



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10650.720018/2013-53
Recurso Especial do Procurador
Acórdão nº 9101-005.164 – CSRF / 1ª Turma
Sessão de 07 de outubro de 2020
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado APLIC FACTORING FOMENTO MERCANTIL LTDA - EPP

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA (IRPJ)

Ano-calendário: 2009, 2010, 2011, 2012

FACTORING. RECEITA BRUTA. ATIVIDADE OPERACIONAL. CONTRATOS QUE TRANSFEREM RISCO AO CEDENTE. LUCRO ARBITRADO. INCLUSÃO NO COEFICIENTE DE PRESUNÇÃO.

Considera-se resultado da atividade de fomento mercantil (*factoring*), passível de tributação pela presunção prevista no artigo 15, §1º, III, “d”, da Lei nº 9.249/1995, as receitas decorrentes da atividade operacional, sendo assim também consideradas as receitas dos contratos cujas cláusulas imponham regresso e transfiram os riscos da atividade ao cedente em caso de inadimplemento do devedor. O fato de o contrato de *factoring* conter cláusula de coobrigação ou de regresso contra o cedente não desnatura a operação, nem faz com que as receitas daí decorrentes deixem de poder ser tributadas como receita bruta da atividade da pessoa jurídica.

MULTA DE OFÍCIO. QUALIFICAÇÃO.

A qualificação da multa deve ocorrer quando resta demonstrada a presença de dolo na conduta de sonegação, fraude ou conluio, de acordo com os arts. 71, 72 ou 73 da Lei nº 4.502, de 19645. A omissão de receitas de aplicações financeiras em nome no sujeito passivo e reportadas sistematicamente pelas fontes pagadoras ao Fisco, caracteriza omissão de rendimentos ou de receitas e, por si só, não autoriza a qualificação da multa, conforme Súmula CARF nº 14.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, , por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Especial. No mérito, (i) quanto à atividade *factoring*, por determinação do art. 19-E da Lei nº 10.522/2002, acrescido pelo art. 28 da Lei nº 13.988/2020, em face do empate no julgamento, negar provimento ao Recurso Especial, vencidos os conselheiros Andrea Duek Simantob (relatora), Edeli Pereira Bessa, Viviane Vidal Wagner e Fernando Brasil de Oliveira Pinto (suplente convocado), que lhe deram provimento com retorno dos autos ao colegiado de origem; e (ii) quanto à multa qualificada, por unanimidade de votos, acordam em negar-lhe

provimento. Votaram pelas conclusões os conselheiros Edeli Pereira Bessa, Viviane Vidal Wagner, Amélia Wakako Morishita Yamamoto, Fernando Brasil de Oliveira Pinto (suplente convocado) e Caio Cesar Nader Quintella. Designada para redigir o voto vencedor, quanto à atividade factoring, a conselheira Livia De Carli Germano.

(documento assinado digitalmente)

Andrea Duek Simantob – Presidente em exercício e Relatora

(documento assinado digitalmente)

Livia De Carli Germano - Redatora designada

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Edeli Pereira Bessa, Livia de Carli Germano, Viviane Vidal Wagner, Amélia Wakako Morishita Yamamoto, Fernando Brasil de Oliveira Pinto (suplente convocado), Luis Henrique Marotti Toselli, Caio Cesar Nader Quintella, Andrea Duek Simantob (Presidente).

Relatório

Trata-se de Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional (e-fls. 2.679 à 2.700) contra Acórdão nº 1201-000.928 (e-fls. 2.637 à 2.665), proferido pela 1ª Turma Ordinária da 1ª Câmara da 1ª Seção de Julgamento, em 03/12/2013, por meio do qual, decidiu, por unanimidade, dar provimento parcial ao Recurso Voluntário para (i) desqualificar a multa de ofício incidente sobre os rendimentos oriundos de aplicações financeiras tributadas na fonte e não declaradas e (ii) considerar como operacionais a totalidade das receitas apuradas pela fiscalização para fins de incidência do percentual de arbitramento do lucro.

A decisão recorrida foi consubstanciada com a seguinte ementa:

Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ e Reflexos Ano-calendário: 2009, 2010, 2011, 2012

RECEITAS DE FATURIZAÇÃO. NATUREZA OPERACIONAL. BASE DE CÁLCULO DO AUTO-ARBITRAMENTO.

A receita de faturização, quando da efetivação da recompra do título pelo cliente, no caso de inadimplemento pelo faturizado, está intimamente ligada ao objeto social de uma empresa de factoring, assim, faz parte da receita bruta decorrente de sua atividade empresarial, não se revestindo, portanto, da natureza de receita financeira.

MULTA DE OFÍCIO. QUALIFICAÇÃO. NÃO CABIMENTO.

No caso de ausência de prova de prática de fraude, deve ser aplicada a Súmula CARF nº 14: A simples apuração de omissão de receita ou de rendimentos, por si só, não autoriza a qualificação da multa de ofício, sendo necessária a comprovação do evidente intuito de fraude do sujeito passivo.

MULTA REGULAMENTAR

As pessoas jurídicas que utilizarem sistemas de processamento eletrônico de dados para registrar negócios e atividades econômicas ou financeiras, escriturar livros ou elaborar documentos de natureza contábil ou fiscal, são obrigadas a manter, à disposição da Receita Federal, os respectivos arquivos digitais e sistemas, pelo prazo decadencial previsto na legislação tributária.

A inobservância desse comando legal acarretará a imposição da multa de 0,5% do valor da receita bruta da pessoa jurídica no período, aos que não atenderem à forma em que devem ser apresentados os registros e respectivos arquivos e à multa de 5% sobre o valor da operação correspondente, aos que omitirem ou prestarem incorretamente as informações solicitadas, limitada a 1% da receita bruta da pessoa jurídica no período.

O presente processo versa sobre lançamento de IRPJ, CSLL, PIS e Cofins, relativo às seguintes infrações: rendimentos e ganhos líquidos de aplicações financeiras e apuração incorreta do lucro arbitrado.

