2, do item 2.12.3 sempre foi aplicada no período. E esta cláusula prevê um índice variável de remuneração.*

***Para que fosse admitido o reajuste de preços próprio dos contratos com preço predeterminado nos moldes fixados pela citada lei, a variação deveria decorrer de variação de custos, mas a variação de receitas decorre da variação dos contratos de financiamento captados diariamente com a clientela.***

*(...)*

*O argumento de que se fosse mantida a mesma quantidade de lojas e os contratos de financiamento fossem os mesmos, também seria mantido o preço do contrato, não é cabível. Os preços fixados desde o início são variáveis no tempo, conforme demonstram as receitas mensais com os serviços. Em nada se aproximam do preço fixo definido em lei. O legislador quando assim o fez, objetivou manter as condições tributárias de contratos de longo prazo com preços fixados por produto ou predefinidos por período de execução contratual.*

***3 - Da imunização dos efeitos fiscais sobre os preços fixados no contrato inicial com a Fininvest***

*No contrato fixado com a Fininvest as partes neutralizaram os efeitos fiscais de tributos sob faturamento no inciso IV do item 2.12.3. Afinal, estipularam que “os valores previstos neste item não incluem os impostos incidentes sobre o faturamento, podendo ser revistos em qualquer data para capturar mudanças de mercado e reduções de custo por ganho de escala”.*

*A cláusula acima ao estabelecer o preço do serviço sem considerar os tributos sobre a receita afasta nitidamente o caráter de preço predeterminado previsto na lei. Com a mudança da tributação não há desequilíbrio econômico-financeiro, pois o preço acertado exclui os tributos. O próprio contrato estabelece o novo preço final juntamente com qualquer mudança do tributo.*

*(...)*

*... o preço fixo estabelecido no contrato exclui os tributos sobre a receita, portanto qualquer mudança na tributação se reflete/refletiu imediatamente no preço final.*

Com base nesses argumentos, a fiscalização refez a apuração do contribuinte, não aceitou as DCTF retificadoras, não homologou os Perdecomp apresentados pelo contribuinte com base nesse tipo de crédito e lançou de ofício as diferenças apuradas entre o regime cumulativo e não-cumulativo.

2) A relação de implicação do contrato com a Fininvest e as operações com a Zona Franca de Manaus

Em razão da alteração do regime de tributação das receitas do contrato com a Fininvest, o Magazine Luíza recalculou os créditos de PIS e COFINS em relação às aquisições de fornecedores estabelecidos na ZFM.

De acordo com a Lei nº 11.307, de 2006, as empresas que adquirissem mercadorias de empresas localizadas na Zona Franca de Manaus (ZFM), como regra geral, deveriam apurar os créditos da Cofins relativos a essas aquisições à alíquota de 4,6%. No entanto, as empresas tributadas pelas contribuições sociais no regime cumulativo, ainda que parcialmente, poderiam se creditar à alíquota de 7,6%. Isto porque as vendas pelas empresas situadas na ZFM a essas empresas seriam tributadas com a mesma alíquota.

Para o período de junho/2006 a agosto/2007, como a autuada estava sujeita apenas à não-cumulatividade, informou essa situação aos fornecedores localizados na ZFM, conforme preconizava a IN SRF nº 546, de 2005, creditando-se, portanto, à alíquota de 4,6%.

Narra a fiscalização que:

*"(...) a fiscalizada refez os cálculos da apuração dos créditos de PIS e de COFINS de aquisições de mercadorias da ZFM para os meses de junho/2006 a agosto/2007. Isto porque entendeu que possuía as receitas cumulativas dos serviços prestados para a Fininvest, então estaria sujeita a tomar créditos conforme estabelecido no art.3º, § 17, acima transcrito, com a alíquota de 7,6%. Assim seus créditos deveriam ser maiores dos que apropriados, pois quando os apropriou entendia-se sujeita exclusivamente à não-cumulatividade que geram créditos da ZFM de 4,6%.*

(...)

*Desta conclusão derivaram dois efeitos para os créditos apurados pela fiscalizada. Para aqueles apropriados a menor pela empresa e que resultou num pagamento a maior, ao invés de retificar suas DACON's e compensar parte dos pagamentos com débitos de períodos seguintes, simplesmente reduziu em alguns meses os valores devidos de PIS e COFINS conforme pode ser observado na resposta ao Termo de Intimação Fiscal nº 09, quando apresentou planilha de cálculo da apuração de PIS e COFINS no ano de 2009. Nota-se que a compensação ficou "camuflada" na apuração. Não foi informada nas DACON's mensais, muito menos houve retificações de DCTF's dos pagamentos considerados indevidos pela fiscalizada de PIS e de COFINS.*

*Embora "esta compensação" tenha ocorrido somente em meados de 2009, já a partir de outubro/2007, a fiscalizada começou a se creditar das compras da ZFM em 7,6% para a COFINS.*

(...)

*Constata-se que na informação prestada fica clara ao fabricante a forma de tributação do adquirente, fato que resulta na alíquota a ser aplicada nas vendas da ZFM. Inclusive consta na declaração que qualquer alteração de regime de tributação será informada de imediato pelo adquirente. A informação deve ser imediata à SRF e ao vendedor porque implica em alteração na alíquota aplicada.*

Ainda segundo a fiscalização:

*O entendimento praticado pela fiscalizada importa em dois erros de interpretação. O primeiro deles diz com a incidência cumulativa sobre as receitas de serviços do acordo de associação com a Fininvest. Neste sentido, o item anterior 3.1 aponta as razões do equívoco interpretativo.*

*De outra parte, também está incorreto ao aplicar a alíquota de 7,6% em seus créditos já que o procedimento para tanto está regulado na IN nº 546/2005. Isto porque as alíquotas de saída do estabelecimento localizado na ZFM e os créditos dos adquirentes estão amarradas. Vale dizer, conforme a alíquota informada pelo adquirente, o fabricante tributa na alíquota declarada de um lado, e de outra parte o adquirente credita-se na alíquota vinculada à aplicada pelo fabricante.*

A fiscalização constatou ainda que a impugnante, apesar de alterar a apuração das contribuições a partir de junho/2006, somente informou essa situação aos fornecedores a partir de outubro/2007.

Agindo assim, segundo a fiscalização, "(...) a fiscalizada não procedeu de forma correta, pois procedeu a uma "meia" retificação da sua situação. Não informou aos fornecedores da alteração de entendimento para os fatos geradores anteriores a outubro/2007. Silenciou porque os fornecedores caso soubessem que as vendas para a fiscalizada foram

tributadas com alíquota menor, exigiriam desta o pagamento da diferença de tributos. Da mudança de entendimento, utilizou a parte que a beneficiava sem providenciar a parte que a onerava".

Tampouco retificou os Dacon daqueles períodos quando retificou as DCTF em 2007 para se aproveitar dos recolhimentos teoricamente indevidos, e somente em 2009 é que incluiu os créditos extemporâneos.

Diante do constatado, a fiscalização glosou somente as diferenças de créditos relativos às compras da ZFM, no período de junho/2006 a agosto/2007, que foram abatidas das contribuições no período de agosto a dezembro de 2009, sendo tais diferenças lançadas em autos de infração complementares, a fls. 712/725.

Quanto aos períodos a partir de outubro/2007, conclui:

*A fim de manter a coerência na interpretação da legislação tributária, considerando que o contrato com a Fininvest não resulta em receitas cumulativas de prestação de serviços, a fiscalizada informou erroneamente a partir de outubro/2007 pertencer ao regime misto aos fornecedores e fez com que estes aplicassem alíquotas maiores de PIS e COFINS. De outro lado, creditou-se com alíquotas maiores também. A despeito deste erro nos créditos, a empresa não está sendo autuada pelos créditos com alíquotas maiores, pois os fornecedores tributaram suas vendas nestas alíquotas, ainda que erroneamente.*

### 3– Falta de tributação dos recebimentos de juros sobre o capital próprio

A fiscalização lançou os valores das contribuições referentes aos juros sobre o capital próprio, não oferecidos à tributação pelo contribuinte, por entender que tais valores compõem o faturamento e como tal são tributados pelas contribuições sociais.

### 4 – Falta de tributação das bonificações recebidas de fornecedores.

De acordo com os autos a autuada recebe dois tipos de bonificações dos fornecedores, a saber: bonificação de amortização de custos e bonificação de ressarcimento de despesas com propaganda cooperada. Os valores relativos a elas foram deduzidos da base de cálculo das contribuições pelo contribuinte.

De acordo com o contribuinte as bonificações de amortização seriam valores que “os fornecedores repõem seus custos por razões comerciais. São várias as motivações comerciais das bonificações, entre as quais estariam as bonificações de price/rebate, bônus, custos, liquidação fantástica, outros créditos, encontram e treinamento”.

A fiscalização considera que tais receitas também compõem o faturamento mensal da impugnante e não estão entre as hipóteses de exclusão da base de cálculo das contribuições, portanto lançou tais valores.

Quanto às bonificações de ressarcimento de despesas com propaganda cooperada a empresa alega “que as despesas de propaganda são rateadas com os fornecedores, pois ao anunciar seus produtos também estaria divulgando os fornecedores. Esclarece que por divulgar a imagem sua e dos produtos de seus fornecedores compartilha as despesas de marketing na rubrica Verba de propaganda Cooperada.”

Informa também “que as despesas de publicidade inicialmente por ela assumidas são reembolsadas pelos fornecedores nas despesas da campanha publicitária ou ação de marketing.”

Já a fiscalização, quanto a essa bonificação, tece as seguintes considerações:

*Em que pese os argumentos apresentados de que se trata de mero ressarcimento de despesas, o fato é que os valores recebidos dos fornecedores para recuperar custos publicitários não guardam correspondência direta com os gastos com publicidade, isto porque não foram apresentados quaisquer detalhamentos destes valores ressarcidos. Não obstante ter asseverado que se trata de ressarcimento, a fiscalizada não apresentou qualquer documento que detalhasse a vinculação dos gastos com as receitas de bonificação com propaganda cooperativa.*

*A documentação apresentada pela fiscalizada para justificar os recebimentos de bonificações limita-se às notas de débito. Tais documentos são internos à fiscalizada, e indicam tão somente uma comunicação do departamento de compras informando o fornecedor e a forma de recebimento da bonificação. Não foi apresentado nenhum contrato com as empresas, e nem mesmo uma simples correlação das despesas de propagandas efetuadas com as bonificações recebidas.*

Assim, levando em conta o raciocínio acima, bem assim o aplicado às bonificações de amortização, a fiscalização considerou tais receitas tributáveis.

5 – Apropriação indevida de créditos no regime não-cumulativo das contribuições

Foram glosados os créditos da não-cumulatividade referentes a gastos com combustível e manutenção de empilhadeiras, despesas com embalagens e com juros sobre financiamento de imóvel, pelo fato de a fiscalização entender que não havia previsão legal autorizando a utilização desses itens como crédito para os meses de junho de 2006 a agosto de 2007.

6 – Créditos de PIS e Cofins com as operadoras de cartão de crédito

Foram glosados os créditos relativos aos serviços utilizados como insumos decorrentes de pagamentos a operadoras de cartão de crédito em obediência ao Ato Declaratório Interpretativo (ADI) RFB nº 36, de 2011, que dispõe que o pagamento de taxas de administração para pessoas jurídicas administradoras de cartões de crédito ou débito não gera direito à apuração de créditos da não-cumulatividade.

A autuada apresentou uma decisão judicial autorizando o aproveitamento desses créditos, que, no entanto, foi desconsiderada pela fiscalização, porquanto esta entendeu que a sentença somente se aplicaria a partir de março/2010.

