

O CREDITAMENTO DO PIS/COFINS NO ÂMBITO DAS OPERAÇÕES DE MARKETING MULTINÍVEL (*NETWORK MARKETING*)

Marcos Aurélio Pereira Valadão

Doutor em Direito (SMU, EUA). Mestre em Direito (UnB). Bacharel em Direito (PUC-GO). Estudos de pós-doutoramento (UnB). Especialista em Administração Tributária (PUC-GO). MBA-Executivo em Finanças (IBMEC). Professor da FGV em Brasília, DF. Advogado.

Artigo recebido em 26.01.2024 e aprovado em 06.02.2024.

SUMÁRIO: 1 Introdução 2 Dos créditos do PIS/Cofins para insumos 2.1 A controvérsia sobre o creditamento do PIS/Cofins e o posicionamento da RFB 2.2 A evolução do posicionamento do CARF 3 Operações mistas ou atípicas 3.1 Acórdão n. 3402-003.989 (29.03.2017) 3.2 Acórdão n. 3402-005.101 (22.03.2018) 3.3 Acórdão n. 3201-005.668 (21.08.2019) 3.4 Acórdão n. 3302-008.120 (29.01.2020) 4 Da necessidade do *upgrade* hermenêutico 5 Considerações finais 6 Referências.

RESUMO: O artigo discute a longa polêmica em torno do creditamento do PIS/Cofins não cumulativo desde sua implementação em 2002 (PIS) e 2004 (Cofins). Inicialmente interpretadas de forma restritiva, as regras assemelhavam-se à metodologia do IPI para créditos de insumos industriais, evoluindo, posteriormente, para abordagens mais amplas, equiparando-se a despesas e custos no IRPJ. A disputa concentrou-se no conceito de insumo, com o STF, em 2018, estabelecendo parâmetros mínimos sob o Tema 780. Já em 2022, o STF, ao decidir sobre o RE 841.979/PE (Tema 756), afirmou a constitucionalidade das leis de não cumulatividade, relegando a discussão sobre insumos ao âmbito infraconstitucional. O artigo examina a jurisprudência do CARF e a complexidade do creditamento no contexto do “*marketing* multinível”, ressaltando a natureza integrada dessa estratégia ao processo de produção e revenda. O texto defende a necessidade de uma compreensão mais profunda e uma evolução hermenêutica diante dessa complexa problemática.

PALAVRAS-CHAVE: PIS. Cofins. Créditos. Insumos. *Marketing* multinível. CARF.

PIS/COFINS CREDITING WITHIN THE SCOPE OF MULTILEVEL MARKETING OPERATIONS (NETWORK MARKETING)

CONTENTS: 1 Introduction 2 PIS/Cofins credits for inputs 2.1 The controversy over PIS/Cofins crediting and the positioning of the RFB 2.2 The evolution of the CARF positioning 3 Mixed or atypical operations 3.1 Judgment no. 3402-003.989 (29.03.2017) 3.2 Judgment no. 3402-005.101 (22.03.2018) 3.3 Judgment no. 3201-005.668 (21.08.2019) 3.4 Judgment no. 3302-008.120 (29.01.2020) 4 The need for hermeneutical upgrade 5 Final considerations 6 References.

ABSTRACT: The article discusses the longstanding controversy surrounding the non-cumulative PIS/Cofins tax credit system since its implementation in 2002 (PIS) and 2004 (Cofins). Initially interpreted restrictively, the rules resembled the methodology of the IPI for tax credits on industrial inputs, later evolving into broader approaches, equating to expenses and costs in the IRPJ. The dispute has focused on the concept of inputs, with the STJ in 2018 establishing minimum parameters under Theme 780. In 2022, the STF, in deciding on RE 841.979/PE (Theme 756), affirmed the constitutionality of the non-cumulative laws, relegating the discussion on inputs to the infraconstitutional level. The article examines CARF's jurisprudence and the complexity of tax credit utilization in the context of "multilevel marketing," emphasizing the integrated nature of this strategy with the production and resale process. The text advocates for a deeper understanding and hermeneutic evolution in addressing this intricate issue.

KEYWORDS: PIS. Cofins. Credits. Inputs. Network marketing. CARF.

1 INTRODUÇÃO

O tema do creditamento do PIS/Cofins não cumulativo suscita discussões desde a instituição do regime da não cumulatividade (2002 para o PIS e 2004 para a Cofins). Ocorreu uma evolução a partir de interpretações restritivas, como se fossem créditos de insumos industriais, com metodologia semelhante à do IPI, chegando a interpretações mais ampliativas, se assemelhando às despesas e custos no IRPJ.

No desenvolvimento da controvérsia, ela passou a se fixar no conceito de insumo, já que a lei remete ao conceito de insumo para efeito de garantir creditamento. Em 2018, o STJ, decidiu o REsp 1.221.170¹, sob o rito dos recursos repetitivos (Tema 780), fixando, ainda que minimamente, um patamar para a garantia de aproveitamento dos créditos, em uma interpretação que se pode dizer estaria na posição intermediária. O STF decidiu em 2022, no RE 841.979/

1. Recurso Especial n. 1.221.170/PR, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 22.02.2018.

PE², Tema 756 da repercussão geral³, no sentido de que as leis que regulam a não cumulatividade do PIS/Cofins são constitucionais, e que é infraconstitucional a discussão sobre o tema dos insumos.

Esses tópicos serão adiante revistos em mais detalhes, e também a jurisprudência do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) para esclarecer pontos pertinentes ao objeto deste artigo, que é o aproveitamento de créditos do PIS/Cofins no âmbito do fenômeno mercadológico denominado “marketing multinível”.

As interpretações, digamos, tradicionais do creditamento do PIS/Cofins, em geral, lidam com problemas tais como: Para estabelecimento industrial ou revendedor como ficam os serviços adquiridos, ainda que sejam necessários para a produção e a atividade de revenda? Para estabelecimentos prestadores de serviços, todos os serviços adquiridos geram créditos? E os insumos materiais usados na prestação do serviço? Ou seja, há uma distinção clara na atividade da empresa, qual seja, produz ou adquire um bem para venda/revenda, ou presta um serviço, e a partir desses três conceitos estanques (produção, revenda, prestação), se estabelece o que gera e o que não gera crédito, considerando o conceito de insumo para a atividade específica.

O problema, objeto deste artigo, é mais complexo, pois o denominado “marketing multinível” conquanto seja uma estratégia mercadológica para dinamizar e impulsionar vendas, é integrada à atividade de produção e/ou revenda dos produtos. Ou seja, a atividade dos serviços não se separa da outra (produção e/ou revenda de produtos) do ponto de vista do conceito do negócio. O “marketing multinível” também denominado *marketing* em rede (*network marketing*), em geral conta com centenas, ou milhares de distribuidores que são empresas independentes, operando como lojistas – que comprem e revendem produtos.

2. STF, RE 841.979/PE, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 21.11.2022.

3. A tese fixada no Tema 756 foi:

“I. O legislador ordinário possui autonomia para disciplinar a não cumulatividade a que se refere o art. 195, § 12, da Constituição, respeitados os demais preceitos constitucionais, como a matriz constitucional das contribuições ao PIS e Cofins e os princípios da razoabilidade, da isonomia, da livre concorrência e da proteção à confiança;

II. É infraconstitucional, a ela se aplicando os efeitos da ausência de repercussão geral, a discussão sobre a expressão insumo presente no art. 3º, II, das Leis ns. 10.637/02 e 10.833/03 e sobre a compatibilidade, com essas leis, das IN SRF ns. 247/02 (considerada a atualização pela IN SRF n. 358/03) e 404/04. III. É constitucional o § 3º do art. 31 da Lei n. 10.865/04”.

Além disso, no *marketing* multinível, os distribuidores são estratificados por nível, passando pelos distribuidores de primeiro nível, de segundo nível, até os distribuidores individuais – sendo todos independentes, não havendo ligação societária entre eles ou com a empresa principal do negócio. Mas, trata-se de um negócio integrado, é um modelo de negócio.

Essa forma de organização de negócios e os contratos respectivos vinculam uma empresa à outra (fabricante e distribuidores dos diversos níveis), não contrariando nenhuma norma legal, seja de direito privado, seja de direito público, seja de norma específica (mesmo porque não existe legislação específica sobre a matéria, como é o caso das operações de franquia⁴), seja em relação aos princípios gerais estabelecidos nas diversas normas, especialmente a Constituição Federal, o Código Civil brasileiro, o Código Tributário Nacional e as leis de regência dos tributos incidentes sobre as diversas operações praticadas.

Trata-se de uma estratégia que está em consonância com a tendência mundial de empresas que utilizam o *marketing* multinível (ou *network marketing*), como uma forma legítima e eficaz de comercializar produtos e serviços⁵. Este método de negócio tem-se mostrado uma estratégia empresarial válida e rentável para uma ampla gama de produtos e serviços. Os serviços no bojo do *marketing* multinível são também conceituados como serviços de promoção de vendas, mas que se trata de uma série de ações, que envolvem treinamento, capacitação, estratégias de divulgação etc., sendo que esses serviços podem ser prestados pelos participantes da rede, inclusive sendo subcontratados pela empresa principal (que instituiu o negócio de produção/revenda dos produtos com sua marca).