Em impugnação, o sujeito passivo alegou que, em relação aos rendimentos de aplicações financeiras, os mesmos não integrariam a base de cálculo do PIS e da Cofins cumulativos e, por serem de tributação exclusiva na fonte, não estariam sujeitos à tributação do IRPJ e CSLL. Sobre a acusação de apuração incorreta do lucro arbitrado, defendeu que as receitas decorrentes de faturização, isto é, valores recebidos dos faturizados, e não dos sacados, após o vencimento do título, comporiam a receita bruta para fins de incidência do percentual de determinação do lucro arbitrado.

A DRJ manteve parcialmente a exigência para extinguir a cobrança do PIS e da Cofins apurados no regime cumulativo.

A 1ª Turma Ordinária da 1ª Câmara da 1ª Seção de Julgamento do CARF, ao dar provimento parcial ao Recurso Voluntário, decidiu (i) reduzir a multa de ofício de 150% para 75% por entender que a simples omissão das receitas com aplicações financeiras não seria caracterizadora de fraude e, em especial, porque não há nos autos qualquer descrição fática que indicasse a existência de dolo, (ii) incluir as receitas com refaturização na receita bruta para fins de incidência do percentual de determinação do lucro arbitrado, em razão da possibilidade de existência de cláusula *pro solvendo* nos contratos de faturização e (iii) manter a multa isolada pela não apresentação de dados em meio magnético.

Em sede de Recurso Especial, a Fazenda Nacional, insurge-se contra a decisão recorrida em relação a dois pontos: (i) possibilidade de estabelecimento de cláusula de regresso nos contratos de *factoring* e (ii) pelo afastamento da qualificação da multa de ofício.

O Recurso Especial foi admitido conforme Despacho de Admissibilidade de Agravo (e-fls. 2.735 à 2.740).

Cientificado o sujeito passivo do Despacho que admitiu o Recurso Especial da Fazenda Nacional em 12/09/2016, conforme Aviso de Recebimento (e-fls. 2.743), apresentou Contrarrazões em 26/09/2016 (e-fls. 2.746 à 2.770), conforme Termo de Solicitação de Juntada (e-fls. 2.745).

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Andrea Duek Simantob, Relatora.

1. Conhecimento

Conforme Despacho de Admissibilidade (e-fls. 2.735 à 2.740), o Recurso Especial foi admitido em relação às seguintes matérias:

- a) (Im)possibilidade de estabelecimento de cláusula de regresso nos contratos de factoring; e
- b) Qualificação da multa de ofício.

Em contrarrazões, o sujeito passivo, em preliminar, defende que em relação à primeira matéria o Recurso Especial apresentado pela Fazenda Nacional não poderia ser admitido, pois o paradigma não dispõe sobre aplicação do mesmo dispositivo legal e tampouco envolve o mesmo contexto fático do Acórdão recorrido.

Entende a Recorrida, que o Acórdão nº 103-22.834, indicado como paradigma pela Fazenda Nacional, envolve situação fática distinta, onde uma pessoa física que desenvolvia atividades de desconto de duplicatas e cheques, teve sua atividade equiparada a de uma instituição financeira, razão pela qual foi enquadrada como pessoa jurídica e, em decorrência de não ter apresentado a escrituração contábil, teve seu lucro arbitrado à alíquota de 45% (percentual das instituições financeiras). Aquele contribuinte discordou do percentual de presunção, sob o argumento de que as atividades por ele desenvolvidas eram de fomento mercantil (*factoring*).

Destaca a Recorrida, que no caso paradigma o sujeito passivo não desenvolvia operações típicas de *factoring*, mas mera operação de desconto de duplicatas e cheques, sem prestação de serviço de assessoria ou se discutia a existência de cláusula de recompra nos contratos firmados, como ocorre no caso sob julgamento.

Além disso, alega a Recorrida que o contexto jurídico é igualmente diverso ao tratado neste processo, pois, aquele caso estava adstrito tão somente em definir o percentual de presunção de lucratividade aplicável, fomento mercantil ou atividade financeira.

Sobre a dessemelhança fática acerca deste primeiro ponto de abordagem quanto ao conhecimento, entendo não assiste razão à Recorrida. Senão vejamos:

Na concepção do acórdão recorrido seria possível que empresas de *factoring* estabelecessem cláusulas de recompra do título com o cliente, sem, com isso, fosse desconfigurada a operação respectiva de *factoring*.

E, justamente, a partir dessa definição, concluiu o colegiado “a quo” que as receitas de faturização deveriam integrar a base de cálculo do auto-arbitramento, por se tratarem de receitas típicas da atividade e não receitas financeiras.

Por outro lado, quando se realiza o cotejo analítico do recorrido com o paradigma no tocante à matéria devolvida e trazida pela PGFN ao exame desta CSRF, verifica-se, que, foi decidido pela Terceira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes: para caracterização de um contrato de *factoring* é indispensável que o ajuste atribua **os riscos para o faturizador de receber os valores cedidos pelo faturizado-cliente** e que se estabeleça **cláusula de não regresso contra o cedente dos créditos**.

Ou seja, entendeu este outro colegiado, em suma, que a previsão de direito de regresso do cessionário em face do cedente por inadimplemento do devedor principal descaracteriza a natureza do contrato de *factoring*.

Muito bem. Enquanto o caso sob julgamento se busca definir, para fins tributários, **se as operações de recompra de títulos pelos cedentes originais estariam ou não contidas na atividade de *factoring***, isto é, **seriam ou não** atividades típicas, operacionais e, consequentemente, tributadas pelo percentual de arbitramento para a atividade de fomento mercantil ou, em não o sendo, serem adicionadas ao lucro pelo valor da operação, como receitas financeiras, **no caso do paradigma** a discussão versa: **sobre o enquadramento ou não como de fomento mercantil determinada atividade**, ou seja, **no caso paradigma o desconto de duplicada e no caso do julgado a operação de recompra dos títulos então vendidos**.