Em sede de impugnação, o contribuinte alegou que existem dois contratos autônomos, o de cessão do direito de exclusividade do Magazine Luíza à Luizacred e o de prestação de serviços do Magazine Luíza à Luizacred, que ao final irão compor junto com

outros acordos constantes do Instrumento Particular de Associação um contrato do tipo coligado. Ou seja, todos esses "acordos" estarão congregados no mesmo instrumento Particular de Associação.

Segundo a recorrente:

"(...)

*De fato, o aviamento da Impugnante, ou seja, a sua incontestável reputação no mercado de comércio varejista de móveis e eletrodomésticos e a existência de um número expressivo de clientes que já utilizaram os seus serviços, produziu, entre outros, um bem propriamente dito, de inegável valor econômico e absolutamente autônomo, qual seja, a capacidade de atrair clientes para negócios diretamente relacionados a tal ramo de comércio.*

(...)

*Nesse sentido, observa-se que o acesso à exploração da carteira de clientes da Requerente para a contratação de operações de empréstimo pessoal e de crédito direto ao consumidor corresponde a um bem imaterial, integrante de seu fundo de comércio e passível de ser cedido a terceiros interessados*

Desta forma, conclui a impugnante, a cessão do direito de exclusividade, isto é, a cessão da exploração da carteira de clientes da fiscalizada configuraria uma alienação de um bem intangível, ou seja de “ativo permanente” ou ativo não-circulante, de acordo com nova denominação prevista na Lei nº 11.941, de 2009 (nova Lei das S/A), e em nada se confundiria com a prestação de serviços da contribuinte à Luizacred.

Prossegue a autuada:

*Como visto, referido contrato originalmente firmado tem **caráter de contrato coligado** e, portanto, **congrega diversas relações jurídicas em si. Uma delas, somente, é a prestação de serviços** que a Autoridade Fiscal acredita ter sido repactuada. Em verdade, como ela própria verificou, tais Memorandos tratam do direito de exclusividade cedido pela Requerente à Luizacred e, como ativo intangível que é, sequer estaria **sujeito à tributação pelo PIS e pela COFINS**, pelas regras anteriormente citadas. Ou seja, sequer estar-se-ia a discutir sua inclusão ou não nas regras de contratos firmados anteriormente a 31 de outubro de 2003. E, de fato, não é essa a discussão em voga.*

Portanto, os valores repactuados nos memorandos citados pela fiscalização não têm relação com a prestação de serviços da contribuinte à Luizacred, mas sim com o direito de exclusividade anteriormente acordado, que, por se tratar de alienação de ativo permanente não é tributado pelas contribuições sociais.

Quanto ao aditamento de dez anos no prazo de exclusividade, também alega que não há que se falar em prorrogação do contrato de prestação de serviços, porquanto a alteração somente atingiu a parcela adstrita à cessão do direito de exclusividade.

Ainda que a prorrogação se referisse à prestação de serviço, não haveria que se falar em novação, pois esta pressupõe a existência de obrigação anterior que se extingue

com a constituição de nova, criação dessa nova obrigação em substituição à anterior e intenção de novar.

Conclui “(...) que somente haveria novação se fossem operadas mudanças significativas na obrigação original, as quais atinjam um de seus três elementos essenciais (objeto, credor ou devedor) acima mencionados e haja efetivamente intenção de novar.”

Quanto à prefixação do preço, inicia alegando que “o fato de estabelecer percentual sobre a totalidade das receitas decorrentes dos contratos não descaracterizaria a pré-determinação do preço, na medida em que o índice já representa uma pré-determinação em si mesmo.”

Posteriormente, aduz conceitos de renda variável e renda fixa considerados pela própria RFB no manual Perguntas e Respostas, que a levam a concluir que:

*“(...) são operações de **renda fixa** aquelas em que se sabe de **antemão** que a aplicação produzirá rendimentos, pois houve uma **prévia** fixação da renda.*

*Subdivide-se em: (a) aplicação financeira de renda fixa prefixada, nas quais, no momento da contratação, é estabelecido índice previamente conhecido de remuneração; e (b) aplicação financeira de renda fixa pós-fixada, nas quais, no momento da contratação é estabelecido índice de remuneração que terá seu percentual conhecido em momento futuro.*

*Por outro lado, nas aplicações financeiras de **renda variável**, o valor do rendimento será determinado pela variação do ativo que lastreia o título no mercado, havendo **imprevisibilidade** do resultado a ser auferido.*

Assim, “(...) o mesmo raciocínio pode ser aplicado ao contrato em tela: a remuneração descrita na cláusula 2.12.3 traz valores em reais por **mês a serem pagos à Requerente pelos serviços prestados**, sendo que o sub-item I.2 estabelece **limitação** a tal remuneração a **6,8%** do valor **total** dos contratos firmados.”

E prossegue:

*Tanto a remuneração ordinária quanto a cláusula limitante são perfeitamente **pré-determinadas** e buscam, justamente, a previsão e, mais importante, a **manutenção do equilíbrio econômico do contrato no tempo**, que é valor mais importante apregoadado na norma do PIS e COFINS em comento.*

*Não há, portanto, que se falar em sua não aplicação por não pré-determinação do preço: ao contrário, a combinação da remuneração ordinária em Reais com a limitação a percentual da totalidade das receitas advindas dos contratos somente reforça e reafirma o **caráter pré-determinado** do instrumento firmado.*

(...)

*Ademais, não se alegue que a ampliação da cadeia de lojas representaria **variação do preço**. O aumento do esforço laboral,*

*nesta, como em outra atividade econômica, pode e deve, ser melhor remunerada, Isso não significa reajuste do preço, mas pagamento proporcional ao esforço empenhado na execução de atividades.*

Quanto às operações com a ZFM, após um breve histórico sobre a sistemática de creditamento pelas contribuições em relação a essas operações, a contribuinte alega que se creditava de PIS e Cofins à alíquota total de 5,6% e, no momento em que atentou que estaria sob o regime misto – com receitas cumulativas e não-cumulativas –, de acordo com a Lei nº 11.307, de 2006, passou a se creditar à alíquota de 9,25%.

Em relação à IN SRF nº 546, de 2005, alega que esta criou uma nova obrigação acessória, frisando que “(...) a lei que norteia tal disposição não requer qualquer obrigação acessória nesse sentido, sendo tal exigência fruto meramente de norma infralegal. Ainda, é importante ressaltar que a exigência da declaração está ligada à incidência (débitos) das contribuições apuradas pelos fornecedores, e não aos créditos a serem tomados pelos adquirentes (pólo da relação em que figura a Impugnante).”

E prossegue:

*Assim, resta claro que a Impugnante, tão logo tomou ciência de sua real condição tributária - sujeita ao regime misto de tributação do PIS/COFINS -, emvidou todos os esforços para a ela se adequar, sendo que as eventuais falhas ainda remanescentes estão adstritas às obrigações acessórias dela decorrentes, jamais aos tributos gerados pelas transações realizadas, pelo que não há que prosperar a pretensão da Fiscalização quanto à constituição de créditos tributários pertinentes ao PIS e à COFINS.*

No tocante à tributação dos juros sobre o capital próprio, desenvolve longa argumentação para comprovar que tal remuneração tem a mesma natureza dos dividendos, assim deveria ser excluída da base de cálculo das contribuições, a teor do art. 3º, § 2º, II, da Lei nº 9.718, de 1998.

Conclui que entender o contrário “(...) caracterizaria ofensa ao aludido Princípio da Legalidade, eis que se estaria exigindo tributo sem lei que assim determine, ou melhor, com base em lei que afasta a incidência em comento (inciso II do parágrafo 2º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98).”

Em relação às bonificações recebidas de fornecedores, primeiramente a impugnante faz um resumo dos diversos tipos de bonificação para amortização de custo.

Informa também que as bonificações podem ser em dinheiro, mercadoria ou em duplicatas, sendo que, no caso concreto, esta última constituiu a maior parte.

Alega que tais bonificações, mesmo as em dinheiro “(...) são um tipo de desconto, uma vez que resultam na diminuição do valor a ser desembolsado na compra de uma mercadoria.”

Conclui que as bonificações por ela recebidas caracterizam-se como abatimentos financeiros ou descontos sobre os valores de compra, ou seja, como receita financeira, assim não haveria que se falar em incidência das contribuições sociais, haja vista que as alíquotas incidentes sobre tais receitas foram reduzidas a zero, a teor do art. 1º do Decreto nº 5.442, de 2005.

Quanto às bonificações de despesas com propaganda cooperada, explica que tal bonificação origina-se de propaganda e ações de marketing da impugnante. Como nessas ações também são expostas as marcas dos fornecedores, os gastos são rateados entre elas e os fornecedores.

Assim, tal bonificação corresponde ao ressarcimento, por parte dos fornecedores, dos gastos da autuada com propaganda e marketing dos produtos, referente à parte que lhes cabe.

Portanto, não se trata de prestação de serviços “(..) vez que não preenchem os requisitos fundamentais para a sua caracterização. O CC/02 disciplina a matéria pertinente à prestação de serviços, definindo-a em seu artigo 594: ‘Toda espécie de serviço ou trabalho lícito, material ou imaterial, pode ser contratada mediante retribuição’”

Tampouco há remuneração. Nas palavras da impugnante:

*Do confronto do conceito de prestação de serviços supra apresentado com as características identificadas das atividades de propaganda e marketing compartilhadas pela Impugnante e seus fornecedores, uma primeira observação que se há de fazer é que no caso das atividades compartilhadas e reembolsadas via rateio nota-se que não há cumprimento de um requisito essencial: a remuneração. Isto porque tais atividades não ocorrem em um ambiente de mercado, não são prestadas a terceiros estranhos e não consistem na atividade fim da Impugnante, logo, não há efetiva remuneração desta, mas mero reembolso dos custos por ela incorridos.*

Prossegue a autuada argumentando que os valores que ingressam dessa forma no caixa da empresa não se trata de receita, mas de meros ingressos financeiros que “(..) são somas pertencentes a terceiros, valores que integram o patrimônio de outrem e se escrituram na contabilidade apenas transitoriamente, sob reserva de serem restituídos; ou valores que vêm a recompor outros que saíram do patrimônio da pessoa jurídica em nome ou favor de outrem, o qual, oportunamente, trata de devolvê-los. Ou seja, o movimento de caixa nada acresce ao patrimônio da pessoa jurídica que o registra.”

E conclui que “(..) os meros movimentos de caixa não constituem receita, na medida em que não remuneram a atividade econômica desenvolvida, mas apenas recompõem o patrimônio. Só as receitas representam o preço dessa atividade e consubstanciam o pagamento da prestação correspondente.”

Quanto aos créditos da não-cumulatividade, argumenta que o conceito de insumo, no âmbito da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB), contido nas IN SRF nºs 247, de 2002, e 404, de 2005, é muito restrito, se limitando a empresas industriais, assim um conceito mais amplo deveria ser adotado para varejistas, como é o caso da impugnante.

Defende a adoção de um conceito de insumo que abranja os custos de produção e/ou despesas que possam ser consideradas necessárias, conforme definidos no Regulamento do Imposto de Renda (RIR/1999) e intrinsecamente relacionadas e indispensáveis à atividade-fim da empresa.

Sustenta o direito de tomar o crédito sobre gastos com manutenção e combustível de empilhadeiras, despesas com embalagens e com juros, que seriam, na verdade "encargos de amortização de tais juros depois de ativados", ou seja, "de custos pré-operacionais ativáveis e amortizáveis".

