

FGV DIREITO SP
MESTRADO PROFISSIONAL
DIREITO TRIBUTÁRIO – TURMA 4 (2016)

TRIBUTAÇÃO NOS PROGRAMAS DE FIDELIDADE

Fábio André Cícero de Sá

Projeto de dissertação de mestrado apresentado
ao Mestrado Profissional da FGV Direito SP
Orientador: **Flávio Rubinstein**

SÃO PAULO
2016

1. Delimitação do tema e tratamento pretendido

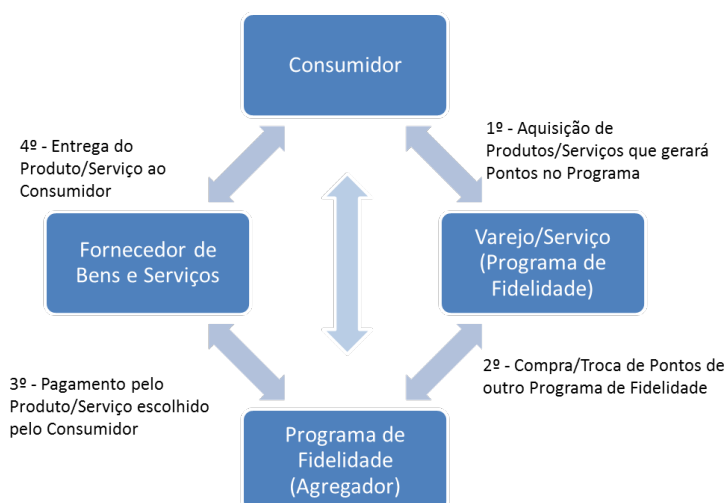
O objeto da pesquisa consiste na análise multidirecional e na definição das relações jurídicas (negociais) decorrentes dos programas de fidelidade e a sua consequente tributação.

Serão objeto do estudo as relações entre as empresas dos ramos de serviço e comércio que oferecem aos seus consumidores um prêmio pela sua fidelidade na aquisição de produtos e serviços:



(i) **Relação Simples de Fidelidade**, entre Consumidor e Varejista detentor do programa de fidelidade. Após a inscrição do Consumidor no programa de fidelidade do Varejista, o Consumidor passa a receber uma determinada quantidade de pontos ao adquirir um produto ou serviço nesta rede Varejista. Na hipótese, aqui chamada de Relação Simples de Fidelidade, o Consumidor só poderá trocar seus pontos acumulados neste programa, por produtos e serviços da mesma rede Varejista.

Também serão objeto de estudo estruturas mais complexas de programas de fidelidade que envolvam, além da relação entre Consumidor e Empresa de Varejo/Serviço, empresas emissoras de pontos ou agregadoras de pontos e fornecedores de bens e serviços, diversos da relação original entre o Consumidor e Empresa de Varejo/Serviço:



(ii) **Relação Complexa de Fidelidade**, que além da Relação Simples de Fidelidade, envolve outras relações negociais decorrentes da relação originalmente estabelecida, como empresas cujo objeto social principal é desenvolver e administrar programas de relacionamento ou fidelização de clientes, além das empresas fornecedoras de produtos e serviços que transacionam com os Programas de Fidelidade.

2. Formato do trabalho de conclusão

O formato adotado para a realização da pesquisa é o de Resolução de Problema. Através da correta delimitação das diversas questões fáticas que envolvem os programas de fidelidade e do atual arcabouço legislativo aplicado ao tema, será elaborada uma proposta de recomendação de ação prática aos diversos atores envolvidos neste tipo de operação.

3. Principais questões ou problemas

Inicialmente, pretendo subdividir a análise dos programas de fidelidade entre os programas aqui denominados “Simples”, que envolvem somente o Varejista e o Consumidor, e os programas que envolvem mais de uma relação jurídica, denominados “Complexos”.