Portanto, no recorrido se entendeu ser possível que uma empresa de *factoring* estabeleça **cláusula de recompra do título com o cliente**, sem, com isso, fosse **desconfigurada a operação de *factoring***. Diversamente, no paradigma 103-22.834, entendeu-se que a **previsão de direito de regresso do cessionário em face do cedente por inadimplemento do devedor principal descaracteriza a natureza do contrato do *factoring***. Ora, é de se notar que há similitude fática capaz de trazer a discussão para o exame desta E. CSRF.

Veja-se que um dos critérios definidores para o não enquadramento da atividade desenvolvida no caso paradigma como de fomento mercantil **foi justamente o fato de haver cláusula de regresso (recompra pelo faturizado-cedente)**, conforme se verifica no trecho do voto i. Relator, Antonio Carlos Guidoni Filho:

Conforme salientado pela própria Fiscalização nesses autos e ratificado pelo acórdão recorrido, a Recorrente desenvolve exclusivamente atividade econômica de desconto de duplicatas e cheques pós-datados em favor de terceiros, cuja contrapartida é o pagamento por esses de certa retribuição em dinheiro, ordinariamente denominada comissão.

No meu entender, a mera atividade de descontos de duplicatas e cheques pós-datados em favor de terceiros não caracteriza, por si só, atividade de factoring. Para caracterização do contrato de factoring, é indispensável que o ajuste: (i) trate da aquisição de créditos e prestação de serviços relacionados à assessoria creditícia, mercadológica, de gestão de crédito, de seleção de riscos e de acompanhamento de contas a pagar e a receber; (ii) atribua os riscos para o faturizador de receber os valores cedidos pelo faturizado-cliente; (iii) **estabeleça cláusula de não regresso contra o cedente dos créditos**; (iv) conceda liberdade de escolha ao faturizador sobre quais faturas ou títulos serão negociados devido ao risco existente; (v) estabeleça a cobrança de taxa ou comissão em favor do faturizador. No caso dos autos, a ausência de prestação de serviços e a previsão de direito de regresso do cessionário face ao cedente por inadimplemento do devedor principal descaracterizam a natureza do contrato de factoring, caracterizando-o como mero contrato de desconto de duplicatas e cheques pós-datados, atividade típica de instituições financeiras e assemelhadas. (*grifei*)

Reforça esse entendimento, posição do Superior Tribunal de Justiça (REsp nº 119.705/RS), do qual cita-se a ementa:

COMERCIAL - "FACTORING" - ATIVIDADE NÃO ABRANGIDA PELO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL - INAPLICABILIDADE DOS JUROS PERMITIDOS AS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS.

I - O "FACTORING" DISTANCIA-SE DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA JUSTAMENTE PORQUE SEUS NEGÓCIOS NÃO SE ABRIGAM NO DIREITO DE REGRESSO E NEM NA GARANTIA REPRESENTADA PELO AVAL OU ENDOSSO. DAI QUE NESSE TIPO DE CONTRATO NÃO SE APLICAM OS JUROS PERMITIDOS AS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. E QUE AS EMPRESAS QUE OPERAM COM O "FACTORING" NÃO SE INCLUEM NO ÂMBITO DO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL.

II - O EMPRÉSTIMO E O DESCONTO DE TÍTULOS, A TEOR DE ART. 17, DA LEI 4.595/64, SÃO OPERAÇÕES TÍPICAS, PRIVATIVAS DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS, DEPENDENDO SUA PRÁTICA DE AUTORIZAÇÃO GOVERNAMENTAL.

III - RECURSO NÃO CONHECIDO. (g.n.)

Em relação ao alegado contexto jurídico diverso, não assiste razão à Recorrida, pois **não se trata de discussão sobre aplicação de percentual de presunção para o lucro arbitrado**, mas se a atividade, no caso paradigma, **é típica de fomento mercantil**, para fins tributários, conforme estabelece o art. 15, § 1º, III, "d", da Lei nº 9.249, de 1995.

Quanto à multa de ofício, acompanho as razões do despacho de admissibilidade de fls. 2.735/2.740,

Neste sentido, por terem sido observados os requisitos regimentais, conheço do Recurso Especial interposto pela PGFN para as duas matérias.

2. Mérito

Apesar de o recurso especial ter sido conhecido, houve empate no julgamento quanto ao mérito, neste ponto da autuação – (im)possibilidade de estabelecimento de cláusula de regresso nos contratos de *factoring* - e, diante disso, a regra contida por determinação legal do artigo 19-E da Lei n. 13.988/2020 deve ser respeitada e observada.

2.1. (Im)possibilidade de estabelecimento de cláusula de regresso nos contratos de *factoring*

Conforme relatado, a Turma *a quo* entendeu ser possível a inclusão das receitas com refaturização na receita bruta para fins de incidência do percentual de determinação do lucro arbitrado em razão da possibilidade de existência de cláusula *pro solvendo* nos contratos de faturização.

Por refaturização, entende-se o recebimento de valores em operação de recompra do título, outrora adquirido pela empresa que explora a atividade de *factoring*, promovida pelo então faturizado após o vencimento do título, em decorrência do não pagamento, isto é, inadimplemento do sacado.

A Fazenda Nacional aduz não ser possível o estabelecimento de cláusula de regresso nos contratos de *factoring*, para tanto, refere como precedente o Acórdão paradigma nº 103-22.834, onde, para a caracterização de contrato de *factoring* é indispensável a existência de duas condições: (i) que o ajuste atribua os riscos para o faturizador de receber os valores cedidos pelo faturizado-cliente; e que (ii) se estabeleça cláusula de não regresso contra o cedente dos créditos. Ou seja, a previsão de direito de regresso do cessionário em face do cedente por inadimplemento do devedor principal descaracterizaria a natureza do contrato de *factoring*.