No que toca aos créditos referentes às despesas com operadoras de cartão de crédito, alega que "(...) não há dúvidas de que caracterizam insumos para fins de apropriação de créditos de PIS e COFINS".

Argumenta também que é "(...) inegável o crescimento da indústria de cartões de crédito e uma empresa de varejo que não está alinhada com essa realidade, está na contramão da história. A Impugnante, como dito no descritivo dos fatos, posiciona-se como símbolo de vanguarda dentro de seu nicho de atuação e não poderia se furtar à realidade dessa forma de pagamento cada vez mais comum entre os brasileiros."

Quanto à decisão judicial autorizado o aproveitamento desses créditos, alega que a sentença "(...) conferiu segurança jurídica à postura adotada pelo Magazine Luiza S/A ao tomar créditos sobre as referidas despesas, à luz das razões anteriormente expostas. Vale dizer, o direito não passou a existir somente em virtude da decisão, mas foi tão-somente reconhecido. Nesse caso específico, a segurança jurídica conferida pela tutela ao Magazine Luiza S/A não se confunde com a constituição de um direito, já que este já existia em virtude dos argumentos acima apontados."

Por fim, em relação aos juros moratórios, argumenta que a sua incidência sobre a multa de ofício lançada é ilegal, haja vista que a taxa Selic somente é aplicável a tributos, de acordo com a legislação de regência.

Por meio do Acórdão 14-38.989, a 4ª Turma da DRJ - Ribeirão Preto, julgou a impugnação improcedente. Ficou decidido que a cessão da exclusividade na contratação de operações de empréstimo e crédito pessoal já havia sido cedida a título gratuito à Luizacred para toda a clientela do Magazine Luiza, independentemente da quantidade de pontos de venda e sem nenhuma contrapartida financeira. Entretanto, a prestação de serviços, ou seja, a obtenção por parte do Magazine Luiza de potenciais consumidores dos serviços financeiros da Luizacred, era onerosa e os valores unitários estavam expressos nos contrato inicial. Como a aquisição de novos pontos de venda pelo Magazine Luiza traria mais potenciais clientes à Luizacred, foram pactuadas remunerações extras por meio de adendos ao contrato inicial, os chamados memorandos, onde se estipularam valores extras a serem pagos por ponto de venda adicional. Concluiu a DRJ que os adendos ao contrato inicial só podem significar remuneração adicional pelos serviços prestados, já que os novos pontos adquiridos agregaram mais clientes à Luizacred. Assim, foi julgada improcedente a alegação de que os valores contidos nos memorandos seriam referentes à cessão do direito de exclusividade na contratação de crédito para seus clientes. Quanto à alegação de que não houve novação, a DRJ respondeu que a fiscalização não fundamentou o auto de infração nesse instituto, pois considerou apenas que houve uma repactuação do preço dos serviços prestados e não a criação de uma nova obrigação em substituição à primeira. No que tange à prefixação do preço, ficou decidido que o contrato original embora tenha fixado o preço por unidade de produto, o que em tese atende ao disposto no art. 3º, § 2º da IN 658, de 2006, continha também cláusula que estabelecia um teto de 6,8% sobre o valor dos contratos gerados. Em o período fiscalizado prevaleceu a cláusula que limita a remuneração a 6,8% dos contratos gerados, assim o valor apurado após a aplicação do percentual variou ano a ano conforme o volume de contratos gerados, o que conduz à conclusão de que na prática a prefixação do preço inexistiu. Relativamente às operações com a Zona Franca de Manaus, ficou decidido que a recorrente não tem razão, pois ao entender que estava no regime misto de apuração a empresa passou a apurar créditos maiores a partir de

junho de 2006, mas só informou essa condição aos fornecedores em outubro de 2007. Nesse período, apurou créditos maiores e os compensou informalmente em 2009 sem informar os fornecedores. Assim, as vendas foram tributadas pelos fornecedores pelas alíquotas da não-cumulatividade e os créditos foram apurados sob o regime misto, ou seja, com alíquotas maiores. Como a autuada não estava no regime misto, pois o contrato de prestação de serviços com a Luizacred não é a preço predeterminado, foi mantida a glosa dos créditos extemporâneos daquele regime utilizados em 2009. Quanto à tributação dos juros sobre o capital próprio, ficou decidido que não se confundem com dividendos e que não podem ser excluídos das bases de cálculo porque não figuram entre as hipóteses legais de exclusão, que são exaustivas. Além disso, o art. 1º, parágrafo único, I do Decreto nº 5.442, de 2005, estabelece expressamente que devem ser tributados. No que tange às bonificações financeiras recebidas de fornecedores, a DRJ manteve a tributação, pois considerou que bonificações não se confundem com descontos. Bonificações são valores recebidos pela empresa dos fornecedores em dinheiro ou mercadorias, enquanto descontos são abatimentos dos valores das compras concedidos pelo fornecedor. No tocante à bonificações de despesa de propaganda cooperada, as alegações do contribuinte foram rejeitadas e foi mantida a tributação, pois não foram apresentados documentos hábeis à comprovação de que se tratam de ressarcimento de despesas de propaganda pelos fornecedores. No que tange ao direito de crédito pela aquisição de insumos, o lançamento foi mantido, sob o argumento de que não se pode utilizar o conceito de insumo existente na legislação do imposto de renda, pois existem atos normativos específicos disciplinando essa matéria no âmbito das contribuições sociais. Além disso, o julgador administrativo não pode se afastar do conceito de insumo estabelecido pelos atos normativos da Receita Federal, a teor do art. 7º da Portaria MF 341, de 12 de julho de 2011, que disciplina a atividade das turmas de julgamento da DRJ. No que concerne aos créditos e PIS e COFINS sobre os gastos com taxas pagas às operadoras de cartão de crédito, o lançamento foi mantido com base no ADI nº 36/2011. Considerou a DRJ que a decisão judicial obtida pelo contribuinte autorizando a tomada desse crédito não pode ser aplicada aos fatos geradores objeto da autuação, pois o juiz foi claríssimo em "autorizar a escrituração dos créditos vincendos" (fl. 66). Quanto aos juros de mora sobre a multa de ofício, entendeu a DRJ que não houve a alegada incidência sobre a multa de ofício, mas apenas sobre as contribuições devidas.

Regularmente notificado do acórdão da DRJ em 07/11/2012 (fl. 1182/1183), o contribuinte apresentou recurso voluntário de fls. 1185 a 1296 em 07/12/2012, no qual reiterou e reforçou as alegações de impugnação.

A Procuradoria da Fazenda Nacional apresentou contrarrazões às fls. 1302 a 1341, pugnando pela manutenção do lançamento e da decisão recorrida sob os seguintes argumentos: 1) os chamados "memorandos de entendimento" configuram verdadeiras repactuações do preço dos serviços prestados e foram firmados após o advento do regime não-cumulativo; 2) nem mesmo o preço constante do contrato original configura preço predeterminado para fins da incidência cumulativa, pois o preço sempre foi variável na medida em que se altera conforme o volume de contratos de financiamento gerados no mês, conforme estabelece a cláusula 2.12.3; 3) o reajuste estipulado em contrato só não descaracteriza o preço predeterminado se for equivalente à variação no custo de produção ou à aplicação de índice que reflita a variação ponderada dos custos dos insumos utilizados, o que não se verificou no caso concreto; 3) o inciso IV da cláusula 2.12.3 estabelece que *"os valores previstos neste item não incluem os impostos incidentes sobre o faturamento, podendo ser revistos em qualquer data para capturar mudanças de mercado e reduções por ganhos de escala"*. Tal dispositivo também afasta o caráter de preço predeterminado, pois qualquer mudança na tributação se reflete no preço final; 4) quanto às operações com a ZFM, alegou a Procuradoria da Fazenda

Nacional que o lançamento deve ser mantido porque o equívoco cometido na interpretação do contrato acarretou o erro na tomada do crédito por parte do contribuinte. Além disso a recorrente se creditou pelo regime misto (com alíquotas maiores à que teria direito) sem informar aos fornecedores essa condição, fato que não lhes permitiu a reapuração das contribuições devidas nas vendas; 5) No que tange aos juros sobre o capital próprio, alegou a Procuradoria que eles não possuem a natureza de dividendos, pois caracterizam a remuneração do capital investido. Sendo assim, os JCP são receitas que devem ser incluídas nas bases de cálculo das contribuições; 6) no que tange às bonificações recebidas, alegou a Procuradoria que todas elas devem integrar a base de cálculo das contribuições, definida em lei como sendo a totalidade das receitas independentemente de sua denominação ou classificação contábil. Invocando o conceito doutrinário de receita, a Procuradoria da Fazenda Nacional conclui que a tese da recorrente é improcedente, pois a receita pode ser gerada não só pela entrada de dinheiro, mas também por outras formas, como a redução do passível exigível. Todas as rubricas incluídas na base de cálculo refletem valores que a empresa auferiu, ainda que mediante compensação de suas obrigações, em razão da exploração de sua atividade econômica. Também foi rechaçada a alegação de que as bonificações constituem receitas financeiras tributadas com alíquota zero, pois a alíquota zero se aplica apenas a receitas financeiras geradas de empréstimos e financiamentos, a teor do art. 27 da Lei nº 10.865/04 e do Decreto nº 5.442/2005, o que não é o caso das bonificações; 7) Relativamente à apropriação indevida de créditos da não-cumulatividade, a Procuradoria da Fazenda Nacional entende que embora não se possa reconhecer como insumo apenas as matérias-primas, produtos intermediários e materiais de embalagem, também não se pode ampliar esse conceito de forma a permitir o abatimento de toda e qualquer despesa necessária à manutenção da atividade, sob pena de assemelhar as contribuições ao PIS e COFINS ao imposto de renda. Os gastos com combustível e manutenção da empilhadeira, assim como os gastos com embalagens (fitas adesivas) não podem ser apropriados com base no art. 3º, II, das Leis 10.637/02 e 10.833/03 porque não configuram insumos aplicados na produção de bens ou na prestação de serviços; 8) quanto à depreciação de edificações e benfeitorias, a Procuradoria entende que os juros sobre financiamento de imóvel não estão previstos no inciso VII, do art. 3º da Lei nº 10.833/03 como hipótese que permita o desconto de créditos; 9) quanto às taxas pagas às operadoras de cartões de crédito, alegou que se tratam de despesas operacionais e não se caracterizam como insumo, razão pela qual não podem gerar créditos; 10) quanto aos juros de mora sobre a multa de ofício, alegou que a multa pode ser acrescida de juros de mora, por força do art. 61 da Lei nº 9.430/96, pois o crédito tributário engloba o imposto e a multa.

É o relatório.

## Voto

Conselheiro Antonio Carlos Atulim, relator.

O recurso preenche os requisitos formais de admissibilidade e, portanto, dele tomo conhecimento.

Inexistindo preliminares a serem apreciadas, passo ao exame das questões de mérito.

1) Do contrato com a Fininvest para formação da Luizacred

Conforme relatado, a fiscalização não aceitou a retificação das declarações do contribuinte decorrentes da reclassificação do contrato firmado com a Fininvest por meio do

qual foi criada a Luizacred, pois entendeu que não se trata de um contrato a preço predeterminado.

O exame do contrato anexado com a impugnação, revela que nas cláusulas 2.6 e 2.7 foram pactuadas a transferência a título gratuito da base de clientes e o direito de exclusividade da financeira. Por meio dessas cláusulas o Magazine cedeu sua base de clientes a título gratuito à financeira. A base de clientes era composta não só dos clientes cadastrados na data da pactuação, mas também de todos os clientes que no futuro viessem a ser cadastrados (fl. 883).