Assim, esse modelo de negócios pode ser estruturado de forma a aproveitar as vantagens do modelo de venda direta e *marketing* multinível, oferecendo aos distribuidores a possibilidade de gerar receita tanto através da venda de produtos quanto através da prestação de serviços de promoção de vendas.

Ocorre que a fiscalização, tanto federal quanto estadual, vem, nos últimos anos, entendendo que esse tipo de atividade, *i.e.*, produção ou revenda de produtos no âmbito de um sistema de *marketing* multinível, seria uma espécie de simulação para diminuir a base da tributação do ICMS (pois envolve prestação de

4. Existe uma regulamentação legal para franquia, atualmente em vigor a Lei n. 12.966/2019, mas não há para *marketing* multinível.

5. Cf. FOGG, Jonh Milton (ed.). *It's time for network marketing: the most remarkable form of enterprise ever created*. Mumbai: Embassy Books, 2009.

serviços), e por outro lado, glosar os créditos do PIS/Cofins na aquisição de serviços para implementar o *marketing* multinível, especialmente os serviços subcontratados aos distribuidores (que, em geral, nem todos prestam, mas somente os mais graduados e experientes), inclusive com lançamento de multa qualificada.

Na verdade, essa confusão da fiscalização se deve ao não entendimento de que se trata de uma operação integrada, de um modelo de negócio em que tanto o produto quanto os serviços de promoção de venda são parte da mesma operação. Observa-se que, muitas vezes, a margem bruta da operação com produtos é superior à margem bruta da operação com serviços, passíveis de segregação, em termos de contabilização, ainda que integradas em termos de estratégia negocial. Essa abordagem é uma forma legítima de operação empresarial, proporcionando benefícios tanto para a empresa quanto para os distribuidores envolvidos e também os consumidores.

Este artigo se propõe a jogar luzes sobre a questão a partir da verificação do tema dos créditos do PIS/Cofins, da análise de casos atípicos, que têm pontos de contato com as operações de *marketing* multinível, com foco na jurisprudência do CARF, seguido de uma digressão sobre a necessidade de uma evolução hermenêutica sobre o tema, após serão alinhavadas breves considerações finais. Os termos “bens” e “produtos” são usados de forma intercambiável ao longo do texto.

2 DOS CRÉDITOS DO PIS/COFINS PARA INSUMOS

O Programa de Integração Social (PIS) foi instituído pela Lei Complementar (LC) n. 07/1970, sendo que a LC n. 8/1970 instituiu o Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público (Pasep). Com a LC n. 26/1975, houve a unificação das contribuições do PIS e do Pasep, permanecendo a mesma forma de contribuição ao programa estabelecida nas Leis Complementares anteriores⁶. Já a Contribuição para Financiamento da Seguridade Social (Cofins) foi instituída pela Lei Complementar n. 70, de 30 de dezembro de 1991, substituindo o antigo Fundo de Investimento Social (Finsocial).

As Contribuições para o PIS/Pasep e a Cofins podem ser cobradas no regime cumulativo (empresas do Simples e que apuram o IRPJ pelo lucro presumido)

6. A partir da Constituição Federal de 1988 (CF/1988), a receita das contribuições arrecadadas com o PIS/Pasep passou a financiar o programa do seguro-desemprego e do abono salarial, conforme dispõe seu art. 239.

e no regime não cumulativo, obrigatório para as empresas que apuram o IRPJ pelo lucro real. Há também regimes especiais de substituição tributária, de regime monofásico (tributação concentrada), dentre outros, que não interessam à presente análise⁷.

Para efeito de simplificação, e em virtude de que a legislação tem idênticos efeitos práticos e legais para a situação objeto deste estudo, nos referiremos a essas contribuições, simplesmente, como PIS/Cofins.

A Medida Provisória n. 66/2002, posteriormente convertida na Lei n. 10.637/2002, instituiu o regime de apuração não cumulativa da Contribuição para o PIS/Pasep a partir de 1º de dezembro de 2002. A MP a n. 135/2003, posteriormente convertida na Lei n. 10.833/2003, estabeleceu a não cumulatividade para a Cofins a partir de 1º de fevereiro de 2004. Observe-se que essas leis que criaram o regime da não cumulatividade para o PIS/Cofins estabelecem exceções para as quais continuam se aplicando o regime de apuração cumulativa. É como se, para os contribuintes e receitas excetuados, as Leis n. 10.637/2002 e n. 10.833/2003 nunca tivessem sido publicadas⁸.

Essas leis foram objeto de diversas alterações subsequentes, inclusive por conta de adequação a decisões judiciais. Sobrevieram também alterações constitucionais que afetaram essas contribuições. Especialmente, a Emenda Constitucional n. 42/2003, que introduziu incidência nas importações (art. 195, IV, e art. 149, § 2º, II) e, também, inseriu o § 12 ao art. 195, prevendo a não cumulatividade para as contribuições sociais, tendo sido superveniente à alteração legislativa (tema que suscita discussões, mas que não é objeto deste artigo).

Como se sabe, quando se trata de tributos sobre o valor adicionado, tipo IVA (e o PIS/Cofins é desta natureza, ainda que parcialmente), a principal fonte de controvérsia é a extensão do aproveitamento dos créditos. Assim, as leis que regulam o regime não cumulativo do PIS/Cofins especificam quais os créditos permitidos na incidência não cumulativa das contribuições e quais são os bens, serviços e aquisições de insumos que não dão direito a crédito.

A não cumulatividade do PIS/Cofins introduzida pelas Leis n. 10.637/2002 e n. 10.833/2003 teve uma motivação econômica, que é justamente eliminar a cumulatividade em cascata dessas contribuições (cobrança cumulativa ao longo

7. A Contribuição para o PIS/Pasep também pode incidir sobre a folha de pagamento, situação em que não incide sobre a receita ou o faturamento.

8. BERGAMINI, A. *et al. Manual do PIS e da Cofins*. 4. ed. São Paulo: Fiscosoft, 2013. p. 122-123.

da cadeia de produção e comércio)⁹. Essa circunstância é importante, pois o aproveitamento dos créditos, o tema controverso, está ontologicamente ligado a esse aspecto.

Os arts. 3º e 4º das Leis n. 10.637/2002 e n. 10.833/2003 trazem os dispositivos que disciplinam o aproveitamento dos créditos. Há várias exceções e regimes que não interessam à presente análise. Os dispositivos das duas leis, embora não sejam idênticos na forma, são nos seus efeitos, tendo sido alterados de 2003 até o momento por diversas leis, também de forma semelhante. Abaixo, a redação dos dispositivos do art. 3º da Lei n. 10.833/2003, na redação atual, no que importa à presente análise:

Art. 3º Do valor apurado na forma do art. 2º a pessoa jurídica poderá descontar créditos calculados em relação a:

I – bens adquiridos para revenda, exceto em relação às mercadorias e aos produtos referidos

a) no inciso III do § 3º do art. 1º desta Lei; [subst. tributária]

b) nos §§ 1º e 1º-A do art. 2º desta Lei; [regimes especiais]

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 n. 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;

[...]

§ 1º Observado o disposto no § 15 deste artigo, o crédito será determinado mediante a aplicação da alíquota prevista no *caput* do art. 2º desta Lei sobre o valor:

I – dos itens mencionados nos incisos I e II do caput, adquiridos no mês;

[...]

§ 2º *Não dará direito a crédito o valor:*

I – de mão de obra paga a pessoa física;

9. Na Exposição de Motivos da Medida Provisória n. 135/2003, posteriormente convertida na Lei n. 10.833/2003, lê-se: “[...] Neste sentido, a instituição da Cofins não cumulativa visa corrigir distorções relevantes decorrentes da cobrança cumulativa do tributo, como por exemplo a indução a uma verticalização artificial das empresas, em detrimento da distribuição da produção por um número maior de empresas mais eficientes – em particular empresas de pequeno e médio porte, que usualmente são mais intensivas em mão de obra”. (grifos nossos). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Exm/2003/EM_no_197a2003__mf.htm.

II – da aquisição de bens ou serviços não sujeitos ao pagamento da contribuição, inclusive no caso de isenção, esse último quando revendidos ou utilizados como insumo em produtos ou serviços sujeitos à alíquota o (zero), isentos ou não alcançados pela contribuição; e

III – do ICMS que tenha incidido sobre a operação de aquisição.

§ 3º O direito ao crédito aplica-se, exclusivamente, em relação:

I – aos bens e serviços adquiridos de pessoa jurídica domiciliada no País;

II – aos custos e despesas incorridos, pagos ou creditados a pessoa jurídica domiciliada no País;

III – aos bens e serviços adquiridos e aos custos e despesas incorridos a partir do mês em que se iniciar a aplicação do disposto nesta Lei.