A Recorrida, quanto ao mérito, entende que as receitas ditas de refaturização compõem sua receita bruta, tal qual descrito no art. 12 do Decreto-lei nº 1.598, de 1977, e entendimento do Supremo Tribunal Federal (RE nº 357.950/RS) e Superior Tribunal de Justiça (REsp nº 929.521), este último de repercussão geral, que definiu o conceito de faturamento ou receita bruta para fins de incidência da Cofins como sendo as receitas advindas da atividade econômica da empresa.

Nessa linha, descreve que a cláusula de recompra após o vencimento é uma opção dos clientes (item 43 das Contrarrrazões) e tem fundamento no modelo de negócio, necessidade de antecipação de recebíveis pelo faturizado na operação de compra e manutenção da relação comercial original entre o faturizado e o sacado, na operação de recompra.

A posição adotada pela Turma *a quo* não espelha a melhor a solução para o caso.

Embora o Código Civil Brasileiro, Lei nº 10.406, de 2002, ao tratar sobre a cessão de crédito, informa que, salvo estipulação em contrário, o cedente não responde pela solvência do devedor (art. 296), trata-se, não resta dúvida, de regra geral para a cessão de crédito.

Diferentemente é o caso da atividade de fomento mercantil, que possui especificidades, justamente para não se enquadrar como atividade financeira e sobre qual atrairia regulação pelo Banco Central do Brasil.

Dessa forma, ao analisar o contrato de *factoring*, Orlando Gomes (*in Contratos*, 26ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, pg. 580/581), assim leciona:

“(...) o *factoring* é um contrato atípico que reúne prestações da cessão de crédito, do mandato e da locação de serviços. Sua individualidade decorre da função econômica própria e inconfundível que exerce. **Distingue-se do desconto porque é uma cessão de crédito sem direito de regresso contra o cedente**; assemelha-se, porém, ao desconto a *forfait*. Não se confunde, por outro lado, com o seguro de crédito; neste, a cobertura, do risco não é total, a indenização é posterior à falta do pagamento, não há prestação de serviços nem se verifica a transferência do crédito como objeto do contrato.” (g.n.)

Para fins de enquadramento de apuração do lucro presumido (ou arbitrado), as atividades de fomento mercantil estão discriminadas no art. 15, § 1º, III, “d”, da Lei nº 9.249, de 1995:

“Art. 15.

(...)

§ 1º Nas seguintes atividades, o percentual de que trata este artigo será de:

(...)

III – trinta e dois por cento, para as atividades de:

(...)

d) prestação cumulativa e contínua de serviços de assessoria creditícia, mercadológica, gestão de crédito, seleção de riscos, administração de contas a pagar e a receber, **compra de direitos creditórios** resultantes de vendas mercantis a prazo ou de prestação de serviços (*factoring*)” (g.n.)

Ou seja, o fato de incluir cláusula de recompra nos contratos de cessão ou dizer que a receita decorrente da refaturização está intimamente ligada ao objeto social da empresa não torna a operação de recompra como típica de fomento mercantil para fins tributários, cuja hipótese legal é a de compra de direitos creditórios (art. 15, § 1º, III, “d”, da Lei nº 9.249, de 1995).

Pelo contrário, a instituição de cláusula de recompra desnatura essa espécie de contrato ao reverter o risco pelo inadimplemento ao outrora cedente, assemelhando essa operação ao desconto antecipado de recebíveis.

Ainda que nessa fase recursal se destine à harmonização jurisprudencial, importante ressaltar para o deslinde correto do caso, que, diferente do afirmado pela Recorrida, a opção de recompra não é opção do cedente, mas obrigação, como se depreende da cláusula oitava dos diversos “Contratos de Fomento Mercantil” (e-fls. 2.183 à 2.189), acostados aos autos:

“CLÁUSULA 8ª

PARÁGRAFO SEGUNDO: Na eventualidade de não liquidação dos títulos de crédito cedidos, será a CONTRATANTE comunicada para cumprir com a prestação constante no título no prazo de 24 horas (vinte e quatro horas), sob pena de decorrido o prazo citado moratórios previstos na cláusula 11, deste instrumento.”

Não sendo operações de fomento mercantil, as receitas financeiras decorrentes de recompra pelos cedentes, liberando o sujeito passivo dos riscos de insolvência do sacado, devem ser tratadas na forma prevista no então art. 536 do RIR/99:

Art. 536. Serão acrescidos à base de cálculo os ganhos de capital, os rendimentos e ganhos líquidos auferidos em aplicações financeiras, as demais receitas e os resultados positivos decorrentes de receitas não abrangidas pelo art. 531, auferidos no período de apuração, observado o disposto nos arts. 239, 240, 533 e 534 (Lei nº 9.430, de 1996, art. 27, inciso II).

Sobre a primeira matéria, as receitas com refaturização, decorrente da recompra de títulos pela recorrida não se enquadrariam no conceito de receita bruta para fins de aplicação do percentual de 38,4% para fins de quantificação do lucro arbitrado, devendo ser acrescentadas ao lucro para fins de incidência do IRPJ.

2.2. Qualificação da multa de ofício

A Recorrente, Fazenda Nacional, defende o restabelecimento da multa qualificada em decorrência de a conduta do contribuinte ter causado dano ao erário de forma consciente. Defende, ainda, que não se aplica ao caso a Súmula CARF nº 14, pois a atividade ilícita ocorreu de forma reiterada, sistemática e conscientemente orientada para omitir rendimentos durante quatro anos-calendário, não se tratando, pois de ato esporádico ou isolado, mas de omissão dolosa de valores significativos por vários anos.

Por seu turno, a Recorrida entende como correta a posição da Turma *a quo* que desqualificou a multa de ofício, diante não comprovação ou alegação de prática de qualquer ato doloso, mas a simples menção de que se trataria, em tese, de crime contra a ordem tributária. Justifica a ausência de dolo em razão de divergência sobre a interpretação da legislação tributária quanto aos rendimentos obtidos com aplicações financeiras, que no entender da Recorrida, seriam tributados exclusivamente pela fonte pagadora.

A qualificação da multa deve ocorrer quando resta demonstrada a presença de dolo na conduta de sonegação, fraude ou conluio, de acordo com os arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 1964:

Art. 71. Sonegação é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária:

I - da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais;

II - das condições pessoais de contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente.