1. *Em relação às implicações da Relação Simples de Fidelidade*

1.1 - Qual a natureza jurídica do contrato de adesão a um programa de fidelidade? Essa relação jurídica é autônoma em relação à operação original de compra do produto ou serviço? Há uma prestação de serviço decorrente deste contrato de adesão entre o Varejista e o Consumidor?

1.2 - Quais direitos e obrigações nascem para o Consumidor e ao Varejista a partir do programa de fidelidade?

1.3 - Qual deve ser o tratamento contábil e fiscal que o Varejista deve conferir aos pontos gerados no seu programa de fidelidade? Qual a consequência contábil e fiscal para os pontos expirados, também conhecidos como *breakage*?

1.4 - A operação de troca de pontos por produtos ou serviços é caracterizada como uma operação de venda ou de prestação de serviço? Esta é uma operação onerosa ou não onerosa? Deve haver tributação nessa operação (ICMS, ISS, PIS e COFINS)?

1.5 - Pode-se afirmar que o Consumidor está auferindo uma renda ao receber os pontos (ou os prêmios)? Em caso positivo, essa renda deverá ser tributada pelo Imposto de Renda da Pessoa Física?

2. *Em relação às implicações da Relação Complexa de Fidelidade*

2.1. *Relação entre empresa Varejista e a empresa Agregadora de Pontos:* através dessa relação, a Varejista compra pontos da Agregadora de Pontos mediante a entrega de dinheiro por uma determinada quantidade de pontos. Assim, o Consumidor passa a ser detentor de um direito (pontos) junto à empresa Agregadora de Pontos.

2.1.1 Como deve ser classificada a operação de compra de pontos da Agregadora de Pontos? Qual o marco regulatório que deve se aplicar a essa operação?

2.1.2 Essa operação pode ser entendida como prestação de serviço? Se sim, qual a natureza do serviço prestado? Há incidência do ISS? Em caso positivo, em qual item da lista de serviços anexa à Lei Complementar 116/03 se enquadraria?

2.1.3 Em não sendo serviço para fins de tributação do ISS, há algum outro tributo indireto incidente?

2.2. *Relação entre Agregadora de Pontos e as empresas Fornecedoras (Fornecedor) de produtos e serviços:* o Consumidor terá à disposição um rol de produtos e serviços que poderão ser adquiridos mediante a troca dos pontos emitidos pela Agregadora de Pontos. O Fornecedor receberá da Agregadora de Pontos o pagamento em dinheiro pelo produto adquirido.

2.2.1 Como deve ser classificada a relação comercial entre a Agregadora de Pontos e os Fornecedores?

2.2.2 Podemos afirmar que a Agregadora de Pontos realiza compra de produtos junto ao Fornecedor? Em caso positivo, deve-se emitir uma nota fiscal de venda à Agregadora de Pontos?

2.2.3 E em caso de prestação de serviço, quem é o beneficiário de fato e de direito do serviço? A Agregadora de Pontos pode ser caracterizada como adquirente do serviço? Ou seria apenas uma intermediária entre Consumidor e Fornecedor?

2.2.4 Os produtos dos Fornecedores são considerados insumos da prestação de serviço realizada pelo Agregador de Pontos? É permitido pela legislação que o Agregador de Pontos se credite do PIS e COFINS da operação? E do ICMS?

2.2.5 Como deve ser classificada a relação jurídica entre a Agregadora de Pontos e os Fornecedores, já que esta é quem irá realizar o pagamento do produto ou serviço aos Fornecedores?

2.2.6 Qual o enquadramento jurídico e tributário nos casos em que o Agregador de Pontos recebe um “rebate” do Fornecedor?

2.2.7 Qual deve ser o tratamento contábil e fiscal para os pontos expirados, também conhecidos como *breakage*? Esse valor deve ser considerado como Receita? Em caso positivo, qual o momento para o seu reconhecimento?

