



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



PROCESSO	15746.722381/2022-59
ACÓRDÃO	3202-003.453 – 3ª SEÇÃO/2ª CÂMARA/2ª TURMA ORDINÁRIA
SESSÃO DE	20 de março de 2026
RECURSO	VOLUNTÁRIO
RECORRENTE	FOUR CREDIT SECURITIZADORA SA
INTERESSADO	FAZENDA NACIONAL

Assunto: Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguros ou relativas a Títulos ou Valores Mobiliários - IOF

Ano-calendário: 2018, 2019

RECURSO VOLUNTÁRIO. MESMAS RAZÕES DE DEFESA ARGUIDAS NA IMPUGNAÇÃO. ACÓRDÃO RECORRIDO. ADOÇÃO DAS RAZÕES E FUNDAMENTOS PERFILHADOS NO ACÓRDÃO RECORRIDO. APLICAÇÃO DO ARTIGO 114, §12, I, DO RICARF.

Nas hipóteses em que o sujeito passivo não apresenta novéis razões de defesa em sede recursal, o artigo 114, §12, I, do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (“RICARF”)¹ autoriza o relator a transcrever integralmente a decisão proferida pela Autoridade julgadora de primeira instância, caso concorde com as razões de decidir e com os fundamentos ali perfilhados.

ATIVIDADE DE SECURITIZAÇÃO. DEBENTURES. DESQUALIFICAÇÃO DA ATIVIDADE. LUCRO REAL.

A emissão de títulos e valores mobiliários destinados à captação de recursos junto a investidores, tendo por lastro direitos creditórios previamente adquiridos, constitui a essência da atividade de securitização. Nesse contexto, as companhias securitizadoras estruturam operações mediante a emissão de debêntures ou outros títulos, com o objetivo de captar recursos destinados ao pagamento dos originadores dos créditos cedidos.

Nos termos da legislação tributária, estão obrigadas à apuração do Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ) pelo regime de tributação do lucro real as pessoas jurídicas que explorem a atividade de cessão de direitos creditórios resultantes de vendas mercantis a prazo ou de prestação de serviços.

O arbitramento do lucro pela autoridade fiscal constitui medida excepcional, devendo ser adotado apenas nas hipóteses legalmente previstas, notadamente aquelas estabelecidas no art. 47 da Lei nº 8.981, de 1995.

No que se refere ao Imposto sobre Operações Financeiras (IOF), seu fato gerador ocorre na aquisição, cessão, resgate, repactuação ou pagamento para liquidação de títulos e valores mobiliários, conforme previsto na legislação de regência.

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. DESCONSIDERAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA. FRAUDE. ART.135.CTN. ATOS COM EXCESSO DE PODER OU INFRAÇÃO A LEI.

O artigo 135 do CTN não aborda situações de simples ação ou omissão do terceiro, mas, sim, atos praticados com excesso de poder ou infração à lei, contrato social ou estatuto dos quais resultem obrigações tributárias.

INFRAÇÃO. LANÇAMENTO DE OFÍCIO. LEI SUPERVENIENTE. ATO NÃO DEFINITIVAMENTE JULGADO. PENALIDADE MENOS SEVERA. RETROATIVIDADE BENIGNA. APLICAÇÃO.

Tratando-se de ato não definitivamente julgado, aplica-se a lei superveniente à vigente à época do fato gerador que venha a cominar penalidade menos severa.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade, em rejeitar as preliminares de nulidade do auto de infração e alteração de critério jurídico, para dar parcial provimento ao recurso voluntário, para reduzir a multa de ofício qualificada ao patamar de 100%.

Assinado Digitalmente

Onízia de Miranda Aguiar Pignataro – Relatora

Assinado Digitalmente

Rodrigo Lorenzon Yunan Gassibe – Presidente

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros: Aline Cardoso de Faria, Jucileia de Souza Lima, Onizia de Miranda Aguiar Pignataro, Rafael Luiz Bueno da Cunha, Wagner Mota Momesso de Oliveira, Rodrigo Lorenzon Yunan Gassibe (Presidente).

RELATÓRIO

Trata-se o presente processo da lavratura de auto de infração de IOF – Imposto sobre operações de crédito, câmbio e seguro ou relativas a títulos ou valores mobiliários no valor de R\$1.906.963,00, já incluídos a multa de ofício e os juros de mora calculados até a data do lançamento.