Art . 72. Fraude é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido a evitar ou diferir o seu pagamento.

Art . 73. Conluio é o ajuste doloso entre duas ou mais pessoas naturais ou jurídicas, visando qualquer dos efeitos referidos nos arts. 71 e 72.

Cezar Roberto Bitencourt (*in* Tratado de Direito Penal : parte geral, volume 1, 11ª ed. São Paulo : Saraiva, 2007, p. 269), ensina sobre o elemento volitivo, que decorre da vontade: *é impossível querer algo conscientemente senão aquilo que se previu ou representou na nossa mente, pelo menos, parcialmente.*

No caso concreto, está-se no limiar entre a caracterização ou não do dolo, onde de uma lado estaria a omissão de receitas com aplicações financeiras por quatro anos-calendário, reportadas sistematicamente pelas fontes pagadoras ao Fisco, e de outro uma conduta dolosa e intencional para ocultar ou tentar impedir com meio fraudulento o conhecimento do fato gerador ou do sujeito passivo da obrigação tributária pelo Fisco.

Não consta nos autos descrição fática que demonstre que o sujeito passivo tenha se valido de ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar o conhecimento por parte do Fisco do fato gerador ou de sua condição de sujeito passivo, isto é, o elemento volitivo para ocultar a ocorrência ou a titularidade dos rendimentos de aplicação financeiras. Por essa razão, resta enfraquecida a condição subjetiva do dolo, necessária para a qualificação da multa de ofício.

Dessa forma, inexistindo no lançamento qualquer descrição de conduta dolosa praticada pelo sujeito passivo que caracterize evidente intuito de fraude definido nos termos dos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 1964, a multa a ser exigida deve ser aquela fixada no inciso I do caput do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996.

Diante do exposto, voto no sentido de dar provimento parcial ao Recurso Especial da Fazenda Nacional para: (i) considerar como receitas financeiras aquelas decorrentes de recompra pelos cedentes (refaturização), devendo serem acrescidas à base de cálculo do imposto de renda apurado mediante a modalidade de lucro arbitrado e (ii) manter a multa de ofício em 75%, pela ausência de demonstração do dolo.

(documento assinado digitalmente)

Andrea Duek Simantob

Voto Vencedor

Conselheira Livia De Carli Germano – Redatora Designada.

Na sessão de julgamento fui designada a redigir o voto vencedor quanto ao mérito da matéria “a) (*Im*)possibilidade de estabelecimento de cláusula de regresso nos contratos de *factoring*,” trazendo as razões pelas quais foi negado provimento ao recurso especial da Fazenda Nacional também quanto a esse ponto.

No caso em discussão, o Relatório Fiscal anexo ao auto de infração considerou que as receitas auferidas pelo sujeito passivo relativas à “faturização” não teriam sido corretamente oferecidas à tributação. Transcrevo trechos do documento:

(...)

Nos contratos apresentados pelo contribuinte (fls. 2183/2189) existe a responsabilidade da contratante pelo cumprimento da obrigação constante do título, existe hipótese de recompra e previsão de multa e juros.

Portanto, tais receitas a título de “Faturização” não caracterizam receita bruta do contribuinte, não se enquadram no conceito de receita bruta nos termos do art. 279 do RIR/99, e não se sujeitam ao percentual de 38,4% no lucro arbitrado.

Tais receitas se enquadram na previsão legal constante no art. 536 do RIR/99 (...) e caracterizam acréscimos à base de cálculo do IRPJ no regime do Lucro Arbitrado.

(...)

Em seu recurso especial, a Fazenda Nacional defende o procedimento adotado pela autoridade fiscal, sustentando que a previsão de cláusula de recompra do título com o cliente (cedente) descaracterizaria a operação de *factoring*. Fundamenta seu recurso, basicamente, no precedente que aponta como paradigma (acórdão nº 103-22.834) e em um trecho de doutrina citado na decisão da DRJ.

A decisão recorrida entendeu ser possível que empresas de *factoring* estabeleçam cláusulas de recompra do título com o cliente, sem, com isso, desconfigurar a operação de *factoring*. A partir dessa definição, o Colegiado *a quo* concluiu que as receitas de faturização devem integrar a base de cálculo do lucro arbitrado, por comporem a receita bruta da atividade, não sendo correto o tratamento dado pela autoridade autuante de adicionar integralmente tais valores à base de cálculo.

A legislação estabelece que o lucro arbitrado (regime adotado voluntariamente pelo sujeito passivo no caso dos autos) é determinado mediante a aplicação, sobre a receita bruta conhecida, dos percentuais de presunção de lucro fixados para o regime do lucro presumido, acrescidos de 20%. Receitas que não se caracterizem como receita bruta da atividade não ficam sujeitas ao percentual de presunção, sendo tributadas em sua totalidade.

À época dos fatos em discussão, o conceito de receita bruta da pessoa jurídica para fins de definição da base de cálculo nos regimes do lucro presumido e arbitrado estava

contido no artigo 12 do Decreto-Lei 1.598/1977 e no artigo 31 da Lei 8.981/1995, que assim dispunham em sua redação original:

Decreto-Lei 1.598/1977

Art. 12 A receita bruta das vendas e serviços compreende o produto da venda de bens nas operações de conta própria e o preço dos serviços prestados.

§ 1º - A receita líquida de vendas e serviços será a receita bruta diminuída das vendas canceladas, dos descontos concedidos incondicionalmente e dos impostos incidentes sobre vendas.