2.3. *Relação entre o Fornecedor e o Consumidor:* o Fornecedor, empresa distinta da Agregadora de Pontos, realiza a entrega do produto ou a prestação do serviço eleito pelo Consumidor. Nesse particular, surgem diversas obrigações e direitos regulados sob a égide do Direito do Consumidor.

2.3.1 O Fornecedor emitirá nota fiscal de venda de produtos em nome do Consumidor? Em caso negativo, qual é o documento fiscal que deve acompanhar a entrega do bem? Em sendo serviço, o Fornecedor emitirá a Nota Fiscal em nome do Consumidor?

3. *Points plus cash:* além dos fatos acima narrados, uma das formas de pagamento disponíveis nos programas de fidelidade é o *points plus cash*, ou pontos

mais dinheiro, modalidade pela qual o Consumidor adquire um produto ou serviço, utilizando como pagamento seus pontos mais uma quantia em dinheiro.

3.1. Essa modalidade de pagamento pode descaracterizar a operação de fidelidade? Quais as implicações tributárias decorrentes?

4. Objetivos pretendidos, perspectivas de análise e resultados esperados

Pretende-se com o presente estudo, inicialmente, delimitar e classificar sob o aspecto fático, regulatório e legislativo, as diversas relações jurídicas decorrentes dos programas de relacionamento ou fidelização.

A análise partirá dos tipos de contratos identificados entre as partes envolvidas: (i) Varejista x Consumidor, (ii) Varejista x Agregador de Pontos, (iii) Consumidor x Agregador de Pontos e (iv) Agregador de Pontos x Fornecedores.

A partir da delimitação do fato, será analisado o marco legislativo concernente a estas relações e eventuais consequências regulatórias de serviços correlatos aos programas de fidelidade (e.g. serviços financeiros e serviços de turismo).

Com base nestes resultados, será aplicada a legislação tributária para cada espécie de transação, com suas consequências para as empresas de varejo, empresas agregadoras de pontos, fornecedores e consumidores.

Além da análise do contexto nacional, será feita uma comparação com o tratamento dado aos programas de fidelidade pela doutrina e legislação estrangeira. Qual a caracterização jurídica dos programas de fidelidade e quais as consequências tributárias deste tipo de negócio em outros países.

O resultado esperado deste estudo é trazer mais luz à tributação deste setor da economia, auxiliando empresas, advogados e autoridades fiscais na correta definição tributária frente a legislação posta e apontar caminhos para eventuais correções legislativas que se mostrem necessárias ao final deste trabalho.

5. Justificação da relevância prática e do potencial inovador

O mercado de fidelidade tem crescido a taxas bastante significativas nos últimos anos. Apenas de 2014 para 2015, o salto foi de 27,1%, atingindo um faturamento bruto de R\$ 5,04 bilhões no ano, apenas com a venda de pontos (fonte: www.abemf.com.br/indicadores-mercado).

Se compararmos o mercado brasileiro com mercados mais maduros, como o mercado Norte-Americano, há um grande potencial de crescimento das operações brasileiras.

Exemplo deste potencial foi a recente criação da empresa Livelos para concorrer no mercado de fidelidade, cujos acionistas são dois dos maiores bancos nacionais: Bradesco e Banco do Brasil.

Ao tomarmos com base a tributação de duas das maiores empresas do setor – Smiles e Multiplus, pela análise da publicação de suas demonstrações financeiras de 2015, não foi possível identificar a tributação das maiores parcelas de sua receita – venda de ponto e *breakage* - pelo ISS ou por outro tributo indireto, além do PIS e da COFINS. Somente esse dado já teria potencial para exploração acadêmica da tributação deste setor: qual a razão da riqueza gerada com a venda de pontos não ser objeto de uma tributação específica?

Por ser um setor relativamente novo, observa-se um certo grau de informalidade, especialmente nas empresas que não possuem capital aberto.

Do ponto de vista da doutrina, pouco se escreveu sobre a tributação das empresas de fidelidade, fato que denota o potencial inovador do trabalho.