Para uma melhor compreensão dos fatos em discussão, transcrevo o relatório extraído do Acórdão 106-045.298, da 12ª TURMA/DRJ06:

Trata-se o presente processo da lavratura de auto de infração de IOF – Imposto sobre operações de crédito, câmbio e seguro ou relativas a títulos ou valores mobiliários no valor de R\$1.906.963,00, já incluídos a multa de ofício e os juros de mora calculados até a data do lançamento.

PROCESSO 15746.722381/2022-59 ACÓRDÃO 106-045.298 – 12ª TURMA/DRJ06 3
A fiscalização apurou que o sujeito passivo simulou o objeto do negócio jurídico (securitização de recebíveis), com o intuito de fraudar o fisco ao optar indevidamente pelo lucro presumido e, conseqüentemente, reduzir sua carga tributária. Trata-se, de fato, de uma sociedade de fomento mercantil (factoring).

Assim, a infração foi identificada como Falta de Recolhimento dos tributos e foram relacionados como sujeitos passivos solidários pelo crédito tributário os seus sócios abaixo identificados:

PROCESSO 15746.722381/2022-59 ACÓRDÃO 106-045.298 – 12ª TURMA/DRJ06 4
A autoridade fiscal explica a atividade de securitização da seguinte forma:

Em termos gerais, a securitização de recebíveis consiste numa modalidade de estruturação financeira que permite o agrupamento de diversos ativos financeiros e não financeiros, transformando-os em títulos financeiros negociáveis, passíveis de serem vendidos a investidores no mercado de capitais, como forma de diluir o risco.

Desta forma, através da securitização, uma empresa pode vender o seu fluxo de caixa futuro a investidores, antecipando recursos financeiros dos seus recebíveis. O fluxo gerado pelos pagamentos dos referidos recebíveis pelos devedores é o que garante a remuneração a ser paga aos investidores.

(...)A securitização de recebíveis surgiu como forma de captação de recursos para empresas e de diversificação dos investimentos para o investidor, atuando a securitizadora como o elo entre o que anseia o financiamento e a segregação de

riscos, e aquele disposto a financiar, tendo os recebíveis como garantia. Assim, a empresa originadora dos créditos pode ter acesso a recursos com custo menor que a emissão de títulos próprios, já que estes carregariam a avaliação do mercado do seu próprio risco de crédito, e sem prejudicar índices de endividamento do Balanço Patrimonial.

É isso que diferencia a securitizadora de uma empresa de factoring, a possibilidade de converter os créditos em títulos mobiliários passíveis de negociação no mercado.

No caso em questão, não houve negociação no mercado de capitais, por ser sociedade anônima de capital fechado. As decisões ocorreram de forma privada entre os sócios da FOUR CREDIT e os debenturistas que, em boa parte, são parentes dos sócios (principalmente do sócio ROBSON).

5. DA SIMULAÇÃO Da análise das informações dos documentos apresentados pela empresa e dos dados constantes dos bancos de dados da Receita Federal, é possível constatar a existência de irregularidades evidenciando que a conduta da fiscalizada não condiz com a vontade manifestada em seus atos jurídicos e que, na essência, a empresa foi constituída como securitizadora unicamente para mascarar a sua real atividade empresarial com intenção de usufruir ilicitamente do benefício da tributação, pois, trata-se de fato de sociedade de fomento mercantil (“factoring”). Nos atos praticados pela fiscalizada constata-se evidências do interesse de simular o objeto do negócio jurídico, com o intuito de fraudar a fazenda nacional, reduzindo os tributos a recolher.

(...)A FOUR CREDIT opera com recebíveis de curto prazo (cheques e duplicatas) e os transforma em títulos mobiliários na forma de debêntures.

5.1. DOS VÍNCULOS ENTRE EMISSOR E DEBENTURISTAS E DA CAPACIDADE FINANCEIRA DESTES PROCESSO 15746.722381/2022-59 ACÓRDÃO 106-045.298 – 12ª TURMA/DRJ06 5 Em resposta ao TIF nº 2, a empresa informa que anexou relação dos títulos emitidos, conforme intimado no item 2 do referido Termo. No entanto, o que foi apresentado foram cópias das cautelas das debêntures subscritas. Ainda assim, nem todas as cautelas foram apresentadas. É possível verificar que a numeração das cautelas apresentadas começa no número 42, evidenciando a ausência das anteriores. Embora haja debêntures não emitidas nos AC 2018/2019, os efeitos financeiros de algumas delas tiveram reflexos naqueles AC e, portanto, deveriam ser apresentadas à fiscalização.