Já os serviços prestados pelo Magazine Luiza à financeira estão previstos na cláusula 2.12.1 (fls. 884/885) e consistem basicamente na captação de clientes, gestão e administração da operação de CDC, acesso a sistemas e rede de telecomunicações e serviços gerais.

Pelos serviços acima citados, a cláusula 2.12.3 do contrato previu remunerações nos seguintes termos, *in verbis* (fl. 886):

**“2.12.3. REMUNERAÇÃO PELOS SERVIÇOS PRESTADOS  
PELAS PARTES À FINANCEIRA**

*I - Pelos serviços descritos em [2.12.1], o MAGAZINE terá direito às seguintes remunerações:*

- *R\$ 6.250,00, por mês por loja do MAGAZINE equipada com estrutura de cobrança, a partir da data e enquanto este serviço estiver sendo realizado pela estrutura do MAGAZINE ;*

- *R\$ 1,00 por autenticação de recebimento de clientes realizada nas lojas pela estrutura do MAGAZINE ;*

- *R\$ 6,00 por contrato de financiamento gerado pela estrutura comercial do MAGAZINE, quando este contrato estiver ligado a um cliente novo para a Base de Clientes da Financeira ;*

- *R\$ 3,00 por contrato de financiamento gerado pela estrutura comercial do MAGAZINE, quando este contrato estiver ligado a um cliente já existente na Base de Clientes da Financeira ;*

- *R\$ 0,60 por mês por contrato de financiamento em atraso superior a 5 dias, por conta dos custos variáveis de telefonia necessários ao serviço de cobrança ;*

- *R\$ 0,80 por mês por contrato de financiamento com saldos financeiros em aberto em dia ou em atraso até 180 dias, por conta dos custos relativos à administração e processamento de dados, enquanto este processamento for realizado pelo MAGAZINE.*

*(I.1) Estes custos não incluem custos com terceiros, como: tarifas bancárias, impressos de contratos, Birôs de crédito*

*externo, que serão negociados e faturados pelo prestador de serviço diretamente à FINANCEIRA.*

*(1.2) O custo total mensal das remunerações previstas em [I] estará limitado a 6,8% do valor total dos contratos de financiamento gerados no mês e administrados pela estrutura do MAGAZINE, considerado o valor principal de cada contrato.*

*(...)*

*IV. Os valores previstos neste item não incluem os impostos incidentes sobre o faturamento, podendo ser revistos em qualquer data para capturar mudanças de mercado e reduções de custo por ganho de escala.*

*(grifei)*

Embora a cláusula 2.12.13 tenha estabelecido preços fixos por unidade de serviço prestado, fato que em princípio estaria de acordo com o disposto no art. 3º § 1º da IN 658/2006, verifica-se que a limitação imposta no item (1.2), acima transcrito em negrito, na prática, anula os preços fixos por unidade de serviço, pois a remuneração do Magazine passou a ser um percentual do valor dos contratos de financiamento gerados a cada mês. A fiscalização afirmou que esta cláusula prevaleceu em todo o período fiscalizado e a recorrente não apresentou nenhuma prova em sentido contrário.

Sendo assim, não prospera a alegação da defesa, no sentido de que a conjugação de preços fixados em moeda corrente e a limitação a um percentual da receita reforçariam o caráter predeterminado do preço. É evidente que o contrato original não pode ser enquadrado como sendo a preço predeterminado, pois o item (1.2) tornou letra morta os valores fixados em moeda corrente por unidade de serviço. Em outras palavras: a fixação da remuneração com base em 6,8% do valor dos contratos de financiamento gerados a cada mês não caracteriza preço predeterminado **porque não está fixado em moeda corrente nacional, como exige o art. 3º da IN SRF nº 658/2006.** A remuneração do Magazine, durante a vigência do contrato original, variou mensalmente em função de um parâmetro diferente daquele estabelecido no art. 109 da Lei nº 11.196/2006 (custo de produção ou variação de índice que reflita a variação ponderada dos custos dos insumos).

Outra avença que descaracteriza o caráter predeterminado do preço é a que se encontra no item IV da mesma cláusula acima transcrita. Neste item, também transcrito em negrito, as partes convencionaram que a remuneração do Magazine é líquida dos tributos que incidem sobre o faturamento. Ora, como o contribuinte dos impostos que incidem sobre o faturamento é o próprio Magazine Luiza, essa regra equivale a uma estipulação de reajuste de preço decorrente de evento futuro e incerto, a qual também não se identifica com a hipótese legal contida no art. 109 da Lei nº 11.196/2006.

Relativamente às repactuações por meio dos memorandos de entendimentos, verifica-se que a cessão do direito de exclusividade à base de clientes abrangia não só a base existente na data da celebração do contrato original, mas também os futuros clientes que viessem a ser cadastrados (cláusulas 2.6 e 2.7, fl. 883).

A cessão da exclusividade tanto sobre a base de clientes original, quanto sobre a base acrescida, ocorreu a título gratuito no contrato original.

Por meio de memorandos de entendimento acostados às fls. 71 a 98, celebrados em 18/08/2005 (Lojas Madol e Lojas Base); 20/09/2005 (Lojas Kilar) e 17/03/2006

(Lojas Arno Palavro), ocorreram repactuações em relação ao contrato original, as quais também não se subsumem aos requisitos previstos no art. 109 da Lei nº 11.196/2006.

A cláusula 2.1 do memorando de entendimento de fl. 72 estabelece o seguinte:

*"2.1. Pela potencial geração de lucro decorrente do efetivo aumento no número de Pontos de Venda nos quais a LUIZACRED atua com exclusividade, a LUIZACRED concordou em pagar ao MAGAZINE, tendo em vista o investimento total realizado pelo MAGAZINE para a abertura das novas lojas listadas no Anexo I ao presente Memorando, o valor de R\$ 1.422.555,00 (um milhão, quatrocentos e vinte e dois mil, quinhentos e cinquenta e cinco reais) ("Preço"), sendo que o valor pago pela LUIZACRED ao MAGAZINE está incluído nos valores pagos pelo MAGAZINE para a realização do investimento mencionado."*

A cláusula acima transcrita evidencia que ao contrário do alegado pela defesa, a repactuação não recaiu sobre a cessão da exclusividade, tida pela recorrente como um bem intangível do permanente e insusceptível de tributação. A cláusula 2.1, existente em todos os memorandos de entendimento, revela que a cessão do direito de exclusividade continuou sob o manto da gratuidade, prevista no contrato original. O que foi objeto de remuneração foi a "potencial geração de lucro" em razão do aumento da base de clientes. Ou seja, o aumento do número de pontos de venda acarretou um aumento na base de clientes e, em consequência, um potencial aumento do número de contratos de financiamento fechados a cada mês. Em razão desse aumento, o Magazine Luiza cobrou um preço adicional da LUIZACRED por ponto de venda adicional incorporado à rede.

Esta repactuação configura um aumento da remuneração do Magazine Luiza em relação àquela estipulada no contrato inicial. E tal aumento também não se identifica com a variação do custo de produção ou com a variação de índice que reflita a variação ponderada dos custos dos insumos, não se enquadrando nas hipóteses estabelecidas no art. 3º da IN 658/2006 e nem do art. 109 da Lei nº 11.196/2005.

Desse modo, não merece nenhum reparo o trabalho fiscal por não ter aceitado as retificadoras do contribuinte e ter lançado de ofício as diferenças apuradas, pois as receitas advindas desse contrato devem ser tributadas pelo regime da não-cumulatividade.

2) Da consequência da desconsideração do preço predeterminado sobre as aquisições de fornecedores localizados na Zona Franca de Manaus

A consideração de que as receitas desse contrato devem ser submetidas ao regime não-cumulativo, tem impacto direto nas aquisições de fornecedores localizados na Zona Franca de Manaus. Isto porque o art. 4º da Lei nº 10.996/2004 introduziu alterações nos arts. 2º das Leis nº 10.637/02 e 10.833/03, determinando que as empresas localizadas na Zona Franca de Manaus tributassem suas operações com alíquotas diferenciadas em função de seus clientes estarem ou não no regime da não-cumulatividade.

Assim estabelece o art. 2º, § 5º, da Lei 10.833/2003, em relação à COFINS:

*Art. 2º Para determinação do valor da COFINS aplicar-se-á, sobre a base de cálculo apurada conforme o disposto no art. 1º, a alíquota de 7,6% (sete inteiros e seis décimos por cento).*

(...)

*§ 5º Excetua-se do disposto no caput deste artigo a receita bruta auferida por pessoa jurídica industrial estabelecida na Zona Franca de Manaus, decorrente da venda de produção própria, consoante projeto aprovado pelo Conselho de Administração da Superintendência da Zona Franca de Manaus – SUFRAMA, que fica sujeita, ressalvado o disposto nos §§ 1º a 4º deste artigo, às alíquotas de: (Incluído pela Lei nº 10.996, de 2004)*

*I - 3% (três por cento), no caso de venda efetuada a pessoa jurídica estabelecida: (Incluído pela Lei nº 10.996, de 2004)*

*a) na Zona Franca de Manaus; e (Incluído pela Lei nº 10.996, de 2004)*

*b) fora da Zona Franca de Manaus, que apure a COFINS no regime de não-cumulatividade; (Incluído pela Lei nº 10.996, de 2004)*

*II - 6% (seis por cento), no caso de venda efetuada a: (Incluído pela Lei nº 10.996, de 2004)*

*a) pessoa jurídica estabelecida fora da Zona Franca de Manaus, que apure o imposto de renda com base no lucro presumido; (Incluído pela Lei nº 10.996, de 2004)*

*b) pessoa jurídica estabelecida fora da Zona Franca de Manaus, que apure o imposto de renda com base no lucro real e que tenha sua receita, total ou parcialmente, excluída do regime de incidência não-cumulativa da COFINS; (Incluído pela Lei nº 10.996, de 2004)*

(...)"

Por outro lado, com base no art. 3º, § 17 da Lei nº 10.833/2003, com a redação da Lei nº 11.307/2006, a pessoa jurídica que se encontra fora da Zona Franca de Manaus e que adquirir mercadorias para revenda ali produzidas, sujeitar-se-á às seguintes regras para a tomada do crédito: a) se estiver no regime da não-cumulatividade, poderá tomar o crédito em relação às aquisições da ZFM com alíquota de 4,6%; e b) se estiver no regime cumulativo ou no regime misto, poderá tomar o crédito sobre as aquisições da ZFM com alíquota de 7,6%.

Eis a dicção legal:

*§ 17. Ressalvado o disposto no § 2º deste artigo e nos §§ 1º a 3º do art. 2º desta Lei, na aquisição de mercadoria produzida por pessoa jurídica estabelecida na Zona Franca de Manaus, consoante projeto aprovado pelo Conselho de Administração da Superintendência da Zona Franca de Manaus - SUFRAMA, o crédito será determinado mediante a aplicação da alíquota de 4,6% (quatro inteiros e seis décimos por cento) e, na situação de que trata a alínea b do inciso II do § 5º do art. 2º desta Lei, mediante a aplicação da alíquota de 7,60% (sete inteiros e sessenta centésimos por cento).*

Conforme bem apontou a fiscalização, não foi correta a atitude da empresa em aplicar a alíquota de 7,6% no cálculo de seus créditos, pois segundo os dispositivos legais acima, as alíquotas de saída do estabelecimento localizado na Zona Franca e os créditos dos adquirentes estão umbilicalmente ligados.

É incontroverso que a empresa, quando alterou sua tributação para o regime misto em função da interpretação errônea dada ao contrato, somente passou a informar essa condição aos fornecedores a partir de outubro de 2007. Entretanto, apurou créditos no período de junho de 2006 a agosto de 2007 com as alíquotas maiores previstas para esse regime.