6. Fontes de pesquisa e métodos de investigação

A pesquisa se utilizará das seguintes fontes de pesquisa e métodos de investigação:

Legislativa: além das leis vigentes, pretendo agregar análises de projetos legislativos em trâmite no Congresso Nacional que visam regular em alguma medida os programas de fidelidade.

Bibliográfica: a análise de textos doutrinários e teóricos, nacionais e estrangeiros, especialmente voltados à definição jurídica dos programas de fidelidade com base no Direito Civil. Adicionalmente, obras tributárias nacionais de referência serão utilizadas como apoio para a definição tributária das operações.

Jurisprudencial: a tributação do setor de fidelidade é muito pouco discutida no Judiciário e na esfera Administrativa; no entanto, essa fonte será utilizada, ainda que de forma comparada com operações similares.

Documental: os contratos gerados nas diversas relações a serem estudadas serão a base inicial da pesquisa. Além disso, serão utilizados documentos financeiros das principais empresas do setor como fonte para extração do *modus operandi* do setor.

Entrevistas: eventualmente serão realizadas entrevistas com as pessoas responsáveis pelas áreas financeira e de negócio das principais empresas do setor, visando apurar quais são os principais obstáculos e diferenciais tributários em relação à concorrência ou a outros setores da economia.

Experiência própria: em alguma medida será utilizada a experiência própria para demonstrar a falta de critérios claros para a definição da tributação em algumas das operações que serão descritas no decorrer do trabalho.

7. Familiaridade com o objeto, acessibilidade de informações e envolvimento pessoal

Atualmente trabalho em uma empresa que presta serviços a empresas de fidelidade (concepção, gerenciamento e processamento do programa de fidelidade), além de ter iniciado recentemente um segmento de negócios B2C, através da criação de um *market place* na internet, atrelado a um programa de fidelidade próprio.

8. Literatura especializada e obras de referência

NERY JÚNIOR, Nelson. O Programa de milhagens como negócio jurídico unilateral. Revista de Direito Privado. São Paulo. RDPriv, v. 13, n. 52, p. 285-214, out./dez. 2012

SAMPAIO, Marli Aparecida. A Natureza Jurídica dos pontos acumulados nos “programas de fidelidade” ou “programas de milhas” das companhias aéreas. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo. RDC, v. 15, n. 60, p. 196-211, out./dez. 2006

NORONHA, Fernando. Direito das Obrigações. 3ª ed rev. e atual. São Paulo. Saraiva, 2010.

ZIMMERMANN, Reinhard. The law of obligations – Roman foundations of the civilian tradition. New York, 1996.

FONTES, Marcos Rolim Fernandes; WAISBERG, Ivo (Coord). Contratos Bancários. São Paulo. Ed. Quartier Latin, 2006.

GRECO, Marco Aurélio. Planejamento Tributário. 2ª ed. São Paulo. Dialética, 2008.

MELO, José Eduardo Soares. ISS – Aspectos teóricos e práticos. 4ª ed. rev. São Paulo. Dialética, 2005.

MELO, José Eduardo Soares. ICMS: teoria e prática. 11 ed. rev. São Paulo. Dialética, 2009.

OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Fundamentos do Imposto de Renda. Quartier Latin, 2008.

IUDÍCIBUS, Sérgio de; MARTINS, Eliseu; GELBCKE, Ernesto Rubens. Manual de contabilidade das sociedades por ações (aplicável às demais sociedades). 6ª ed. rev. e atual. São Paulo. Atlas, 2006.

9. Sumário preliminar

1. Introdução

2. Da tributação aplicável às operações realizadas pelo Varejista no âmbito do seu Programa de Fidelidade

3. Da tributação aplicável às operações realizadas pela empresa Agregadora de Pontos

4. Da tributação aplicável ao participante do Programa de Fidelidade

5. Conclusão