§ 4º O crédito não aproveitado em determinado mês poderá sê-lo nos meses subsequentes. (grifos e observações entre colchetes nossos).

O conceito de insumo para efeito de creditamento na sistemática da não cumulatividade do PIS/Pasep e da Cofins foi regulado no âmbito administrativo pelas Instruções Normativas RFB n. 247/2002 e IN RFB n. 404/2004, ambas revogadas pela IN RFB n. 1.911/2019, a qual foi revogada pela IN RFB n. 2.121/2022 (que promoveu uma consolidação das normas infralegais sobre essas contribuições), atualmente vigor (com alterações). No início, o sentido das INs era de que se enquadravam como insumos, para efeito de creditamento, somente os itens que fossem aplicados ou consumidos diretamente na fabricação de produtos destinados à venda ou na prestação do serviço, o que acabou por trazer, para o regime não cumulativo da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins, o conceito utilizado na legislação do IPI. Essa interpretação restritiva da legislação sobre a não cumulatividade do PIS/Cofins resultou em muita discussão doutrinária e jurisprudencial.

De modo geral, o entendimento predominante da doutrina tem sido no sentido de uma interpretação mais ampla do que tradicionalmente se considera como insumo na contabilidade de custos, remetendo ao que é necessário para o desempenho na atividade. Em geral, a doutrina caminha na direção de que os insumos devem ser entendidos como as despesas necessárias à colocação do produto à venda para fins do creditamento do PIS/Cofins e, conseqüentemente, as despesas relacionadas à propaganda, *marketing* e publicidade em geral seriam aptas a gerar direito ao crédito. Outro aspecto adotado para sustentar o conceito amplo de insumo remete à essencialidade como critério, ou o mesmo

o denominado “critério da subtração”. Há doutrinadores que entendem que o creditamento do PIS/Cofins deveria seguir o mesmo conceito de insumo presente no IRPJ. Dentre os diversos autores que tratam o tema, ainda que partindo de premissas diferentes, tendem a extrair a mesma conclusão, pelo entendimento ampliado do conceito de insumos, considerando inclusive aspectos econômicos das diversas operações¹⁰.

10. Embora não seja objeto deste artigo prescrutar a doutrina sobre o tema, que é bem extensa, remete-se o leitor, no sentido de corroborar a ideia geral ampliativa sobre o creditamento do PIS/Cofins, aos seguintes autores (ordem cronológica): GRECO, Marco Aurélio. Não cumulatividade no PIS e na Cofins. *Revista Fórum de Direito Tributário*, Belo Horizonte, n. 12, p. 29-52, nov./dez. 2004; OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Aspectos relacionados à não cumulatividade da Cofins e da Contribuição ao PIS. In: FISCHER, Octavio Campos; PEIXOTO, Marcelo Magalhães (coord.). *PIS-Cofins: questões atuais e polêmicas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005; GOLDSCHMIDT, Guilherme. *PIS e Cofins: a ampliação do conceito de insumo frente ao regime não cumulativo das contribuições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013; BRITO JÚNIOR, Jorge Luiz. *PIS/Cofins – conceito de insumos e a questão dos “insumos dos insumos” – proposta de interpretação teleológica e uso de argumento econômico – estudo de caso do setor sucroalcooleiro*. *Revista Direito Tributário Atual*, São Paulo, n. 30, p. 208-216, 2. sem. 2013; BRAVO, Kalinka Conchita Ferreira da Silva; ANAN JR., Pedro. *PIS e Cofins – análise quanto à possibilidade de créditos; enquadramento de lenha adquirida por cooperativa de leite no conceito de insumos*. In: PEIXOTO, Marcelo Magalhães; MOREIRA JÚNIOR, Gilberto de Castro (coord.). *PIS e Cofins à luz da jurisprudência do CARF*. São Paulo: MP Editora, 2014. v. 3; CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e. Despesas com propaganda e *marketing* incorridas por indústrias: conceito de insumo para creditamento de PIS e Cofins sob o regime não cumulativo no atual cenário jurisprudencial brasileiro. In: MACEDO, Alberto; CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e (coord.). *Tributação indireta empresarial: indústria, comércio e serviços*. São Paulo: Quartier Latin, 2016; VALENTE, Christiano Mendes Wolney. *PIS/Pasep e Cofins não cumulativos: conceito de bens e serviços utilizados como insumos na fabricação de produtos destinados à venda*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017; BARRETO, Paulo Ayres. *PIS/Cofins: conceito de insumo, jurisprudência do CARF e Poder Judiciário*. In: GOMES, Marcus Lívio; OLIVEIRA, Francisco Marconi (coord.). *Estudos tributários e aduaneiros do III Seminário CARF*. Brasília, DF: CNC, 2018; LIOTTI, Belisa Ferreira; MARQUES, Thiago de Mattos. *Conceito de insumo para fins de crédito de PIS/Cofins: parâmetros para aplicação do precedente do STJ*. *Revista Direito Tributário Atual*, São Paulo, n. 43, p. 98-122, 2. sem. 2019; MOREIRA, André Mendes. *A não cumulatividade dos tributos*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Noeses, 2020; SEHN, Solon. *PIS-Cofins: não cumulatividade e regimes de incidência*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Noeses, 2022; OLIVEIRA, Mirella Napoleão Baldez Coelho de. *Como aplicar o conceito de “insumo” para fins de créditos do PIS/Cofins após o julgamento do Superior Tribunal de Justiça n. 1.221.170/PR*. São Paulo: Dialética, 2023; CALIENDO, Paulo; PEIXOTO, Marcelo Magalhães. *PIS e Cofins – insumos – publicidade, marketing e propaganda – empresas prestadoras de serviços mercado tech – marketplace*. *Revista Direito Tributário Atual*, São Paulo, n. 53, p. 470-485, 1. quadrim. 2023; ÁVILA, Humberto. *A não cumulatividade das*

Decisões judiciais e administrativas sobre o tema acabaram resultando também em alterações desses normativos da RFB que, contudo, mantiveram seu caráter restritivo, muitas vezes *contra legem*. Na essência, permaneceu a restritividade das INs RFB n. 247/2002 e n. 404/2004, com adaptações à jurisprudência vinculante. Assim, a IN RFB n. 1.911/2019, em seu art. 172, dispunha sob o conceito de insumo e incorporou, ainda que literalmente, ao conceito de insumos, que estes devem ser avaliados conforme sua essencialidade ou relevância para a atividade da empresa – é o que foi decidido no REsp 1.221.170/PR, sob o rito dos recursos repetitivos, portanto de seguimento obrigatório também pela administração tributária. A IN RFB n. 2.121/2022, que revogou e substituiu a IN RFB n. 1.911/2019, em seus arts. 175 a 178 repete o conteúdo da IN anterior e acrescenta maiores detalhamentos, inclusive do que não se considera “insumos”.

A par das instruções normativas, a RFB publicou diversas soluções de consulta e pareceres normativos sobre temas do PIS/Cofins, especialmente sobre o tema de creditamento no regime não cumulativo, também com caráter restritivo.

Pode-se dizer, resumidamente, que o conceito de insumo, para efeito de creditamento do PIS/Cofins, diferentemente da posição da RFB, vem sendo construído pela doutrina, e pela jurisprudência, administrativa e judicial, no sentido de que se consideram como insumos os custos ou despesas necessárias à atividade da pessoa jurídica.

Toda a parafernália normativa que disciplina a apropriação dos créditos do PIS/Cofins está consolidada nos arts. 159 a 244 da IN RFB n. 2.121/2022 (são 85 artigos sobre creditamento de PIS/Cofins), sem prejuízo de outros dispositivos para situações mais específicas na mesma IN.

Há inúmeras situações e regimes especiais sobre creditamento do PIS/Cofins, mas que não dizem respeito à situação aqui analisada, que remete à questão de insumos utilizados na atividade principal da empresa, os quais são tributados normalmente pelo PIS/Cofins, e aos limites desse aproveitamento pelo adquirente.

De observar que esse caráter restritivo se destaca especialmente quando a conformação das operações do contribuinte não se amolda às estruturas clássicas de negócios empresariais, tendo o órgão normativo (RFB) dificuldades em relativizar e aplicar corretamente o conceito em situações inovadoras. A

contribuições sociais sobre a receita. *Revista Direito Tributário Atual*, São Paulo, n. 55, p. 133-175, 3. quadrim. 2023.

interpretação restritiva entende que o crédito do PIS/Cofins está ligado fisicamente ao “que” ou “como” se dá a saída do estabelecimento (dos bens e serviços). Por outro lado, as interpretações mais consentâneas com o princípio da não cumulatividade, entendem ter o crédito do PIS/Cofins natureza financeira, o que permite o creditamento de uma gama mais ampla de custos e despesas, não se limitando apenas àqueles que se incorporam fisicamente ao produto ou serviço final, mas também àqueles que, de forma ampla, são necessários para a realização da atividade econômica da empresa.