Em relação a essa irregularidade, a defesa alegou que tem direito ao regime misto e que as falhas apontadas pelo fisco se resumiram às obrigações acessórias previstas em ato administrativo da Receita Federal, que seria uma norma infralegal insusceptível de criar obrigações.

Não tem razão a defesa, pois conforme ficou assentado alhures, o contrato não se caracteriza na modalidade de preço predeterminado, sendo que suas receitas devem ser obrigatoriamente tributadas no regime não-cumulativo.

Quanto à obrigação acessória criada pela IN 546/2005, ela apenas consiste na instituição dos formulários necessários à comunicação do regime de tributação aos fornecedores localizados na Zona Franca a fim de que esses tributem suas saídas com as alíquotas corretas, conforme a situação em que se encontrem os adquirentes localizados em outras regiões do país.

Não há nenhuma ilegalidade na criação dessa obrigação acessória, pois o art. 113, § 2º do CTN autoriza a criação de obrigações acessórias por meio de ato administrativo. Para implementar o direito instituído pela lei a Administração Tributária tem o poder de fixar a forma de implementação desse direito.

A IN 546/2005 não suprimiu e nem modificou nenhum direito do contribuinte que estivesse previsto em lei. Apenas fixou a forma pela qual os adquirentes de produtos da Zona Franca deveriam comunicar aos fornecedores o regime de tributação a que estavam sujeitos, a fim de que as alíquotas previstas em lei pudessem ser aplicadas corretamente a cada caso.

Portanto, há que se manter o lançamento das diferenças apuradas pela fiscalização decorrentes do aproveitamento indevido de créditos por aquisições da Zona Franca de Manaus, em virtude do desenquadramento do contrato da condição de preço predeterminado.

### 3- Tributação dos juros sobre o capital próprio.

A fiscalização lançou as contribuições incidentes sobre os juros sobre o capital próprio, que foram excluídos da base de cálculo pelo contribuinte.

O contribuinte alega que os juros sobre o capital próprio devem receber tratamento tributário semelhante aos dividendos.

Entretanto, a alegação é improcedente, não só em razão da inexistência de qualquer semelhança entre dividendos e juros sobre o capital próprio, conforme bem apontou a

decisão de primeira instância, cujos fundamentos são aqui adotados, mas também porque existe previsão expressa no art. 1º, I, do Decreto nº 5.442/2005, determinando que os juros sobre o capital próprio sejam tributados com alíquota positiva.

Existindo previsão expressa em Decreto, no sentido de considerar os juros sobre capital próprio como receita financeira e de determinar sua tributação com alíquota positiva, o CARF fica impossibilitado de afastar sua aplicação por força do disposto no art. 26-A do Decreto nº 70.235/72.

De qualquer modo, a inclusão dos juros sobre o capital próprio na base e cálculo das contribuições não-cumulativas é matéria decidida no RESP 1.104.184, sob a sistemática do art. 543-C do CPC pelo STJ, *in verbis*:

*RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA (ART. 543-C DO CPC c/c ART. 2o., § 1o. DA RES. STJ 8/2008). PROCESSUAL CIVIL. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO ART. 535, II DO CPC. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE OU CONTRADIÇÃO. TRIBUTÁRIO. PIS. BASE DE CÁLCULO.*

*FATURAMENTO OU RECEITA BRUTA. IMPOSSIBILIDADE DE INCLUSÃO DOS JUROS SOBRE CAPITAL PRÓPRIO NO CONCEITO DE RECEITA BRUTA, TENDO EM VISTA A DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE, PELO STF, DO ART. 3o., § 1o. DA LEI 9.718/98 (RE's 346.084/PR, 357.950/RS, 390.840/MG e 358.273/RS).*

*POSSIBILIDADE QUE SOMENTE SE AFIGURA APÓS A EDIÇÃO DAS LEIS 10.637/02 E 10.833/03, JÁ NA VIGÊNCIA DA EC 20/98, QUE AMPLIOU A BASE DE CÁLCULO DO PIS/CONFINS PARA INCLUIR A TOTALIDADE DAS RECEITAS AUFERIDAS PELA PESSOA JURÍDICA. PRECEDENTE: 1a. TURMA, RESP. 1.018.013/SC, REL. MIN. JOSÉ DELGADO, DJE 28.04.2008. PARECER DO MPF PELO IMPROVIMENTO DO RECURSO. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL.*

*1. Inicialmente, sói destacar que a anunciada violação ao art.*

*535, II do CPC não ocorreu, tendo em vista o fato de que a lide foi resolvida nos limites necessários e com a devida fundamentação.*

*Todas as questões postas a debate foram efetivamente decididas, não tendo havido qualquer vício que justificasse o manejo dos Embargos de Declaração. Observe-se, ademais, que o julgamento diverso do pretendido, como na espécie, não implica ofensa à norma ora invocada.*

*2. Destaca-se, ainda, que, tendo encontrado motivação suficiente para fundar a decisão, não fica o órgão julgador obrigado a responder, um a um, todos os questionamentos suscitados pelas partes, mormente se notório seu caráter de infringência do julgado.*

*Precedente: 1a. Turma, AgRg no AREsp 12.346/RO, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJe 26.08.2011.*

3. A Lei 9.718/98 (regime cumulativo) estatui que a base de cálculo do PIS/CONFINS é o faturamento, sendo este equiparado à receita bruta da pessoa jurídica, tal como apregoam os arts. 2o. e 3o. Este último preceito normativo estava acompanhado do § 1o., que dizia: entende-se por receita bruta a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, sendo irrelevantes o tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil adotada para as receitas. Tal dispositivo legal fundamentava a inclusão, pelo Fisco, dos juros sobre capital próprio - JCP - no conceito de receita financeira, fato que permitiria a cobrança do PIS/COFINS sobre ele.

4. Todavia, a técnica adotada pelo legislador ordinário e posteriormente ratificada pelo Fisco foi definitivamente rechaçada pelo Supremo Tribunal Federal, que declarou a inconstitucionalidade do alargamento do conceito de faturamento empreendido pelo art. 3o.,

§ 1o. da Lei 9.718/98, tendo em vista o quanto disposto no art. 195 da CRFB, inconstitucionalidade essa que não foi afastada com as modificações efetuadas pela EC 20/98, a qual, grosso modo, constitucionalizou o conceito legal de faturamento ao incluir no Texto Magno, como base de cálculo do PIS/CONFINS, também, a receita (RE's 346.084/PR, 357.950/RS, 358.273/RS e 390.840/MG).

5. Sendo assim, antes da EC 20/98, a definição constitucional do conceito de faturamento envolvia somente a venda de mercadorias, de serviços ou de mercadorias e serviços, não abrangendo a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, tal como o legislador ordinário pretendeu. Somente após a edição da referida emenda constitucional é que se possibilitou a inclusão da totalidade das receitas - incluindo o JCP - como base de cálculo do PIS, circunstância materializada com a edição das Leis 10.637/02 e 10.833/03.

6. Em suma, tem-se que não incide PIS/COFINS sobre o JCP recebido durante a vigência da Lei 9.718/98 até a edição das Leis 10.637/02 (cujo art. 1o. entrou em vigor a partir de 01.12.2002) e 10.833/03, tal como no caso dos autos, que se refere apenas ao período compreendido entre 01.03.1999 e 30.09.2002. Precedente: 1a. Turma, REsp. 1.018.013/SC, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, DJe 28.04.2008.

7. Parecer do MPF pelo improvimento do recurso.

8. Negado provimento ao Recurso Especial. Feito submetido ao rito do art. 543-C do CPC c/c art. 2o., § 1o. da Resolução STJ 8/2008.

Assim, seja em razão do art. 26-A do Decreto nº 70.235/72, seja em razão do art. 62-A do Regimento Interno, não é possível a este colegiado dar outro destino aos juros sobre o capital próprio que não seja a sua inclusão na base de cálculo das contribuições não cumulativas.

#### 4) Tributação das bonificações

No que concerne às bonificações, a fiscalização considerou que se tratam de receitas que devem ser incluídas nas bases de cálculo das contribuições, pois não se enquadram em nenhuma das hipóteses legais de exclusão.

Já o contribuinte alega que as bonificações recebidas em dinheiro, em mercadorias ou em duplicata seriam equivalentes a descontos condicionais obtidos e seriam caracterizados como receitas financeiras, que estão sujeitas à alíquota zero por força do Decreto 5.442/2005.

Em relação às bonificações recebidas em dinheiro, em mercadorias ou em duplicata, o contribuinte descreveu os fatos que dão azo ao seu recebimento na fl. 1223 do recurso. Basicamente consistem no seguinte:

1) Bônus: seriam valores distribuídos pelos fornecedores para promover e alavancar seus produtos. O valor do bônus é calculado em função do volume de compras efetuado pela recorrente;

2) Liquidação fantástica: nesta famosa liquidação anual promovida pelo Magazine Luiza, os fornecedores contribuem com o evento porque têm interesse em que o Magazine escoe seus produtos em estoque, até mesmo os de mostruário, a fim de serem substituídos com a aquisição de novos modelos. Os recursos fornecidos pelos fornecedores são usados na divulgação das marcas e produtos e para cobrir gastos da campanha;

3) Price/Rebate: ocorre quando o fornecedor impõe o preço final com o qual o produto deve ser vendido. Nessa condição o produto muitas vezes é vendido por um preço inferior ao de aquisição. Assim, para recompor sua perda, o varejista recebe o valor da diferença;

4) "Encontrão" e treinamento: a empresa promove frequentemente reuniões para treinar tecnicamente sua equipe. Os fornecedores têm interesse em que a equipe conheça sua marca e seus produtos, de forma a darem uma boa apresentação ao consumidor. Para isso contribuem patrocinando ou reembolsando os custos para a realização desses eventos.

A partir dessa descrição, se pode constatar a natureza contraprestacional desses recebimentos. Não se tratam de descontos incondicionais. Os fornecedores contribuem financeiramente com a recorrente porque têm interesse em obter alguma contrapartida, circunstância essa que não se coaduna com o conceito de desconto incondicional e nem com o de receita financeira. É de clareza vítria que essas bonificações se revestem de um caráter contraprestacional, os fornecedores só contribuem com as bonificações porque obtêm alguma vantagem em troca.

Portanto, não se tratando de descontos incondicionais e muito menos de receitas financeiras, fica afastada a aplicabilidade da exclusão prevista no art. 1º, § 3º, V, alínea "a" das Leis 10.637/02 e 10.833/03 (descontos incondicionais) e tampouco o art. 1º do Decreto 5.442/2005 (alíquota zero para receitas financeiras).

Quanto às bonificações de ressarcimento por despesas com propaganda cooperada, alegou que investe maciçamente em campanhas de marketing e que nessas campanhas acaba divulgando também as marcas dos fornecedores. Essas bonificações correspondem ao reembolso por parte dos fornecedores da parte que lhes cabe pela divulgação de seus produtos.

A empresa contesta a decisão de primeira instância, tanto na interpretação do direito, quanto na parte em que foi alegada a não comprovação da vinculação dessas bonificações aos gastos com propaganda. Disse que apresentou vários documentos que comprovam essa vinculação, citando exemplificativamente um contrato com o fornecedor Samsung.

No que concerne à interpretação do direito, o entendimento oficial da administração tributária quanto ao ressarcimento de despesas administrativas que tenham sido rateadas é no sentido de não considerá-lo receita passível de inclusão na base de cálculo do PIS e da COFINS, conforme restou decidido na Solução de Divergência Cosit nº 23, de 23/09/2013.