Lei 8.981/1995

Art. 31. A receita bruta das vendas e serviços compreende o produto da venda de bens nas operações de conta própria, o preço dos serviços prestados e o resultado auferido nas operações de conta alheia. (Revogado pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)

Parágrafo único. Na receita bruta, não se incluem as vendas canceladas, os descontos incondicionais concedidos e os impostos não-cumulativos cobrados destacadamente do comprador ou contratante dos quais o vendedor dos bens ou o prestador dos serviços seja mero depositário. (Revogado pela Lei nº 12.973, de 2014)

Apenas a título de nota, observo que posteriormente, a Lei 12.973/2014, ao mesmo tempo em que revogou o artigo 31 da Lei 8.981/1995, deu nova redação ao artigo 12 do Decreto-Lei 1.598/1977, o que, segundo sua exposição de motivos, foi feito “*com o objetivo de aperfeiçoar a definição de receita bruta e de receita líquida*” (EM nº 00187/2013 MF). A redação passou a ser (grifamos):

Art. 12. A receita bruta compreende: (Redação dada pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)

I - o produto da venda de bens nas operações de conta própria; (Incluído pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)

II - o preço da prestação de serviços em geral; (Incluído pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)

III - o resultado auferido nas operações de conta alheia; e (Incluído pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)

IV - as receitas da **atividade ou objeto principal da pessoa jurídica** não compreendidas nos incisos I a III. (Incluído pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)

Muito embora houvesse discussão a respeito de itens que deveriam compor a receita bruta ou a receita líquida (sendo talvez a principal delas a questão dos impostos incidentes sobre vendas), mais pacífica era a posição de que a receita bruta da pessoa jurídica deveria ser considerada como o resultado das **atividades típicas**, isto é, aquelas previstas no objeto social da pessoa jurídica, tal como restou finalmente descrito na redação do artigo 12 do Decreto-Lei 1.598/1977, acima transcrito.

Neste sentido, escorando-se nas definições assentadas pelo Supremo Tribunal Federal (STF), o Superior Tribunal de Justiça (STJ) firmou sua jurisprudência no sentido de que “*o conceito de receita bruta sujeita à exação tributária envolve, não só aquela decorrente da venda de mercadorias e da prestação de serviços, mas a soma das receitas oriundas do exercício das atividades empresariais*” (RE 371.258 AgR, Relator Min. Cezar Peluso, Segunda

Turma, julgado em 03.10.2006, DJ 27.10.2006; EDcl no REsp 929.521/SP, Relator Min. Luiz Fux, Primeira seção, julgado em 14.04.2010) – trechos da ementa.

Daí a importância de se definir, no caso dos autos, se as receitas de faturização relacionadas ao exercício de direito de regresso são ou não receitas “típicas” da atividade de *factoring* – e, portanto, sujeitas à aplicação dos percentuais de presunção -- ou se, como pretendeu a autoridade autuante, trata-se de “outras receitas”, devendo ser integralmente adicionadas à base de cálculo dos tributos devidos no regime do lucro arbitrado.

No caso, o sujeito passivo (a *factoring*) celebra contratos que conferem ao faturizado (seu cliente, cedente) o direito de recomprar o título caso, após a data de vencimento, o sacado (devedor original) não honre com o pagamento como esperado. Segundo argumenta, tal ocorre porque o faturizado possui urgência em obter fluxo de caixa (e por isso recorreu à *factoring*), mas continua tendo o sacado como cliente e, nesse contexto, teme que o protesto do título por parte da *factoring* gere desgaste ou mesmo encerramento da relação comercial. O valor dessa recompra, em regra, é superior ao valor pago pela *factoring* quando da aquisição do título. É nisso que consiste a “receita de faturização” ora questionada, a qual, como visto, decorre do exato mesmo título adquirido do faturizado e renegociado com esta mesma parte.

No Brasil, o *factoring* não é um contrato típico, isto é, não tem os seus contornos definidos por qualquer lei. A doutrina o qualifica como um contrato complexo, de natureza mista, eis que a relação jurídica que dele decorre é caracterizada pela prestação de serviços (como assessoria creditícia, mercadológica, gestão de crédito, seleção de riscos, administração de contas a pagar e a receber) e pela compra de direito creditório.

A legislação tributária indica que devem receber o regime tributário de *factoring* as operações que envolvam “a prestação cumulativa e contínua de serviços de assessoria creditícia, mercadológica, gestão de crédito, seleção e riscos, administração de contas a pagar e a receber, compras de direitos creditórios resultantes de vendas mercantis a prazo ou de prestação de serviços (*factoring*)” (art. 15, II, “d”, Lei 9.249/1995).

A Associação Nacional de Fomento Comercial (ANFAC), principal entidade representativa do setor do fomento comercial brasileiro, define *factoring* como:

A atividade desenvolvida pelo fomento comercial é caracterizada pela prestação de serviços e pela compra de direitos creditórios originados de vendas mercantis ou de serviços (duplicatas ou outros papéis resultantes dessas vendas).¹

Fábio Vieira Figueiredo, em sua obra “Contrato de *factoring*, objeto, função e prática do fomento mercantil” ensina (grifos nossos)²:

(...)

Ao tratarmos do contrato de faturização, é muito comum nos depararmos com a equiparação dos significados das palavras *factoring* e fomento. Entretanto, tais palavras não são apenas etimologicamente distintas, mas representam significados jurídicos sensivelmente diversos.

¹ <http://www.anfac.com.br/v3/factoring-perguntas-frequentes.jsp>C

² (FIGUEIREDO, Fábio Vieira. Contrato de *factoring*: objeto, função e prática do fomento mercantil – São Paulo: Saraiva, 2016. p. 21 a 25)

A palavra fomento, conforme explicita o Dicionário Houaiss, da língua portuguesa, significa “ação ou efeito de promover o desenvolvimento”.

No *factoring*, a ideia central é promover o desenvolvimento de determinada atividade econômico-empresarial, por força de contrato firmado entre faturizador e faturizado.

(...)

O contrato de *factoring*, conforme assevera Maria Helena Diniz, é aquele em que um empresário (faturizado) cede a outro (faturizador), no todo ou em parte, os créditos provenientes de suas vendas mercantis a terceiro, mediante o pagamento de uma remuneração, consistente no desconto sobre os respectivos valores.