2.1 A controvérsia sobre o creditamento do PIS/Cofins e o posicionamento da RFB

Da redação dos dispositivos legais, destaca-se que o creditamento está sujeito a algumas condições gerais, como a de que a aquisição dos bens ou serviços seja feita a contribuinte, sendo que a venda dos bens ou serviços relacionados deve ser tributada. No caso de bens adquiridos para revenda, à exceção das ressalvas das alíneas “a” e “b” do inciso I do art. 3º das Leis n. 10.637/2002 e n. 10.833/2003, não há maiores discussões. A questão a ser destacada remete ao inciso II do art. 3º, que utiliza o termo “insumo” como condição de creditamento nos casos de bens e serviços utilizados na prestação de serviços e na produção ou fabricação de bens ou produtos destinados à venda – que repercute diretamente no caso sob análise, pois compreende a compra de insumos (bens e serviços) para a venda de bens e serviços.

Desde o início da incidência da não cumulativa do PIS/Cofins a RFB manifestou-se de forma restritiva, impondo limitações ao creditamento que não encontram guarida no texto constitucional¹¹.

Os diversos normativos editados pela RFB, em soluções de consulta e pareceres normativos, ainda que ao longo do tempo tenham relativizado algumas situações, mantiveram-se vinculados ao conceito de insumo em seu sentido físico, e não no econômico, como seria apropriado. A metodologia de creditamento da RFB identificava-se com a metodologia do IPI (a qual tem previsão legal específica, mas que não utiliza o termo “insumo” em sua metodologia legal de creditamento), que remete a insumo físico que se integra ou se desgasta no

11. GOLDSCHMIDT, Guilherme. *PIS e Cofins: a ampliação do conceito de insumo frente ao regime não cumulativo das contribuições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 58.

processo produtivo, a qual se afigura completamente inadequada quando se trata de serviços.

Como exemplo, a doutrina cita a Solução de Divergência n. 9/2011¹², em que não foi reconhecido o direito de crédito dos valores das despesas realizadas com a aquisição de equipamentos de proteção individual (EPI) (tais como: respiradores, óculos, luvas, botas, aventais etc.), porque não se enquadram na categoria de insumos aplicados ou consumidos diretamente nos serviços prestados – posição ratificada na Solução de Consulta n. 581/2017¹³, que reiterou diversas soluções de consulta anteriores no sentido de permitir o creditamento com base na mesma metodologia do IPI.

Após o julgamento do REsp 1.221.170/PR¹⁴, que interpretou o conceito de insumo de forma mais abrangente que a RFB vinha fazendo, a RFB editou o Parecer Normativo Cosit/RFB n. 05/2018¹⁵, que relativizou o conceito de insumo para efeito de creditamento e passou a incorporar os critérios da essencialidade ou da relevância do bem ou serviço para a produção de bens destinados à venda ou para a prestação de serviços pela pessoa jurídica, como fator a permitir o creditamento, mas por outro lado passou a interpretar restritivamente o que seriam os critérios da essencialidade ou relevância, de forma que, na prática, não houve uma estabilização conceitual. Posteriormente, os critérios da essencialidade ou da relevância foram incorporados à IN n. 2.121/2022 (art. 176).

Outro ponto que merece atenção é o tema da subcontratação de serviços. Porém, quanto a essa subcontratação para prestar serviços – e a tomada de créditos de PIS/Cofins nessas operações –, quando essencial ou relevante para a prestação de serviços, o tema já está assentado há muito tempo na doutrina e na jurisprudência, bem como em soluções de consulta da RFB.

Veja-se, como exemplo, a Solução de Consulta Cosit n. 58/2005:

12. GOLDSCHMIDT, Guilherme. *PIS e Cofins: a ampliação do conceito de insumo frente ao regime não cumulativo das contribuições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 59-60.
13. RFB. Solução de Consulta Cosit n. 581, de 20 de dezembro de 2017. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=88974>.
14. Recurso Especial n. 1.221.170/PR, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 22.02.2018.
15. RFB. Parecer Normativo Cosit n. 5, de 17 de dezembro de 2018. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=97407>.

ASSUNTO: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins

EMENTA: SUBCONTRATAÇÃO. Atendidos os requisitos da legislação de regência, a empresa transportadora que subcontratar serviços de transporte de carga prestados por cooperativas de transporte poderá descontar crédito da Cofins não cumulativa relativo ao pagamento por esses serviços.

DISPOSITIVOS LEGAIS: Lei n. 10.833, de 2003, art. 3º, II e § 2º, II; IN SRF n. 404/2004, art. 8º, I, “b”, “b2” e § 4º, II, “b”¹⁶.

Mais recentemente, o Parecer Normativo Cosit/RFB n. 05/2018, que espelhou administrativamente os efeitos do Recurso Especial 1.221.170/PR, trouxe o reconhecimento desta situação no item 12, conforme abaixo:

12. SUBCONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS

153. Na atividade de prestação de serviços é recorrente que uma pessoa jurídica, contratada por seu cliente para uma prestação de serviços principal, subcontrate outra pessoa jurídica para a realização de parcela dessa prestação.

154. Essa subcontratação evidentemente se enquadra no conceito de insumos geradores de créditos da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins, pois o serviço subcontratado se torna relevante para a prestação principal “pelos singularidades de cada cadeia produtiva”, neste caso por opção do prestador principal¹⁷. (grifos nossos).

Ou seja, situações em que se entende ser possível o creditamento, a mera subcontratação dos serviços diretamente, como insumo dos serviços prestados, não impede o creditamento do PIS/Cofins¹⁸. Bem assim a jurisprudência do CARF¹⁹ e a doutrina. Embora importante no ambiente do *marketing* multinível, a questão da subcontratação, em si, não demanda maiores digressões.

16. RFB. Solução de Consulta Disit/SRRFo4 n. 58, de 04 de agosto de 2005. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=77233>.

17. RFB. Parecer Normativo Cosit n. 5, de 17 de dezembro de 2018. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=97407>.

18. Cumpre lembrar que até alteração promovida pela Lei n. 14.440/2022, o § 19 do art. 30 da Lei 10.833/2003 (que rege a Cofins), tinha referência expressa a creditamento na subcontratação de transporte rodoviário de carga.

19. Citam-se, e.g., Acórdão n. 3402-003.989, j. 29.03.2017; Acórdão 3003-001.978, j. 19.08.2021.

2.2 A evolução do posicionamento do CARF

Tradicionalmente, o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) adotava uma interpretação restritiva de insumo, semelhante à aplicável ao IPI e adotada pela RFB, baseada nas diretrizes estabelecidas na legislação federal do PIS e da Cofins.

Essa abordagem era feita a partir da aplicação e interpretação literal do art. 3º das Leis n. 10.637/2002 e n. 10.833/2003, que também era adotada pela RFB em seus normativos e soluções de consulta tributária. Tal postura do CARF é confirmada por meio de suas decisões, que refletem uma visão restrita do conceito de insumo, limitando o alcance do creditamento de PIS e Cofins às despesas diretamente relacionadas ao processo produtivo e com evidente vinculação física ao produto ou serviço final. Segue-se um exemplo:

Acórdão n. 203-12.450 (2007)

PIS/PASEP. REGIME NÃO CUMULATIVO. CRÉDITOS. GLOSA PARCIAL. O aproveitamento dos créditos do PIS no regime da não cumulatividade há que obedecer às condições específicas ditadas pelo artigo 3º da Lei n. 10.637, de 2002, c/c o artigo 66 da IN SRF n. 247, de 2002, com as alterações da IN SRF n. 358, de 2003. *Incabíveis, pois, créditos originados de gastos com seguros (incêndio, vendaval etc.), material de segurança (óculos, jalecos, protetores auriculares), materiais de uso geral (buchas para máquinas, cadeado, disjuntor, calço para prensa, catraca, correias, cotovelo, cruzetas, reator para lâmpada), peças de reposição de máquinas, amortização de despesas operacionais, conservação e limpeza, manutenção predial*²⁰. (grifos nossos).

Contudo, a doutrina crítica e a evolução do entendimento jurídico influenciaram o CARF, que, a partir de 2008, passou a adotar em alguns julgados uma posição menos restritiva. Nesta mudança jurisprudencial, o CARF, afastando a aplicabilidade do conceito de insumo conforme estabelecido pela legislação do IPI, adotou uma interpretação mais abrangente, similar à utilizada para o IRPJ, que reconhece como dedutíveis os custos e despesas que sejam necessários, normais e usuais à atividade empresarial, dando relevância à realidade econômica das operações e à natureza das despesas incorridas no contexto empresarial. Segue-se um exemplo:

20. CARF, Acórdão n. 203-12.450, Terceira Câmara do antigo Segundo Conselho de Contribuintes, Rel. Antônio Bezerra Neto, j. 17.07.2017.