Embora a referida solução de divergência se refira a empresas integrantes de um mesmo grupo econômico, as conclusões do referido parecer, principalmente no que tange às contribuições ao PIS e COFINS podem ser aplicadas por analogia ao caso concreto, pois onde está a mesma razão, aplica-se o mesmo direito.

Entretanto, para que esse direito possa ser exercido pelo contribuinte, é necessária a comprovação, por meio de ajuste escrito entre as partes, do valor global da despesa, dos critérios de rateio, do valor e do pagamento do gasto incorrido, da parte da despesa que toca a cada empresa e, obviamente, da contabilização desses ressarcimentos como direitos de créditos a recuperar. Além disso, especificamente em relação ao PIS e COFINS, a administração exige que o rateio de despesas comuns indique os itens que compõem a parcela imputada a cada empresa, a fim de permitir a identificação dos itens de dispêndio que geram para a pessoa jurídica que os suporta direito ao crédito das referidas contribuições.

Compulsando os autos há que se concordar com a decisão de primeira instância. Realmente, não existe nenhuma prova de vinculação entre essas bonificações e os gastos com propaganda. Os únicos documentos apresentados com o objetivo de fazer essa comprovação são as notas de débito de fls. 165 a 184 que são documentos internos produzidos pela própria recorrente que não comprovam tal vinculação.

Relativamente aos contratos citados no recurso, também não foram apresentados pela defesa. A única notícia deles nos autos são as transcrições existentes no corpo do recurso voluntário.

Sendo assim, há que se manter a glosa da fiscalização em razão do contribuinte não ter se desincumbido do ônus da prova do fato modificativo da pretensão fazendária.

#### 5- Da apropriação indevida de créditos

Outra irregularidade constatada pelo fisco foi a apropriação indevida de créditos. Foram glosados créditos tomados sobre despesas com embalagens (fitas adesivas incluídas nas vendas feitas pela internet) e despesas com combustível e manutenção de empilhadeiras, sob o argumento de que não foram incorridos na produção de bens ou na prestação de serviços, mas sim na revenda de mercadorias.

O contribuinte, por seu turno, alegou que a decisão de primeira instância não enfrentou o mérito das questões suscitadas porque se julgou incompetente para afastar as IN 247/2002 e 404/2004, que seriam ilegais. Em suma, o contribuinte pleiteia créditos com base

no art. 3º, II, das Leis 10.637/02 e 10.833/03, levando-se em conta o conceito de insumo vigente para o imposto de renda (arts. 290 e 299 do RIR/99).

O contribuinte não tem direito de apurar créditos com base no art. 3º, II, das Leis 10.637/02 e 10.833/03 porque não se dedica à produção de bens ou à prestação de serviços. Sua atividade se restringe à revenda de mercadorias, comércio varejista de bens duráveis, que não é alcançada pelo citado dispositivo legal, mas sim pelo art. 3º, I, das referidas leis.

O direito de crédito do contribuinte deve ser exercido em relação às mercadorias adquiridas para revenda e não sobre insumos. Tratando-se de empresa que se dedica exclusivamente ao comércio varejista, não existe amparo legal para a tomada de créditos das contribuições não-cumulativas com base no art. 3º, II, das Leis nº 10.637/02 e 10.833/03. Vejamos.

Os referidos dispositivos legais, ao tratarem do direito de crédito das contribuições no regime não-cumulativo, se referem a bens e serviços utilizados como insumos para a **"produção ou fabricação"** de bens ou produtos destinados à venda.

Uma breve consulta ao Dicionário Aurélio permite constatar que os verbos "produzir" e "fabricar" possuem significados distintos. "Produzir" significa "gerar", "dar lugar ao aparecimento de algo", "criar".

Por seu turno, o verbo "fabricar" denota "transformar matérias em objetos de uso corrente", "manufaturar", "construir".

Assim, os arts. 3º, II, das Leis nº 10.637/02 e 10.833/03 asseguraram o direito de crédito em relação a bens e serviços utilizados como insumos apenas por empresas que desenvolvam processos produtivos, processos de fabricação e processos mistos, que envolvam as duas atividades anteriores. As empresas que se dedicam às atividades comerciais, como é o caso da recorrente, não podem apurar crédito com base no art. 3º, II, das Leis nº 10.637/02 e 10.833/03, por absoluta falta de previsão legal.

À luz do exposto, torna-se desnecessário apreciar os argumentos lançados contra a restrição do conceito de insumo adotada pela Receita Federal, devendo ser mantida a glosa efetuada pela fiscalização.

A fiscalização glosou também, por falta de previsão legal, os créditos tomados sobre os juros pagos no financiamento obtido junto ao BNDES para a construção do centro de distribuição localizado na cidade de Louveira-SP.

A defesa alegou que não pretendeu tomar crédito nem sobre despesas financeiras e nem sobre depreciação do imobilizado, como entendeu o fisco. Disse que os juros pagos no financiamento do BNDES compõem o custo da obra do centro de distribuição de Louveira-SP, constituindo-se em gastos pré-operacionais que foram ativados. Os créditos glosados pelo fisco, foram apropriados pelo contribuinte sobre os encargos de amortização de tais juros depois de ativados.

Sendo assim, há que se concordar com a fiscalização. O art. 3º, VII, combinado com o § 1º, inciso III, somente autoriza a tomada do crédito sobre a despesa de depreciação em edificações e benfeitorias em imóveis. Não existe previsão legal para a tomada de créditos sobre amortização de gastos pré-operacionais. As alegações do contribuinte, confirmam o acerto da glosa efetuada pela fiscalização, por ausência de previsão legal para o crédito.

Acrescente-se que a menção à "amortização" contida no art. 3º, § 1º, III se refere aos bens mencionados ao inciso XI, pois somente bens intangíveis estão sujeitos à amortização.

6- Da tomada de créditos sobre taxas pagas às administradoras de cartões de crédito

A fiscalização glosou o crédito tomado sobre as despesas com taxas repassadas às administradoras de cartão de crédito, com amparo na interpretação oficial veiculada pelo ADI RFB nº 36/2011, que considera que tais dispêndios não geram direito à tomada de créditos por falta de previsão legal.

Embora o contribuinte possua uma decisão judicial autorizando a tomada do crédito sobre essas despesas, entendeu o fisco que ela somente se aplica a créditos gerados a partir do ano de 2010.

O contribuinte, por seu turno, entende que a aceitação de cartões de crédito é essencial para o sucesso do seu empreendimento, sendo um custo necessário à sua atividade-fim, caracterizando-se como verdadeiro insumo. Ademais, a decisão judicial obtida teria caráter meramente declaratório de um direito já previsto em lei, sendo perfeitamente aplicável ao caso concreto.

Essa questão já foi enfrentada e decidida por este colegiado no Acórdão 3403-002.834, seguintes termos:

*ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA  
SEGURIDADE SOCIAL COFINS*

*Anocalendário: 2008, 2009, 2010*

*CRÉDITOS DA NÃO-CUMULATIVIDADE. EMPRESA  
COMERCIAL. INSUMOS.*

*Em razão de nada produzirem e de nada fabricarem, empresas dedicadas à atividade comercial não podem tomar créditos do regime não cumulativo com base nos arts. 3º, II, das Leis nº 10.637/02 e 10.833/03.*

*EMPRESAS COMERCIAIS. TAXAS PAGAS ÀS  
ADMINISTRADORAS DE CARTÕES DE CRÉDITO.*

*As taxas pagas às administradoras de cartões de crédito não geram direito a crédito, por constituírem despesa operacional do contribuinte (art. 299, § 1º, do RIR/99).*

*Recurso voluntário negado.*

Conforme já foi visto antes, o contribuinte é uma empresa comercial varejista que tem direito aos créditos dos arts. 3º, I, mas não tem direito à tomada de créditos sobre insumos nos termos dos arts. 3º, II, das Leis 10.637/02 e 10.833/03.

Ademais, as despesas com administradoras de cartão de crédito são incorridas no momento da venda, ou seja, são despesas incorridas no momento da comercialização do

produto, caracterizando-se como despesa operacional, em relação à qual inexistia previsão legal para o crédito.

Portanto, não merece nenhum reparo a interpretação vertida no ADI nº 36/2011, pois não existe amparo legal para a tomada de crédito em relação às taxas pagas às administradoras de cartões de crédito, nem em relação às empresas industriais ou prestadoras de serviço e muito menos em relação às empresas comerciais.

Nem mesmo o art. 3º, V, das Leis 10.637/02 e 10.833/03 ampara a pretensão da recorrente. O referido inciso vigorou com duas redações até a data deste julgamento. A primeira (até abril de 2004), atribuía o direito de crédito em relação às despesas financeiras geradas por empréstimos ou financiamentos e também sobre o valor das contraprestações de operações de arrendamento mercantil. A segunda redação, introduzida pela Lei nº 10.865/2004 e com vigência a partir de 1º de maio de 2004, restringiu aquele direito apenas às contraprestações de arrendamento mercantil.

Sendo assim, também não é possível o enquadramento das taxas pagas às administradoras de cartões de crédito no inciso V, pois esses dispêndios se caracterizam como despesas de venda classificáveis no grupo das despesas operacionais (art. 299, § 1º do RIR/99).

No que concerne à aplicabilidade da decisão judicial obtida pelo contribuinte, verifica-se nas fls. 64/66 que o TRF da 1ª Região reconheceu, em sede de agravo de instrumento, o direito aos créditos requeridos nos seguintes termos:

"(...) Diante do exposto, **defiro o pedido de tutela antecipada recursal**, para autorizar a escrituração dos créditos **vincendos** referentes à contribuição ao PIS e à COFINS decorrentes das despesas pagas às administradoras de cartões de crédito e débito. "

Os negritos do excerto acima transcrito são do original. Ou seja, o juiz deixou bem claro que a decisão se referia aos créditos **vincendos**. Tendo em vista que tal decisão foi proferida somente em 12 de março de 2010 e que os créditos são apurados mensalmente, é óbvio que a tomada do crédito só foi autorizada para os créditos originados por valores pagos a partir de março de 2010, inclusive.

A interpretação da recorrente não prospera, porque o dispositivo da decisão judicial faz lei entre as partes, a teor do art. 468 do CPC, e nele o juiz deixou expresso que o direito se referia a créditos futuros e não a créditos pretéritos.

#### 7- Dos juros de mora sobre a multa de ofício

Por fim, o contribuinte questionou a incidência de juros de mora sobre a multa de ofício.

Essa questão já foi enfrentada por este colegiado em inúmeros julgados, entre os quais o Acórdão 3403-002.367, de 24 de julho de 2013, relatado pelo Conselheiro Rosaldo Trevisan, a quem peço licença para adotar seus fundamentos, *in verbis*:

(...)

O assunto seria aparentemente resolvido pela Súmula nº 4 do CARF:

*"Súmula CARF nº 4: A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de*

*inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia SELIC para títulos federais” (grifo nosso)*

Contudo, resta a dúvida se a expressão “débitos tributários” abarca as penalidades, ou apenas os tributos. Verificando os acórdãos que serviram de fundamento à edição da Súmula, não se responde a questão, pois tais julgados se concentram na possibilidade de utilização da Taxa SELIC.

Segue-se então, para o art. 161 do Código Tributário Nacional, que dispõe:

“Art. 161. O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas nesta Lei ou em lei tributária.

§ 1º Se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de um por cento ao mês.