Explica, ainda, a professora que isso se dá conforme o montante de tais créditos. É um contrato que se liga à emissão e à transferência de faturas. Daí dizer, acrescenta Waldirio Bulgarelli, que a operação de *factoring* seria a venda do faturamento de uma empresa à outra, que se incumbe de cobra-los, recebendo em pagamento uma comissão².

Ou seja, a empresa de *factoring* não apenas auxilia financeiramente a empresa faturizada, mas, também, presta-lhe outros serviços de gestão financeira e administrativa dos recebíveis (crédito em sentido amplo).

O fomento é mercantil, pois feito por empresa dotada de personalidade jurídica privada não pertencente ao Sistema Financeiro Nacional, indicando flagrante diferenciação ao fomento econômico administrativo realizado por ente de direito público interno.

Por igual razão, a empresa faturizadora não poderá captar dinheiro para o exercício de sua atividade, utilizando-se apenas de seu próprio capital. A não observância desse requisito pode caracterizar o desempenho de atividade financeira, própria de bancos e, portanto, não condizente com as diretrizes da prática do *factoring*.

O termo *factoring*, em si, faz menção apenas à parte da atividade desempenhada, qual seja: a aquisição dos títulos com vencimento futuro, antecipando o valor nele constante, ou garantindo a liquidação, descontada a remuneração da empresa faturizadora ao faturizado. Sob o ponto de vista amplo, o contrato de *factoring* possui tríplex objeto: i) garantia; ii) gestão de créditos; e iii) técnica financeira.

O primeiro objeto consiste na liquidação dos créditos cedidos pelo faturizado, de tal sorte que, no ato da cessão (conventional *factoring*) ou na data do vencimento (maturity *factoring*), são liquidados pelo faturizador.

No que tange ao segundo, trata-se da intervenção do faturizador nas operações da empresa faturizada, prestando-lhe serviços que diminuam os encargos comuns, bem como simplificando os serviços administrativos e contábeis do faturizado. Equivale a uma verdadeira terceirização do departamento de contas a receber, da empresa. Ademais, na constância do serviço de gestão de crédito, o faturizador será responsável por todo o serviço de faturamento e emissão de títulos decorrentes de cobrança, bem como dos recursos obtidos para reinvestimento no negócio.

Por fim, entende-se, por emprego de técnica financeira ao contrato de *factoring*, o financiamento da empresa faturizada, ou seja, na medida em que o faturizador adquire os créditos da faturizada, assume todos os riscos pelo inadimplemento dos títulos dos quais se tornou titular, arcando sozinho com o prejuízo, não possuindo, ao menos em regra, direito de regresso contra o faturizado, já que é da tônica ordinária e essencial da cessão de crédito a assunção de risco por parte do cessionário.

(...)

O contrato de factoring é, portanto, uma avença que tem por conteúdo o fomento mercantil. Nessa avença, o faturizador obriga-se a fomentar o negócio do faturizado, com auxílio financeiro, na medida em que, na esmagadora maioria dos contratos praticados no Brasil, o que se apresenta é o conventional factoring, sem descuidar da aplicação de técnicas administrativas, financeiras e econômicas de análises e consultoria, de modo a atender ao seu triplice objeto.

(...)

Fato é que se trata de contrato objetivamente complexo, por comportar objeto plúrimo (entre outros: liquidação antecipada de títulos, análise de risco creditório, fornecimento de capital de giro, implantação de procedimentos para contas a pagar e a receber), que tem como objetivo último e maior o fomento mercantil, o desenvolvimento produtivo e a obtenção de maior eficiência geral da empresa contratante. Note-se que não necessariamente haverá em toda e qualquer circunstância a transmissão de créditos, ou seja, é possível que se mantenha contratação de fomento mercantil sem que haja, inclusive por longos períodos, aquisição de recebíveis pela faturizadora, que, nesses casos, restará encarregada de colaborar para o desenvolvimento da empresa faturizada. Isso não desnaturará o pacto de fomento mercantil havido.

(...)

Enquanto alguns doutrinadores mencionam a ausência de regresso como um elemento acidental dos contratos de *factoring* (como parece ser o caso acima), outros a colocam como característica essencial que, inclusive, diferenciaria o contrato de *factoring* das operações de desconto bancário. Neste sentido, por exemplo, temos o artigo de Antônio Rodrigo Cândio Freire, citado pela decisão da DRJ e reproduzido pela Fazenda Nacional em seu recurso especial, do qual se destaca o seguinte trecho:

(...)

Logo, o contrato de Factoring não deve apresentar a cláusula de regresso sob pena de desconfigurar-se da *conditio sine qua non* de sua existência, ou seja, em seu conceito, o risco é o que diferencia dos bancos. A existência da cláusula de regresso eleva o fomento empresarial à mesma característica das instituições financeiras.

(...)

Importa notar que uma coisa é dizer que, em regra -- isto é, na maioria (quantitativa) das operações de *factoring* --, a faturizadora (a cessionária do crédito, empresa de *factoring*) não tenha direito de regresso contra o cedente do título caso o devedor não honre com o seu pagamento. Outra muito diversa é afirmar que, necessariamente, a circunstância de se estipular cláusula de regresso desnatura a operação, colocando a inexistência de regresso como uma *característica essencial* do contrato de *factoring*.

No *factoring*, é da **natureza** do contrato ser esse misto de cessão de crédito e prestação de serviços (operação comercial), enquanto que o desconto bancário é, essencialmente, uma operação financeira. E dentro do conceito de operação financeira reside também outra qualidade importante, que é o fato de que, no desconto bancário, os recursos utilizados na operação são previamente captados junto ao público. Tais particularidades é que fazem, inclusive, com que o desconto bancário seja operação privativa de instituição financeira, enquanto o *factoring* não o é.

Diferentemente das instituições financeiras, que são tuteladas pela Lei 4.595/64 e fiscalizadas pelo Banco Central do Brasil, a empresa de *factoring* é uma sociedade mercantil, limitada ou anônima, cuja existência legal nasce com o arquivamento de seus atos constitutivos na Junta Comercial.