Acórdão n. 203.12.741 (2008)

REGIME NÃO CUMULATIVO. INSUMOS. DESCONTOS COM SEGUROS. *Na apuração do PIS não cumulativo podem ser descontados créditos calculados sobre as despesas decorrentes da contratação de seguros, essenciais para a atividade fim desenvolvida pela recorrente, pois estes se caracterizam sim como “insumos” previstos na legislação do IRPJ²¹. (grifos nossos).*

Acórdão n. 302-00.245 (2010)

COFINS. REGIME NÃO CUMULATIVO. EMBALAGEM. INSUMOS.

O conceito de insumo dentro da sistemática de apuração de créditos pela não cumulatividade de PIS e Cofins deve ser entendido como todo e qualquer custo ou despesa necessária à atividade da empresa, nos termos da legislação do IRPJ, não devendo ser utilizado o conceito trazido pela legislação do IPI, uma vez que a materialidade de tal tributo é distinta da materialidade das contribuições em apreço. Pleito deferido²².

Eventualmente, surgiram decisões mais abrangentes, a partir do alargamento do conceito de insumos, citando expressamente a legislação do IRPJ. Como, por exemplo:

Acórdão n. 3202-00.226 (2010)

REGIME NÃO CUMULATIVO. INSUMOS. MATERIAIS PARA MANUTENÇÃO DE MÁQUINAS. *O conceito de insumo dentro da sistemática de apuração de créditos pela não cumulatividade de PIS e Cofins deve ser entendido como toda e qualquer custo ou despesa necessária a atividade da empresa, nos termos da legislação do IRPJ, não devendo ser utilizado o conceito trazido pela legislação do IPI, uma vez que a materialidade de tal tributo é distinta da materialidade das contribuições em apreço. (grifos nossos).*

Essa decisão adotou uma interpretação ampla e flexível do que constitui insumo, permitindo a inclusão de uma gama mais vasta de custos e despesas como créditos dedutíveis. O conceito adotado por esse critério remete ao art. 311 do RIR/2018 (Decreto 9.580/2018). A jurisprudência do CARF transitou entre os dois extremos, por algum tempo.

21. CARF, Acórdão n. 203.12.741, Terceira Câmara do antigo Segundo Conselho de Contribuintes, Rel. Conselheiro Cesar Dalton de Miranda, j. 11.03.2008.

22. CARF, Acórdão n. 302-00.245, 2ª Câmara, 2ª Turma Ordinária, Rel. Gilberto de Castro Moreira Júnior, j. 09.12.2010.

Contudo, há um terceiro critério, ou corrente, que é denominado de “critério intermediário”, pois não é tão restritivo quando a técnica do IPI nem tão ampliativo quanto a legislação do IRPJ, no sentido de examinar se os insumos foram essenciais e relevantes, o que se baseava também em precedentes judiciais. Contudo, essa corrente intermediária mantém-se também, de certa maneira, restritiva²³.

Tatiana Migyama e Erika Autran em obra sobre o assunto informam que, considerando as teses (critérios) aplicáveis ao tema, elas foram submetidas à 3ª Turma da CSRF do CARF, com o intuito de pacificá-lo, quando do julgamento do Acórdão n. 9303-003.478²⁴. Diz a ementa do referido Acórdão:

Acórdão n. 9303-003.478 (2015)

PIS/COFINS NÃO CUMULATIVOS. APROPRIAÇÃO DE CRÉDITOS

As leis instituidoras da sistemática não cumulativa das contribuições PIS e Cofins, ao exigirem apenas que os insumos sejam utilizados na produção ou fabricação de bens, não condicionam a tomada de créditos ao “consumo” no processo produtivo, entendido este como o desgaste em razão de contato físico com os bens em elaboração. Comprovado que o bem foi empregado no processo produtivo e não se inclui entre os bens do ativo permanente, válido o crédito sobre o valor de sua aquisição²⁵.

Como se sabe, após o julgamento do REsp n. 1.221.170/PR²⁶, o que ali restou decidido passou a ser de seguimento obrigatório pelo CARF (arts. 98, parágrafo único, II, “b”, e 99 do Ricarf/2023²⁷), por tratar-se de decisão em sede de recursos repetitivos, o que em certa medida corresponde à tese intermediária, mas que comporta temperamentos dependendo do caso concreto analisado.

23. Há autores que mencionam uma quarta corrente, também restritiva, que veda o creditamento de insumos dos insumos (no caso de indústrias verticalizadas), mas que na verdade é uma derivação da corrente restritiva. Cf. MIGYAMA, Tatiana Midori; AUTRAN, Erika Costa Camargos. PIS e Cofins – sistemática não cumulativa x conceito de insumos. *In*: BEVILACQUA, Lucas; CECONELLO, Vanessa Marini; PRZEPIORKA, Michell (org.). *Tributação federal: jurisprudência do CARF em debate*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 441-442.

24. MIGYAMA, Tatiana Midori; AUTRAN, Erika Costa Camargos. PIS e Cofins – sistemática não cumulativa x conceito de insumos. *In*: BEVILACQUA, Lucas; CECONELLO, Vanessa Marini; PRZEPIORKA, Michell (org.). *Tributação federal: jurisprudência do CARF em debate*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 442.

25. CARF, Acórdão. n. 9303-003.478, Rel. Henrique Pinheiro Torres, j. 25.02.2016.

26. Recurso Especial n. 1.221.170/PR, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 22.02.2018.

27. Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – Anexo da Portaria MF n. 1.634, de 21 de dezembro de 2023, que entrou em vigor em 05.01.2024 (DOU 243, Seção 1, de 22.01.2023, p. 55-66). Os regimentos anteriores traziam dispositivos semelhantes.

Outras teses permeiam as discussões, já presentes em decisões anteriores do STJ e na doutrina, e tendem a se solidificar, como é o caso do “teste de subtração”, pelo qual se a subtração do insumo implicar a impossibilidade de realização do processo produtivo e da prestação do serviço, comprometendo a qualidade da própria atividade da pessoa jurídica, há que se reconhecer o direito ao crédito. Embora não conste expressamente da ementa da decisão do REsp 1.221.170, mas sob a denominação de “imprescindibilidade”, tal raciocínio é encontrado nos votos dos ministros que constam da decisão e vem sendo usado como suporte em decisões recentes do CARF. Veja-se:

Acórdão n. 3301-012.983 (2023)

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL (COFINS)

CONCEITO DE INSUMOS. REGIME DA NÃO CUMULATIVIDADE.

São insumos, para efeitos do inciso II do artigo 3º da lei n. 10.637/2002, todos os bens e serviços essenciais ao processo produtivo e a prestação de serviços para a obtenção da receita objeto da atividade econômica do seu adquirente, podendo ser empregados direta ou indiretamente no processo produtivo, *cuja subtração implica a impossibilidade de realização do processo produtivo e da prestação do serviço, comprometendo a qualidade da própria atividade da pessoa jurídica.*

Desta forma, deve ser estabelecida a relação da essencialidade do insumo (considerando-se a imprescindibilidade e a relevância/importância de determinado bem ou serviço, dentro do processo produtivo, para o desenvolvimento da atividade econômica desempenhada pela pessoa jurídica) com o objeto social da empresa, para que se possa aferir se o dispêndio realizado pode ou não gerar créditos na sistemática da não cumulatividade, sendo esta a posição do STJ, externada no voto do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, ao julgar o RE n. 1.221.170/PR, em sede de recurso repetitivo, ao qual está submetido este CARF, por força do § 2º do artigo 62 do Regimento Interno do CARF²⁸. (grifos nossos).

Para os casos de *marketing* multinível, não obstante o objeto da controvérsia constituir matéria inédita perante o CARF, considerando as singularidades

28. CARF, Acórdão n. 3301-012.983, 3ª Seção de Julgamento, 3ª Câmara, 1ª Turma Ordinária, Presidente Redator Lorenzon Yunan Gassibe (“Este julgamento seguiu a sistemática dos recursos repetitivos, sendo-lhe aplicado o decidido no Acórdão n. 3301-012.978, de 26 de julho de 2023, prolatado no julgamento do processo 10680.016228/2004-03, paradigma ao qual este processo foi vinculado”).

intrínsecas a esse modelo operacional, em ocasiões pregressas, o CARF se pronunciou acerca de temáticas correlatas, cujos entendimentos então exarados podem ser invocados, por analogia, para permitir um prognóstico das futuras decisões da Corte Tributária Administrativa Federal. Adiante verificam-se quatro casos que se enquadram nesta categoria.

3 OPERAÇÕES MISTAS OU ATÍPICAS

Como se sabe, o denominado *distinguishing* corresponde a uma técnica que permite ao intérprete afastar o precedente de um caso concreto por não guardar similitude fática, “mostrando que a hipótese fática em julgamento difere daquela que gerou o precedente”²⁹.

Por outro lado, há casos que, embora não idênticos em relação à situação objeto de análise, podem guardar semelhanças e pontos de alinhamento que tornam possível uma extensão do mesmo entendimento por analogia, funcionando em sentido oposto ao *distinguishing*.