§ 2º O disposto neste artigo não se aplica na pendência de consulta formulada pelo devedor dentro do prazo legal para pagamento do crédito.” (grifo nosso)

As multas são inequivocamente penalidades. Assim, restaria ilógica a leitura de que a expressão créditos ao início do *caput* abarca as penalidades. Tal exegese equivaleria a sustentar que: “os tributos e multas cabíveis não integralmente pagos no vencimento serão acrescidos de juros, sem prejuízos da aplicação das multas cabíveis” .

A Lei nº 9.430/1996, por sua vez, dispõe, em seu art. 61, que:

“Art. 61. Os débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, cujos fatos geradores ocorrerem a partir de 1º de janeiro de 1997, não pagos nos prazos previstos na legislação específica, serão acrescidos de multa de mora, calculada à taxa de trinta e três centésimos por cento, por dia de atraso.

§ 1º A multa de que trata este artigo será calculada a partir do primeiro dia subsequente ao do vencimento do prazo previsto para o pagamento do tributo ou da contribuição até o dia em que ocorrer o seu pagamento.

§ 2º O percentual de multa a ser aplicado fica limitado a vinte por cento.

§ 3º Sobre os débitos a que se refere este artigo incidirão juros de mora calculados à taxa a que se refere o § 3º do art. 5º, a partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês de pagamento.

Novamente ilógico interpretar que a expressão “débitos” ao início do caput abarca as multas de ofício. Se abarcasse, sobre elas deveria incidir a multa de mora, conforme o final do comando do *caput*.

Mais recentemente tratou-se do tema nos arts. 29 e 30 da Lei nº 10.522/2002:

*“Art. 29. Os débitos de qualquer natureza para com a Fazenda Nacional e os decorrentes de contribuições arrecadadas pela União, constituídos ou não, cujos fatos geradores tenham ocorrido até 31 de dezembro de 1994, que não hajam sido objeto de parcelamento requerido até 31 de agosto de 1995, expressos em quantidade de Ufir, serão reconvertidos para real, com base no valor daquela fixado para 1º de janeiro de 1997.*

*§ 1º A partir de 1º de janeiro de 1997, os créditos apurados serão lançados em reais.*

*§ 2º Para fins de inscrição dos débitos referidos neste artigo em Dívida Ativa da União, deverá ser informado à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional o valor originário dos mesmos, na moeda vigente à época da ocorrência do fato gerador da obrigação.*

*§ 3º Observado o disposto neste artigo, bem assim a atualização efetuada para o ano de 2000, nos termos do art. 75 da Lei no 9.430, de 27 de dezembro de 1996, fica extinta a Unidade de Referência Fiscal - Ufir, instituída pelo art. 1º da Lei no 8.383, de 30 de dezembro de 1991.*

*Art. 30. Em relação aos débitos referidos no art. 29, bem como aos inscritos em Dívida Ativa da União, passam a incidir, a partir de 1º de janeiro de 1997, juros de mora equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - Selic para títulos federais, acumulada mensalmente, até o último dia do mês anterior ao do pagamento, e de 1% (um por cento) no mês de pagamento.” (grifo nosso)*

Veja-se que ainda não se aclara a questão, pois se trata da aplicação de juros sobre os “débitos” referidos no art. 29, e a expressão designada para a apuração posterior a 1997 é “créditos”. Bem parece que o legislador confundiu os termos, e quis empregar débito por crédito (e vice-versa), mas tal raciocínio, ancorado em uma entre duas leituras possíveis do dispositivo, revela-se insuficiente para impor o ônus ao contribuinte.

Não se tem dúvidas que o valor das multas também deveria ser atualizado, sob pena de a penalidade tornar-se pouco efetiva ou até inócua ao fim do processo. Mas o legislador não estabeleceu expressamente isso. Pela carência de base legal, então, entende-se pelo não cabimento da aplicação de juros de mora sobre a multa de ofício, na linha que já vem sendo adotada por esta Turma.

Pelo exposto, voto no sentido de dar parcial provimento ao recurso voluntário apresentado, reconhecendo, para efeitos de execução do presente acórdão pela unidade local, que não incidem juros de mora sobre o valor da multa de ofício.

*Rosaldo Trevisan”*

Em face do exposto, voto no sentido de dar provimento parcial ao recurso para excluir da exigência o crédito tributário decorrente da incidência da taxa Selic sobre a multa de ofício na fase de liquidação administrativa do presente julgado.

(Assinado com certificado digital)

Antonio Carlos Atulim

## Declaração de Voto

Conselheiro Luiz Rogério Sawaya Batista.

Com efeito, a discussão preponderante de todo o processo, excetuando o enquadramento da Recorrente no regime cumulativo ou não-cumulativo, está adstrito à célebre discussão sobre o conceito de insumos, uma vez que a Recorrente foi autuada pelas autoridades fazendárias por ter tomado créditos do PIS e COFINS não-cumulativos, por adotar conceito diverso das autoridades fazendárias.

Mais adiante passarei à análise de cada um dos itens que a Recorrente tomou créditos. De qualquer forma, pelo conteúdo da decisão da DRJ depreende-se claramente que a Decisão se assenta sobre o conceito de insumo aplicável à legislação do Imposto sobre Produtos Industrializados.

Nesse ponto, diga-se de passagem, nem seria necessária uma análise mais aprofundada da Decisão da DRJ, pois apenas com a razão externada de que a Recorrente seria empresa varejista e que, portanto, não se aplicaria o conceito de insumo para a sua atividade, que não envolveria a produção, nem a fabricação e sequer a prestação de serviços, já se pode cravar a linha adotada pela autoridade fazendária.

Faço esta menção em total respeito à autoridade fazendária, ainda que discordando de seu posicionamento, pois — é necessário que se diga — ela simplesmente adota a interpretação literal das singelas regras acerca de insumo constantes nas Instruções Normativas SRF nº 247/2002 e 404/2004.

Tais Instruções Normativas que, sob o ponto de vista estritamente literal, se prendem à redação das Leis nº 10.637/2002 e 10.833/2003, refletem o posicionamento da Receita Federal do Brasil adotado desde o Parecer Normativo nº 65, de 05 de novembro de 1979, cujos trechos abaixo transcritos demonstram visivelmente a importação de antigos critérios da legislação do Imposto sobre Produtos Industrializados em relação à não-cumulatividade do PIS e da COFINS, conforme segue:

“A partir da vigência do RIPI/79, "ex vi" do inciso I de seu art. 66, geram direito ao crédito ali referido, além dos que se integram ao produto final (matérias-primas e produtos intermediários "stricto sensu", e material de embalagem), quaisquer outros bens,

desde que não contabilizados pelo contribuinte em seu ativo permanente, que sofram, em função de ação exercida diretamente sobre o produto em fabricação, alterações tais como o desgaste, o dano ou a perda de propriedades físicas ou químicas. Inadmissível a retroação de tal entendimento aos fatos ocorridos na vigência do RIPI/72 que continuam a se subsumir ao exposto no PN CST nº 181/74.

...

10.3. Passam, portanto, a fazer jus ao crédito, distintamente do que ocorria em face da norma anterior, as ferramentas manuais e as intermutáveis, bem como quaisquer outros bens que, não sendo partes nem peças de máquinas, independentemente de suas qualificações tecnológicas, se enquadrem no que ficou exposto na parte final do subitem 10.1 (se consumirem em decorrência de um contato físico, ou melhor dizendo, de uma ação diretamente exercida sobre o produto em fabricação, ou por este diretamente sofrida).”

Naturalmente que se trata de posicionamento equivocado, para dizer o mínimo, não apenas por se tratarem de tributos completamente distintos, que possuem fatos jurídicos tributários diversos, como também porque as regras de não-cumulatividade são diferentes.

A atividade econômica geradora de receitas, base de cálculo das Contribuições ao PIS e a COFINS no regime não-cumulativo, não se resume à industrialização, como ocorre com o ultrapassado Imposto sobre Produtos Industrializados, de onde surgiu o conceito de insumo na legislação brasileira, mas sim a todo o tipo de exercício, que compreende a venda de bens, seja no atacado ou no varejo, a prestação de toda a sorte de serviços e a realização de outras atividades que classicamente não se subsumem aos atuais critérios jurídicos de classificação da atividade de comercialização e prestação de serviços, e, g., locação de bens imóveis e móveis, cessão de direitos e etc., mas se enquadram no critério econômico de classificação.

Dessa forma, restringir a tomada de créditos de PIS e COFINS à atividade industrial, olvidando toda a sistemática do PIS e da COFINS não-cumulativos, é contrariar, inicialmente, em meu pensar, a Constituição Federal, posto que o §12º, do artigo 195 da Constituição Federal de 1988, não estabelece, em nenhum momento tal distinção:

#### Art. 195 – CF

§ 12. A lei definirá os setores de atividade econômica para os quais as contribuições incidentes na forma dos incisos I, b; e IV do *caput*, serão não-cumulativas. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

Essa condenável restrição também contrariaria a Ordem Econômica, posto que prejudicaria outras atividades empresariais legítimas, fontes geradoras de riquezas, diversas da atividade industrial, a qual não figura de há muito, na atividade que percentualmente mais contribui para o Produto Interno Bruto do País.

Não pretendo ingressar no mérito da constitucionalidade da não-cumulatividade do PIS e da COFINS, mas tão-somente apontar que a Constituição é e deve ser sempre o ponto de partida do intérprete, daí porque assume relevo a injustiça, o tratamento desigual e não razoável de uma eventual aplicação distinta de regras não-cumulativas voltadas para a atividade industrial.

Tudo isso para, em apertada síntese, fundamentar a conclusão de que as regras e conceitos referentes ao IPI não podem, de nenhuma forma, ser aplicadas para o PIS e a COFINS não-cumulativos.

Mas poderiam as regras do Imposto de Renda da Pessoa Jurídica.

É verdade que a adoção do regime não-cumulativo está atrelada à forma de apuração do Imposto de Renda, se Lucro Real ou Lucro Presumido, determinando, pois, o ingresso ao sistema de créditos e débitos.

E também é verdade que inúmeros itens de crédito constantes nos artigos 3º da Lei nº 10.637/2002 e 10.833/2003, e. g., edificações e benfeitorias em imóveis próprios ou de terceiros, utilizados nas atividades da empresa, contraprestação de arrendamento mercantil, energia elétrica utilizada na atividade da empresa, são próprios da legislação do Imposto de Renda.

Por outro lado, argumenta-se que se o legislador tivesse tido a intenção de adotar o conceito de custo e despesa do Imposto de Renda para a legislação do PIS e da COFINS não-cumulativos, ele o teria feito de forma ampla.

E nesse sentido, defende-se que o PIS e a COFINS não-cumulativos e o IRPJ são tributos totalmente distintos e que possuem bases de cálculo diversas, pois o PIS e a COFINS incidem sobre as receitas e o IRPJ sobre o lucro (formado pelas receitas menos as despesas e as compensações e deduções admitidas na legislação. No Lucro Presumido a base de cálculo é a receita, presumindo a legislação um percentual de lucratividade).

Questiono se tal discussão não seria própria de nosso mal, pois ao invés de adotarmos critérios simples, unificadores, fáceis de serem adotados e praticados por todos os operadores, criamos esquemas mentais complexos e subjetivos, apegados à circunstância, que transformam a área tributária sinônimo de complexidade.

Tenho para mim que o PIS e a COFINS não-cumulativos estão muito mais próximos da legislação do Imposto de Renda, guiado pelas receitas operacionais e não-operacionais e pelas despesas, do que da legislação do IPI, pois, reitero, a atividade empresarial não se resume à industrial.