Como se percebe, há outras características, essas sim **essenciais**, que diferenciam o desconto bancário da operação de *factoring*. E neste sentido, uma operação de compra de direito creditório, efetuada com recursos não levantados junto ao público, que também envolva prestação de serviços de assessoria creditícia, mercadológica, gestão de crédito, seleção de riscos e administração de contas a pagar e a receber, não pode ser equiparada a um desconto de título simplesmente por envolver direito de regresso.

Daí a conclusão de que a existência ou não de regresso é elemento acidental ao contrato de *factoring*.

A possibilidade de direito de regresso em operação de *factoring* foi brilhantemente abordada pelo Ministro Humberto Gomes de Barros em seu voto no Recurso Especial 820.672-DF, acatado à unanimidade pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), sendo pertinente a transcrição do seguinte trecho (grifos nossos):

(...)

Além disso, também **cabe menção ao argumento de que o fomento mercantil é baseado num contrato de risco e, por isso, o faturizador não pode ter garantias do recebimento dos títulos comprados.** Data vênia, a meu ver, esse argumento não vinga, porque, primeiramente, **não há Lei que impute esse risco ao faturizador.** Ao contrário, risco muito maior assume quem endossa um cheque, pois a Lei expressamente o coloca na condição de garante do pagamento do valor estampado na cártula. Quem compra título endossado coloca-se em situação até confortável, pois tem opções de cobrança. Corre risco quem endossa cheque, porque passa a figurar na condição de co-devedor.

Convém lembrar que, apesar de já existirem alguns projetos de lei em andamento no Congresso Nacional, o fomento mercantil não tem regulação jurídica própria em nosso País. Assim, sob o ponto de vista legal, as sociedades empresárias de fomento mercantil estão sujeitas aos mesmos direitos e obrigações que qualquer outra sociedade que explore outra atividade empresarial. Não há razão para distinção. Em suma: **a exclusão da garantia do endosso às sociedades de fomento mercantil é incompatível com os princípios constitucionais da isonomia, da livre iniciativa e da legalidade.**

Em que pesem as respeitáveis opiniões doutrinárias, em nosso sistema jurídico doutrina não revoga Lei. O secular e internacional instituto do endosso não pode ser abolido ou mitigado por construção doutrinária sem respaldo legal.

Tenho percebido que a jurisprudência tem feito restrições cambiais à atividade de fomento mercantil. Com todo respeito, não entendo o porquê das limitações feitas a tal atividade empresarial, pois a Lei não as faz. Trata-se de negócio lícito, mesmo porque não é proibido. Tal atividade, inclusive, possibilita a sobrevivência de muitas micro e pequenas empresas mediante a negociação imediata de créditos que demorariam certo tempo para ingressarem no caixa das faturizadas-clientes caso não fosse a atividade empresarial das faturizadoras. É verdade que o faturizador compra o título de crédito com abatimento pelo valor de face, mas esse é justamente lucro perseguido nessa empresa (atividade), que não pode ser discriminada pelos Tribunais. Não se pode perder de vista que a livre iniciativa é fundamento da República Federativa do Brasil (CF, Art. 1º, IV).

Também é importante atentarmos para possíveis fraudes que podem ser realizadas contra os faturizadores em decorrência desse raciocínio adotado pelo TJDFT. Ao se negar ao faturizador o direito de regresso decorrente do endosso é possível que se esteja a cancelar uma fraude (vulgo calote) decorrente de possível conluio entre emitente do título e faturizado. Perceba-se que alguém pode sacar títulos frios em benefício do faturizado já com prévia intenção de frustrar-lhes o cumprimento (p. ex.: por contra-ordem ao banco sacado, no caso do cheque). Daí o faturizador, que pagou pelo título garantido pela segurança do endosso, fica frustrado por um entendimento jurisprudencial louvado em opiniões doutrinárias sem qualquer aparo legal.

(...)

Em conclusão, o entendimento adotado pelo Juiz e pelo Tribunal não possui, data vênica, qualquer apoio legal. Apesar das diversas citações doutrinárias, não houve menção a qualquer dispositivo de Lei que lastreasse a posição adotada pelo Tribunal a quo. Na verdade, a Lei tem solução contrária à posição assumida.

(...)

De se notar que, ao mesmo tempo em que não há qualquer restrição legal específica à previsão de direito de regresso nas operações de *factoring*, a legislação que rege a cessão de crédito também não proíbe que o cedente responda pela solvência do devedor. Pelo contrário, a regra expressamente admite estipulação em contrário, como prevê o artigo 296 do Código Civil:

Art. 296. Salvo estipulação em contrário, o cedente não responde pela solvência do devedor.

Assim, irretocável a conclusão a que chegou o acórdão recorrido, quando observa:

De fato, o padrão é que a cessão de crédito no Brasil ocorra de forma “*pro soluto*”, contudo nada impede que ela ocorra em caráter “*pro solvendo*”, desde que pactuado pelas partes, que exercem sua autonomia de contratar. É o que a lei faculta.

Assim, fato é que a receita auferida pela Recorrente, quando da efetivação da recompra do título pelo cliente, no caso de inadimplemento pelo faturizado, está intimamente ligada ao objeto social de uma empresa de *factoring*, faz parte da receita bruta decorrente de sua atividade empresarial, não se revestindo, portanto, da natureza de receita financeira.

Sendo assim, correta está a conduta da ora Recorrente ao incluir tais receitas de faturização em sua base para apuração do lucro arbitrado, para cálculo do IRPJ a recolher através da aplicação da alíquota de presunção.

São estas as razões pelas quais, com a devida vênica às respeitáveis posições em contrário, compreendo que o fato de o contrato de *factoring* conter cláusula de regresso contra o cedente não desnatura a operação, nem faz com que as receitas daí decorrentes não devam ser tratadas, para fins tributários, como receita bruta da atividade da pessoa jurídica.

Ante o exposto, oriento meu voto por negar provimento ao recurso especial.

(documento assinado digitalmente)

Livia De Carli Germano