Na jurisprudência – administrativa e judicial – não se encontra nenhum caso em relação ao qual se possa dizer que há coincidência fática exata em relação aos casos de *marketing* multinível. Por conseguinte, as decisões, sejam aquelas já superadas na tese restritiva de se utilizarem os conceitos do IPI, bem como as teses intermediária e ampliativa, em termos de similitude fática, não encontram respaldo na jurisprudência. Por outro lado, nas situações atípicas apresentadas adiante, embora não se encontre uma similitude exata, é possível vislumbrar, por analogia, como seria o resultado da aplicação dos mesmos racionais levados a efeito naqueles casos, e que ensejariam o creditamento dos insumos para os casos dos serviços adquiridos para promoção de vendas no âmbito de negócio organizado como *marketing* multinível.

Assim, a jurisprudência “tradicional” ou comum das decisões do CARF, que analisa casos de tomada de créditos efetivada por uma empresa industrial, ou de serviços, em relação às despesas com *marketing*, promoção de vendas, ou outra atividade relacionada às vendas em si, terceirizados e sem nenhuma relação com a empresa industrial (sendo que ela própria não faz

29. JORGE, Flávio Cheim. Art. 1.037 do CPC. In: TUCCI, José Rogério Cruz e et al. (coord.). *Código de Processo Civil anotado*. São Paulo: AASP/OAB-PR, 2019. p. 1.522.

nenhuma ação de *marketing*), não se aplica aos casos de *marketing* multinível. São situações fáticas distintas.

Contudo, há situações que guardam alguma proximidade, por analogia, com o *marketing* multinível, em relação às quais cabe algum cotejamento, como segue adiante, casos que denominamos “atípicos”. Importante mencionar que três dos quatro casos seguintes foram objeto de recursos especiais, que não prosperaram por falta de paradigmas, o outro caso não foi objeto de recurso especial.

3.1 Acórdão n. 3402-003.989 (29.03.2017)

Neste Acórdão (Caso Natura) há outros fatos que são estranhos ao tema do *marketing* multinível. No que importa em relação ao *marketing* multinível, foram glosados créditos de PIS/Cofins sobre despesas com serviços de assessorias, consultorias, auditorias, advocacia, gestão empresarial, contabilidade, propaganda, *marketing*, produção de vídeos, gestão predial, telefonia, internet, linhas de transmissão de dados e voz, medicina do trabalho, administração de creche, recrutamento e seleção, treinamentos, conferências, organização de conferências e eventos comemorativos, *call center*, certificação de produtos, saneamento, locação de veículos, locação de equipamentos para comemorações ou reuniões, viagens a serviço, hotelaria, refeições, transporte de empregados, vale-alimentação, gestão de arquivos de documentos, digitalização de documentos, bem como mão de obra temporária, manutenção predial e ainda ginástica laboral, dança, terapias e massagens. Consta também que muitos desses serviços são subcontratados a terceiros. Há também, neste caso, fornecimento de produtos e serviços, mas de serviços diversos, sendo os principais ligados à *backoffice* e assessoria, inclusive *marketing*. Cabe destacar que no caso da ginástica laboral, a subcontratação se refere à gestão de recursos humanos. São, portanto, serviços prestados aos clientes, e no caso, prestados a empresas do mesmo grupo econômico, e subcontratados a empresas parceiras prestadoras específicas, mas que geram crédito de PIS/Cofins (nos casos de *marketing* multinível as empresas distribuidoras que tomam serviços não são do mesmo grupo econômico). A semelhança neste caso com os casos de *marketing* multinível é de que numa subcontratação de serviços a forma contratual é relevante, mas os clientes que tomam os serviços não têm esses serviços prestados diretamente pelo contratante, mas sim por terceiros, sendo este aspecto previsto

contratualmente. O CARF manteve os créditos neste caso, dando parcial provimento ao recurso voluntário.

3.2 Acórdão n. 3402-005.101 (22.03.2018)

Neste caso, o contribuinte opera no setor de alimentação como uma rede de franquias de sanduíches (Caso Subway). Os franqueados são responsáveis pela venda direta ao consumidor final, seguindo as diretrizes e os padrões estabelecidos pela franqueadora, com os materiais fornecidos pela franqueadora. Portanto, trata-se de um modelo de franquia no setor de alimentação, com vendas realizadas diretamente ao consumidor final por franqueados. Como se sabe, a rede de distribuidores das franquias é independente do franqueador (que, neste aspecto, se assemelha ao *marketing* multinível; a diferença é que só há um nível)³⁰. A fiscalização glosou os créditos sobre gastos com serviços contratados pela empresa em sua atividade empresarial de franqueadora das operações das lanchonetes Subway no Brasil (serviços de assessoria, *marketing*, consultoria, informática, intermediação, representação, publicidade e propaganda). Importante observar que esses serviços são prestados em benefício dos franqueados e aos franqueados, juntamente com a venda do material para a fabricação dos sanduíches. E mais, neste caso, o serviço de publicidade e *marketing* pode ser faturado ao franqueado, podendo também ser subcontratado a terceiros (como de fato foi, no caso), mas também pode fazer parte do preço dos produtos que fornece à sua rede de franqueados. A semelhança, neste aspecto, com o *marketing* multinível é evidente: há fornecimento de produtos e prestação de serviços à sua rede de franqueados; há aquisição de insumos físicos e há subcontratação da prestação de serviços – e ambas geram crédito –; há prestação de serviços aos franqueados. Nesse caso, os serviços subcontratados pelo contribuinte tiveram os créditos glosados, mas o CARF os manteve, tornando improcedente o lançamento fiscal. Cumpre observar que se tratou de um recurso de ofício integralmente desprovido pelo CARF, ou seja, a primeira instância já havia dado razão ao contribuinte.

30. Em tese, considerando algumas adaptações ao modelo, pode-se conceber um sistema de franquia como sistema de *marketing* multinível, havendo aqui uma diferença importante: há regulamentação legal para franquia (atualmente em vigor a Lei 12.966/2019), mas não há para *marketing* multinível.

3.3 Acórdão n. 3201-005.668 (21.08.2019)

No caso do Acórdão n. 3201-005.668, a empresa Visa opera predominantemente no setor de serviços financeiros, focando no processamento de transações eletrônicas e serviços de pagamento. O modelo de negócio não envolve a venda física de produtos, mas a prestação de serviços financeiros e também serviços ligados a *marketing*, sendo “administração e operação de conjuntos de regras e procedimentos que disciplinam a prestação de serviços de pagamento” para seus clientes, que também promovem a marca Visa.

Apesar da ausência de *marketing* multinível ou estrutura de vendas semelhante, o que ocorreu foi que o CARF reconheceu que serviços de *marketing* e publicidade, dada a natureza da atividade do contribuinte, devem ser considerados como insumos essenciais e relevantes, porque os serviços adquiridos (não financeiros) e repassados aos clientes de serviços financeiros e de *marketing* são essenciais à sua operação (preservação e divulgação de marca etc., essenciais nesse mercado). Ou seja, esta situação, relativamente à aquisição de serviços de terceiros e ao repasse desses serviços à sua rede de clientes – distribuidores de seus serviços financeiros –, tem analogia com o *marketing* multinível neste aspecto específico, sendo que o CARF manteve os créditos, dando provimento ao recurso voluntário neste aspecto.

3.4 Acórdão n. 3302-008.120 (29.01.2020)

No caso do Acórdão n. 3302-008.120 (Insinuante), a empresa atuava no ramo varejista de eletrodomésticos e móveis, operando principalmente por intermédio de lojas físicas e vendas diretas ao consumidor, com modelo de negócio centrado no varejo tradicional, sem rede de distribuição multinível. Observe-se que o processo que resultou no acórdão tem diversos aspectos que não interessam para os casos de *marketing* multinível.

Porém, há uma semelhança, por analogia, em um dos seus aspectos, que correspondeu à glosa de créditos referentes a despesas de propaganda/publicidade (*marketing*), que foram restabelecidos pela decisão da DRJ, e mantidos pelo CARF, que negou provimento ao recurso de ofício, decidindo no sentido de que, como compõe “a receita de publicidade e propaganda a base de cálculo do PIS/Pasep e da Cofins, devem ser considerados os créditos da não

cumulatividade relativos a essa prestação de serviço, mesmo que tal atividade não seja aquela preponderante do sujeito passivo”.