Nesse sentido, qual o significado da afirmação segundo a qual o conceito de insumo da legislação do PIS e da COFINS não-cumulativos seria próprio, distinto, portanto, do IPI, por óbvio, mas também diverso do IRPJ.

Não deixa de ser uma afirmação em termos, relativa, pois tem como fragilidade o fato de que não existe um conceito de insumo para o IRPJ, que se prende a custos e despesas, e também ao fato de que a palavra “insumo” se desapegou por completo do microcosmo da legislação do IPI, tendo sido, na realidade, um completo despropósito a sua adoção (e daí o perigo da argumentação fundada na intenção do legislador e em eventual futuro e incerto baseado no “se”).

Aliás, quando do surgimento do PIS não-cumulativo, por meio da Medida Provisória nº 66/2002, havia orientação clara, inclusive prevista na Medida Provisória, que a legislação seria testada e que, posteriormente, se analisaria a possibilidade de adoção da sistemática não-cumulativa para a legislação da COFINS.

A verdade é que tal teste sequer chegou a ser realizado e, sem maiores discussões, a MP nº 66/2002 foi convertida na Lei nº 10.637/2002, e em seguida foi editada a MP nº 135/2003, nos mesmos moldes, convertida na Lei nº 10.833/2003, dando lugar, posteriormente, para a correção de uma grave distorção do PIS e da COFINS importação, de maneira a igualar a tributação local à do bem e serviço importado.

Ou seja, é uma afirmação e uma discussão vazia, que não tem destino certo, pois o surgimento do sistema não-cumulativo se deu de forma atabalhoada, sem qualquer discussão, gerando um aumento de alíquota da ordem de 273%, não notada inicialmente para o PIS, mas que se mostrou gritante em relação à COFINS.

Daí porque em nada aproveita, em meu pensar, a discussão de que o legislador poderia ter adotado critério diverso, sido expresso, em relação ao IRPJ, pois não existe um conceito de insumo na legislação do IRPJ, mas sim de custo e despesa necessária e usual para a atividade da empresa, e porque a própria adoção do PIS e da COFINS não-cumulativos se deram de forma superficial, sem maiores reflexões e discussão com o meio empresarial.

Naturalmente que tais falhas resultaram numa enxurrada de discussões judiciais acerca da não-cumulatividade, na mudança inflacionária da legislação do PIS e da COFINS não-cumulativos, e na discussão doutrinária e jurisprudencial do alcance da palavra insumo, que hoje conta com inúmeras opiniões e correntes de pensamento dos estudiosos do tema e da jurisprudência.

Não me surpreende, pois, a afirmação de que a Recorrente, na qualidade varejista, seu CNAE principal, portanto revendedora de bens (e determinados serviços financeiros) seria estranha à discussão sobre a palavra insumo, pois a autoridade fazendária se apega à corrente que adota religiosamente a legislação do IPI.

Não vejo como técnica e rigorosamente falar-se em adoção da legislação do IRPJ em relação à palavra insumo, vez que tal legislação não emprega esse termo de forma própria.

Sob outro prisma, entendo que os créditos do PIS e da COFINS não-cumulativos são meramente exemplificativos, uma vez que a legislação proibiu expressamente a vedação do crédito decorrente do pagamento de mão-de-obra e de bens e serviços provenientes do exterior (o que foi alterado com o PIS e COFINS importação).

Nessa linha de raciocínio, incidindo o PIS e a COFINS não-cumulativos sobre a receita, e considerando a vedação da tomada de crédito da mão-de-obra, resulta que todo o dispêndio usual e necessário para a atividade geradora de receita deve ser considerado como “insumo” à produção econômica do bem ou serviço.

Ou melhor, deve ser considerado como um componente relevante para a geração de receita da pessoa jurídica, pois sem ele a pessoa jurídica não conseguiria exercer sua atividade ou teria uma restrição de sua atividade econômica.

Dessa forma, como observado anteriormente, não compartilho do entendimento de que à palavra “insumo” do PIS e da COFINS deve se empregar o conceito da legislação do IRPJ, pois esta legislação não dispõe expressamente sobre insumo, mas considera custos e despesas usuais, normais e necessários para a atividade da empresa como despesas operacionais, pois formadoras, em última instância, do lucro.

Assim, todos os custos e despesas que estejam intimamente relacionados à geração de receitas da pessoa jurídica, em meu pensar, devem outorgar o direito ao crédito do PIS e da COFINS não-cumulativos, não porque sejam insumos, mas sim porque são necessários para o exercício da atividade da pessoa jurídica, não se justificando um regime dito não-cumulativo em que somente alguns custos e despesas são autorizados, pois ele implica inegável cumulação.

Com efeito, a atividade de revenda de bem não se resume à mera compra e venda do bem anteriormente adquirido, sendo muito mais complexa hoje em dia, eis que a Recorrente deve não apenas ajustar o seu estoque às tendências de mercado, como também oferecer atendimento rápido, eficaz, pontos de venda, enfim, faz-se necessária toda uma estrutura empresarial para que ela possa realizar a sua atividade de maneira legítima, em condições de competir no mercado com sua concorrência e de realizar a sua atividade economicamente saudável.

Envolve o colocar o bem adquirido no mercado, que pode ser caracterizado como a “produção” do bem, que vai desde a escolha do tecido e do modelo, até o oferecimento do bem em suas lojas de varejo ao público consumidor em geral, de modo que com a comercialização desses bens (e de serviços correlatos), a Recorrente possa gerar receita para a sua atividade, receita esta que será tributada pelo PIS e COFINS não-cumulativos, vez que a Recorrente adota, por obrigatoriedade, o Lucro Real na apuração do IRPJ.

O artigo 3º da Lei nº 10.833/2003 dispõe que a pessoa jurídica poderá descontar créditos de bens adquiridos para revenda e de bens e serviços, no sentido amplo, utilizados como “insumo” na produção de bens destinados à venda, *in verbis*:

*Art. 3º Do valor apurado na forma do art. 2º a pessoa jurídica poderá descontar créditos calculados em relação a: (Produção de efeito) (Vide Medida Provisória nº 497, de 2010) (Regulamento)*

*I - bens adquiridos para revenda, exceto em relação às mercadorias e aos produtos referidos:*

...

*II - bens e serviços, utilizados como insumo na prestação de serviços e na produção ou fabricação de bens ou produtos destinados à venda, inclusive combustíveis e lubrificantes, exceto em relação ao pagamento de que trata o art. 2º da Lei nº 10.485, de 3 de julho de 2002, devido pelo fabricante ou importador, ao concessionário, pela intermediação ou entrega dos veículos classificados nas posições 87.03 e 87.04 da Tipi; (Redação dada pela Lei nº 10.865, de 2004)*

Depreende-se, pois, que, como dito anteriormente, não há como restringir o inciso II, do artigo 3º da Lei nº 10.833/2003 à atividade industrial, inclusive porque há expressa menção à produção ou fabricação, atividades distintas, sendo que a produção econômica não envolve somente as atividades enquadráveis como industrialização no Imposto sobre Produtos Industrializados, e, g., acondicionamento.

A produção econômica gera receita, é a atividade perseguida pela atividade empresarial, que objetiva o lucro, necessitando, na dinâmica empresarial de despesas para a geração de receitas, que constituem as bases de cálculo do PIS e da COFINS não-cumulativos.

E a produção econômica, em meu pensar, justifica o direito de crédito do PIS e da COFINS da Recorrente relativamente aos itens necessários e usuais para a sua atividade, despesas essas que ela, Recorrente, deve necessariamente incorrer para gerar receitas.

Na hipótese de que a produção, constante no inciso II, do artigo 3º da Lei nº 10.833/2003, não seja interpretada no sentido amplo, de modo que despesas intimamente relacionadas à atividade da Recorrente sejam passíveis de creditamento, admitir-se-á que a legislação do PIS e da COFINS previu um regime não isonômico, prevendo tratamento privilegiado para a atividade industrial, olvidando a atividade comercial e, ainda, o próprio setor de serviços, vez que restringe-se sobremaneira os “insumos” dos serviços.

Por outro lado, nos baseamos na palavra “produção”, prevista no inciso II, do artigo 3º da Lei nº 10.637/2002 para oferecer uma nova interpretação ao tema, consentânea com um verdadeiro regime não-cumulativo e, em nosso pensar, em linha com os ditames constitucionais e legais do PIS e COFINS não-cumulativos.

De qualquer maneira, não se pode perder de vista que nem a Lei nº 10.637/2002 e sequer a Lei nº 10.833/2003 estabeleceram expressamente que apenas se poderia tomar como crédito do PIS e COFINS aqueles itens constantes em sua relação, o que nos leva a indagar se tal elenco não seria meramente exemplificativo.

Ainda mais porque a Lei fixou como parâmetros que não outorgam crédito as operações ou prestações anteriores não sujeitas ao PIS e COFINS e o valor de mão-de-obra pago a pessoa física que, naturalmente, não está sujeito ao pagamento de PIS e COFINS.

Daí porque, a contrário sensu, o raciocínio harmônico com um verdadeiro regime não-cumulativo, no sentido de que todos os títulos relacionados na Lei e não restritos ou excetuados, desde que sujeitos ao pagamento do PIS e da COFINS, dão direito ao crédito das Contribuições.

Assim, passamos à análise das glosas realizadas sobre os créditos:

#### Taxas de Administração de Cartão de Crédito e Débito

Ora, as taxas pagas para a utilização de cartões de crédito e débito são essenciais à atividade comercial da Recorrente. Num sentido amplo poderiam ser consideradas insumos, mas a verdade é que essas taxas são despesas necessárias para a Recorrente, sem as quais ela certamente não auferiria as receitas que aufer, sobretudo nos dias atuais em que se utiliza cada vez menos o papel moeda e com todas as restrições comerciais dos cheques frente à possibilidade de recebimento eletrônico por meio de débito ou crédito.

#### Despesas com Propaganda

O mesmo raciocínio se aplica às despesas de propaganda. São despesas necessárias e usuais ao tipo de atividade da Recorrente, pois necessárias para propagar e divulgar os seus produtos. A Recorrente atua no setor de comércio/revenda de vestuário, um setor que atualmente tem como particularidade o consumo de moda. O consumo de um produto propagandeado ou utilizado por modelo que chama a atenção dos consumidores e leva à venda, sendo, portanto, necessário, na minha visão, que a Recorrente incorra em despesas de

propaganda, sem as quais comprometeria em muito a sua atividade e sem as quais certamente não chegaria ao tamanho empresarial a que chegou.

Despesas relacionadas a atividades financeiras (SERASA, SPC, SAC e Telefone Comunicação de Dados)

Conforme mencionado no item “i” não se cogita que a atividade da Recorrente, atividade comercial ao público em geral, seja realizada sem as mínimas cautelas necessárias à sobrevivência de seu negócio.

As despesas relacionadas às atividades financeiras estão relacionadas aos inúmeros serviços de proteção do crédito que a Recorrente está obrigada a contratar para evitar prejuízos em sua atividade e, nesse tipo de atividade, são imprescindíveis ao negócio explorado pela Recorrente, motivo pelo qual entendo que ela tem sim direito ao crédito do PIS e da COFINS não-cumulativos sobre tais valores.

Nessas despesas também estão incluídas as atividades de consultoria e cobranças às operações com cartões de crédito e débito, incluindo o telemarketing e o teleatendimento.

Dessa forma, não vejo como não reconhecer tais créditos em favor da Recorrente, com base no raciocínio acima traçado, pois, acaso tal direito não seja reconhecido, a Recorrente será penalizada à medida que exerce atividade preponderante de revenda, tendo sofrido indireto aumento de carga tributária.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Luiz Rogério Sawaya Batista