Ainda que sejam de um ramo de atividade que opera com bens tangíveis (no caso compra e venda de eletrodomésticos) as despesas com *marketing* geram crédito, porque o contribuinte também tem receitas de *marketing* (propaganda e publicidade) prestado a terceiros, só que nesse caso, conforme os autos, os serviços são prestados aos próprios fornecedores, já que é uma rede varejista, e esta receita é estabelecida como uma porcentagem da mercadoria vendida (conforme consta dos autos: “Destacam-se, a VPC – Verba de Propaganda/Publicidade Cooperada, [...], o Rebate, o Bônus *Performance*, as Ações de Saldão, as Verbas Extras e Aniversários, os Mostruários, as Verbas para Ações Diversas, a Verba *Trade*, a Verba Extra e outras. Na sua totalidade é preestabelecida em uma porcentagem do faturamento das vendas das referidas mercadorias”). São essas receitas de *marketing* que autorizam o creditamento das despesas com *marketing* (próprias) ou subcontratadas, independentemente de ser ou não a atividade preponderante do contribuinte.

Assim, no caso do Acórdão n. 3302-008.120 há uma semelhança com as operações de *marketing* multinível, mas ao reverso, pois o serviço de *marketing* é prestado e faturado ao fornecedor, e depois subcontratado, enquanto no *marketing* multinível é faturado ao distribuidor. Porém, em ambos os casos, é baseado em um percentual sobre as vendas. Outra semelhança com o *marketing* multinível é que essas despesas e receitas não são o objeto principal dos contribuintes, que é a venda ou revenda de produtos. A DRJ restabeleceu os créditos, e em sede de recurso de ofício o CARF negou provimento, afastando em definitivo a glosa desses créditos de PIS/Cofins.

4 DA NECESSIDADE DO UPGRADE HERMENÊUTICO

O que se observa na jurisprudência “tradicional” do CARF é uma tendência restritiva, muitas vezes corroborando as decisões da DRJ que seguem os normativos e as soluções de consulta da RFB. Contudo, notam-se diversas decisões que apontaram a captura mais consentânea do sentido do princípio da não cumulatividade.

Observe-se que, diferentemente do IPI e do ICMS, a não cumulatividade do PIS/Cofins foi superveniente, introduzida na Constituição de 1988, via consti-

tuíte derivado, por meio da Emenda 42/2003, que inseriu o § 2º ao art. 195 da CF, o qual tem a seguinte redação:

§ 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.

Veja-se que a regulamentação legal do dispositivo não distinguiu exatamente entre setores de atividade econômica no sentido clássico, mas setores econômicos no sentido de extratos empresariais³¹, de forma que para as pequenas e médias empresas o PIS/Cofins permaneceu cumulativo e para as maiores (que apuram o IRPJ pelo lucro real) passou a ser não cumulativo. Mas este ponto específico não é objeto de discussão aqui.

Embora haja vozes dissonantes, a doutrina tributária brasileira em sua maioria expressa o entendimento no sentido de que, embora sendo uma técnica de cobrança de tributos, a não cumulatividade tem o *status* de princípio constitucional³², observando que os aspectos econômicos que informam o princípio da não cumulatividade são indissociáveis de sua aplicação aos casos concretos.

A jurisprudência do STF é remansosa no sentido de que a não cumulatividade é um princípio. Veja-se que na mais recente e relevante decisão sobre o tema da não cumulatividade relacionada ao PIS/Cofins, consubstanciada no RE 841.979/PE³³, em sede de repercussão geral, o Tema 756 foi definido assim:

Tema 756: Alcance do art. 195, § 12, da Constituição federal, que prevê a aplicação do princípio da não cumulatividade à Contribuição ao PIS e à Cofins. (grifos nossos).

Ou seja, é inconteste que se trata de princípio constitucional para o STF, sendo que a discussão no RE 841.979/PE gira em torno da adequação ou não das leis de regência (e suas regulamentações) ao princípio da não cumulatividade e da extensão dessa regulamentação ao âmbito infraconstitucional.

Há que prevalecer o entendimento de que a não cumulatividade, uma vez estabelecida no texto constitucional, erige-se como princípio. Neste sentido, cita-se André Mendes Moreira:

31. A rigor, a expressão “setores de atividade econômica” tem conteúdo jurídico indeterminado.

32. Por todos, MOREIRA, André Mendes. *A não cumulatividade dos tributos*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Noeses, 2020. p. 120-123.

33. STF, RE 841.979/PE, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 21.11.2022.

[...] Contudo, a partir do momento em que a Constituição passou a determinar expressamente que a não cumulatividade deve ser aplicada às contribuições sobre a receita bruta, ela ganhou foros de princípios também para o PIS-Cofins³⁴.

Isto porque a não cumulatividade se insere e se amolda a diversos outros princípios constitucionais tributários e econômicos. Se entendida como simples regra, as tensões constitucionais que se criam seriam muito maiores, com impacto negativo na segurança jurídica, na proteção à confiança do contribuinte, e na proteção do consumidor.

Como se sabe, entender-se um dispositivo constitucional como princípio e não como uma simples regra, desdobra-se em diversas consequências hermenêuticas. Assim, a interpretação das leis que regulam o princípio da não cumulatividade e sua aplicação a casos concretos demanda um escrutínio hermenêutico constitucional, trazendo à baila outros princípios de interpretação constitucional, como o da máxima efetividade das normas constitucionais, e a necessidade de uma interpretação sistemática em face das outras normas constitucionais – como as relacionadas ao ambiente econômico e à livre-iniciativa³⁵ –, além do que se presta a servir e vincular a toda a sociedade³⁶, com todas as suas repercussões nos setores público e privado.

Cumpre lembrar a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, considerando que a não cumulatividade para o PIS/Cofins está determinada, mas não está conceituada na Constituição Federal:

Se o legislador ou aplicador da regra pudessem delinear, ao seu talento, o campo de restrições a que estão submetidos, através da redefinição das palavras constitucionais, assumiriam, destarte, a função de constituintes³⁷.

34. MOREIRA, André Mendes. *A não cumulatividade dos tributos*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Noeses, 2020. p. 125.

35. Cf. COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. Porto Alegre: Fabris, 1997.

36. HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Porto Alegre: Fabris, 1997.

37. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Imposto de renda – depósitos bancários – sinais exteriores de riqueza. *Revista de Direito Tributário*, n. 23/24, p. 92, 1983, *apud* FALLET, Allan George de Abreu. O conceito de insumo para fins de creditamento de PIS e Cofins diz respeito aos bens e serviços essenciais à realização da atividade-fim da empresa. In: CARVALHO, Paulo de Barros (coord.). *Teses jurídicas dos tribunais superiores*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. v. I, p. 535.

Veja-se que na fixação da tese do Tema 756 da repercussão geral, quando do julgamento do RE 841.979/PE, ficou assentado pelo STF que “o legislador ordinário possui autonomia para disciplinar a não cumulatividade a que se refere o art. 195, § 12, da Constituição, respeitados os demais preceitos constitucionais, como a matriz constitucional das contribuições ao PIS e Cofins e os princípios da razoabilidade, da isonomia, da livre concorrência e da proteção à confiança” Ora, o mesmo se aplica ao intérprete – *i.e.*, o operador do direito deve observar os demais princípios constitucionais ao interpretar a não cumulatividade, não estando livre para lhe conferir o sentido que entender melhor.

Assim, ao aplicar esse princípio aos casos concretos o intérprete tem que considerar outros princípios constitucionais incidentes, mormente quando se depara com situações que não são usuais. O denominado “*marketing* multinível” é forma de estruturação de negócios não tradicional, que não viola preceitos de direito público e privado, embora não seja atualmente regulado por lei específica. Desta forma, seus agentes exercem a liberdade de livre-iniciativa prevista também na Constituição.

Veja-se que a Constituição de 1988 traz como princípio fundamental a livre-iniciativa:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

IV – os valores sociais do trabalho e da *livre-iniciativa*; (grifos nossos).

Tal orientação consta também como esteio principiológico do ordenamento econômico, como segue:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na *livre-iniciativa*, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...]

Parágrafo único. É assegurado a todos o *livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos*, salvo nos casos previstos em lei. (grifos nossos).

Assim, cabe ao operador do direito, ao interpretar o princípio da não cumulatividade, em conjunção com o princípio da livre-iniciativa, fazê-lo de forma sistemática e harmônica. Portanto, uma interpretação que restrinja a não cumulatividade, contrapondo-se à livre-iniciativa, há que ser afastada. Trata-se de um *upgrade* hermenêutico necessário em situações como as do *marketing* multinível, sob pena de violação do princípio de livre-iniciativa, penalizando os contribuintes por utilizarem modelos comerciais inovadores.

Assim, quando a fiscalização desconsidera os atos praticados no âmbito de uma estrutura de negócios de *marketing* multinível, sob o argumento de que há simulação com pagamentos de serviços disfarçados de comissão de vendas (acusação mais usual), está a desconsiderar os outros princípios constitucionais que incidem nesses casos.

Ademais, ao requalificar os contratos, o Fisco está estabelecendo uma revisão contratual, posto que requalifica os efeitos dos contratos entre as partes independentes. Há também nesses casos violação dos institutos que foram estabelecidos pela Lei de Liberdade Econômica (Lei n. 13.874/2019) e pelo próprio Código Civil, por ela alterado, estabelecendo o princípio da intervenção mínima e da excepcionalidade da revisão contratual, conforme consta do seu art. 421, como segue:

Art. 421. A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato.

Parágrafo único. Nas relações contratuais privadas, *prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual.* (grifos nossos).

Como bem observaram Otavio Rodrigues Jr., Rodrigo Leonardo e Augusto Prado, o princípio da intervenção mínima traz uma dupla restrição: a primeira quanto às hipóteses de abrangência, sendo a revisão sempre excepcional; e a segunda quanto à amplitude, de forma que a revisão há que ser limitada, implicando garantir ao máximo a conservação do conteúdo contratual originalmente acordado pelos contratantes³⁸.

38. RODRIGUES JR., Otavio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier; PRADO, Augusto César Lukaszcheck. A liberdade contratual e a função social do contrato – alteração do art. 421-A do Código Civil: art. 7º. In: MARQUES NETO, Floriano Peixoto. RODRIGUES JR., Otavio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier (coord.). *Comentários à lei da liberdade econômica: Lei 13.874/2019*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. [ed. Kindle].

Deve ser considerado, também, nesses casos de proposta de afastamento dos efeitos dos contratos entre as partes independentes, o que se contém no § 2º do art. 1º da Lei de Liberdade Econômica, que impõe uma interpretação a favor da liberdade econômica, da boa-fé e do respeito aos contratos, quando estatui:

Art. 1º Fica instituída a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, que estabelece normas de proteção à livre-iniciativa e ao livre exercício de atividade econômica e disposições sobre a atuação do Estado como agente normativo e regulador, nos termos do inciso IV do *caput* do art. 1º, do parágrafo único do art. 170 e do *caput* do art. 174 da Constituição Federal.

[...]

§ 2º *Interpretam-se em favor da liberdade econômica, da boa-fé e do respeito aos contratos, aos investimentos e à propriedade todas as normas de ordenação pública sobre atividades econômicas privadas.* (grifos nossos).

Desta forma, cabe ao intérprete, tanto nas cortes administrativas quanto nas judiciais, corrigir adequadamente a incompreensão do Fisco e sua negativa em reconhecer a incidência de outros princípios constitucionais e os princípios que regem a liberdade econômica, e permitir o creditamento do PIS/Cofins nos serviços prestados pelo contribuinte que subcontrata serviços típicos de *marketing* multinível aos seus distribuidores, empresas independentes (promoção de vendas). Trata-se de uma necessária evolução hermenêutica para se adequar à inovação nas modalidades de negócios.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao contrário dos modelos diretos e mais simplificados de fabricação e vendas, operações de revendas e prestação de serviços, praticadas pelos contribuintes em geral, a estratégia negocial de *marketing* multinível cria uma cadeia de distribuição, a partir do contribuinte líder do negócio, que envolve múltiplos níveis de venda e recrutamento, resultando em uma estrutura de negócios intrincada e amplamente baseada na *performance* individual dos distribuidores. Assim, esse modelo de negócio que incorpora também elementos de *marketing* apresenta peculiaridades únicas para a análise tributária, especialmente no que se refere à aplicação e ao reconhecimento de créditos fiscais do PIS/Cofins.

A natureza única do *marketing* multinível e a sua estrutura de vendas exigem uma análise detalhada e cuidadosa, que considere as especificidades e a inovação do seu modelo de negócios, algo que ainda não foi analisado pelo CARF. Assim, espera-se que o CARF quando vier a enfrentar o tema do creditamento do PIS/Cofins para as operações de *marketing* multinível, especialmente a subcontratação da prestação de serviços aos distribuidores, considere os aspectos elencados neste artigo, em virtude de os argumentos e enfoques tradicionais não se adequarem a esse modelo de negócios.

6 REFERÊNCIAS

- ÁVILA, Humberto. A não cumulatividade das contribuições sociais sobre a receita. *Revista Direito Tributário Atual*, São Paulo, n. 55, p. 133-175, 3. quadrim. 2023.
- BARRETO, Paulo Ayres. PIS/Cofins: conceito de insumo, jurisprudência do CARF e Poder Judiciário. In: GOMES, Marcus Lívio; OLIVEIRA, Francisco Marconi (coord.). *Estudos tributários e aduaneiros do III Seminário CARF*. Brasília, DF: CNC, 2018.
- BERGAMINI, A. et al. *Manual do PIS e da Cofins*. 4. ed. São Paulo: Fiscosoft, 2013.
- BRAVO, Kalinka Conchita Ferreira da Silva; ANAN JR., Pedro. PIS e Cofins – análise quanto à possibilidade de créditos; enquadramento de lenha adquirida por cooperativa de leite no conceito de insumos. In: PEIXOTO, Marcelo Magalhães; MOREIRA JÚNIOR, Gilberto de Castro (coord.). *PIS e Cofins à luz da jurisprudência do CARF*. São Paulo: MP Editora, 2014. v. 3.
- BRITO JUNIOR, Jorge Luiz. PIS/Cofins – conceito de insumos e a questão dos “insumos dos insumos” – proposta de interpretação teleológica e uso de argumento econômico – estudo de caso do setor sucroalcooleiro. *Revista Direito Tributário Atual*, São Paulo, n. 30, p. 208-2016, 2. sem. 2013.
- CALIENDO, Paulo; PEIXOTO, Marcelo Magalhães. PIS e Cofins – insumos – publicidade, *marketing* e propaganda – empresas prestadoras de serviços mercado *tech* – *marketplace*. *Revista Direito Tributário Atual*, São Paulo, n. 53, p. 470-485, 1. quadrim. 2023.
- CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e. Despesas com propaganda e *marketing* incorridas por indústrias: conceito de insumo para creditamento de PIS e Cofins sob o regime não cumulativo no atual cenário jurisprudencial brasileiro. In: MACEDO, Alberto; CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e (coord.). *Tributação indireta empresarial: indústria, comércio e serviços*. São Paulo: Quartier Latin, 2016.
- COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. Porto Alegre: Fabris, 1997.

FALLET, Allan George de Abreu. O conceito de insumo para fins de creditamento de PIS e Cofins diz respeito aos bens e serviços essenciais à realização da atividade-fim da empresa. *In: CARVALHO, Paulo de Barros (coord.). Teses jurídicas dos tribunais superiores*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. v. I.

FOGG, John Milton (ed.). *It's time for network marketing: the most remarkable form of enterprise ever created*. Mumbai: Embassy Books, 2009.

GOLDSCHMIDT, Guilherme. *PIS e Cofins: a ampliação do conceito de insumo frente ao regime não cumulativo das contribuições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

GRECO, Marco Aurélio. Não cumulatividade no PIS e na Cofins. *Revista Fórum de Direito Tributário*, Belo Horizonte, n. 12, p. 29-52, nov./dez. 2004.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. Porto Alegre: Fabris, 1997.

JORGE, Flávio Cheim. Art. 1.037 do CPC. *In: TUCCI, José Rogério Cruz e et al. (coord.). Código de Processo Civil anotado*. São Paulo: AASP/OAB-PR, 2019.

LIOTTI, Belisa Ferreira; MARQUES, Thiago de Mattos. Conceito de insumo para fins de crédito de PIS/Cofins: parâmetros para aplicação do precedente do STJ. *Revista Direito Tributário Atual*, São Paulo, n. 43, p. 98-122, 2. sem. 2019.

MIGYAMA, Tatiana Midori; AUTRAN, Erika Costa Camargos. PIS e Cofins – sistemática não cumulativa x conceito de insumos. *In: BEVILACQUA, Lucas; CECONELLO, Vanessa Marini; PRZEPIORKA, Michell (org.). Tributação federal: jurisprudência do CARF em debate*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

MOREIRA, André Mendes. *A não cumulatividade dos tributos*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Noeses, 2020.

OLIVEIRA, Mirella Napoleão Baldez Coelho de. *Como aplicar o conceito de "insumo" para fins de créditos do PIS/Cofins após o julgamento do Superior Tribunal de Justiça n. 1.221.170/PR*. São Paulo: Dialética, 2023.

OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Aspectos relacionados à não cumulatividade da Cofins e da Contribuição ao PIS. *In: FISCHER, Octavio Campos; PEIXOTO, Marcelo Magalhães (coord.). PIS-Cofins: questões atuais e polêmicas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

RODRIGUES JR., Otavio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier; PRADO, Augusto César Lukascheck. A liberdade contratual e a função social do contrato – alteração do art. 421-A do Código Civil: art. 7º. *In: MARQUES NETO, Floriano Peixoto. RODRIGUES JR., Otavio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier (coord.). Comentários à lei da liberdade econômica: Lei 13.874/2019*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. [ed. Kindle].

SEHN, Solon. *PIS-Cofins: não cumulatividade e regimes de incidência*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Noeses, 2022.

VALENTE, Christiano Mendes Wolney. *PIS/Pasep e Cofins não cumulativos: conceito de bens e serviços utilizados como insumos na fabricação de produtos destinados à venda*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.