(...)Do total dos valores emitidos em debêntures (R\$ 2.400.000,00) nos AC 2018/2019, pelo menos R\$ 1.350.000,00 foram subscritas por pessoas vinculadas aos sócios:

Além disso, algumas delas apresentaram fontes de rendimentos e patrimônios aparentemente insuficientes para a realização de investimentos em debêntures.

Na coluna “Vínculos” da tabela acima, constata-se que vários dos debenturistas são parentes dos sócios da fiscalizada, principalmente do sócio ROBSON.

5.2. DAS DILIGÊNCIAS EM DEBENTURISTAS A autoridade lançadora explica ter diligenciado alguns debenturistas escolhidos por haver vínculos diretos com os sócios e que, aparentemente, não apresentavam capacidade financeira para investimentos nos respectivos montantes efetuados. Foram eles:

Após síntese das diligências efetuadas a fiscalização afirma que:

Por todo o exposto acima, relativo às diligências efetuadas, é possível constatar uma série de divergências em relação à efetiva comprovação dos investimentos realizados pelas diligenciadas. Com exceção das debêntures subscritas pela Sra. CRISTIANE, todas as demais carecem de elementos comprobatórios que demonstrem o real investidor das debêntures e os valores efetivamente pagos à empresa.

5.6. DAS AQUISIÇÕES DE RECEBÍVEIS versus EMISSÃO DE DEBENTURES PROCESSO 15746.722381/2022-59 ACÓRDÃO 106-045.298 – 12ª TURMA/DRJ06 6 Neste ponto a fiscalização explica que a empresa efetuou quatro emissão de debêntures. Diz:

No entanto, de acordo com a contabilidade da fiscalizada (a conta 2120300001 – Cotistas, do Passivo circulante, registra as debêntures integralizadas), o total de debêntures efetivamente integralizadas até 2020 foi de R\$ 15.563.719,03. Enquanto isso, o montante dos recebíveis adquiridos pela empresa (contas 11201 - Duplicatas Receber Curto Prazo e 12101 - Duplicatas Receber Longo Prazo, do Ativo circulante e não circulante, respectivamente) totaliza R\$ 315.114.953,65 para o mesmo período.

Ou seja, até 2020, o total de debêntures nas mãos dos “investidores” representava apenas 4,94% do total dos recebíveis adquiridos.

Ainda que se possa alegar que o prazo para subscrição e integralização das debêntures vai até 31/03/2024 (prazo de vencimento da última emissão), o percentual do total da emissão (R\$ 40.000.000,00) em relação ao total de recebíveis adquiridos (R\$ 315.114.953,65) é de 12,69% (cerca de um décimo dos recebíveis). Isso considerando todos os recebíveis adquiridos de 2018 a 2020. Caso se adicione as operações até o prazo final esse percentual é ainda menor.

Afirma que o objetivo das aquisições de recebíveis pela fiscalização não é servir de lastro para a emissão de debêntures. A real atividade da empresa é o fomento mercantil e a securitização é a forma simulada de obter benefícios fiscais.

5.4. DA PRÁTICA E INTERESSE DE SIMULAÇÃO Diz a autoridade fiscal:

O regime tributário das sociedades de fomento mercantil (factoring) encontra-se disciplinado no inciso IV do art. 14 da Lei 9.718/1998 que determina que essa atividade é obrigada à apuração do imposto de renda pelo lucro real.

Obrigadas à apuração do lucro real, as sociedades de fomento encontram-se enquadradas no regime não-cumulativo das contribuições do PIS e da COFINS, instituídas pelas Leis nº 10.637/02 e nº 10.833/2003, respectivamente.

A sistemática da não cumulatividade permite a apropriação de créditos dos insumos, porém, as alíquotas de incidência do PIS foram elevadas de 0,65% para 1,65% e da COFINS de 3,00% para 7,60%.

Algumas empresas, por não possuírem expressivos créditos de contribuições em função da atividade, sentiram-se tributadas de forma mais gravosa a partir da entrada em vigor do regime da não cumulatividade.

PROCESSO 15746.722381/2022-59 ACÓRDÃO 106-045.298 – 12ª TURMA/DRJ06 7 A simulação também incorreu em economia com relação ao IOF pois, em decorrência da constatação da real atividade da fiscalizada (factoring), torna-se sujeita à tributação pelo lucro real e, portanto, há incidência do referido imposto, sendo a empresa responsável pela cobrança e recolhimento, conforme determina o §1º, art. 58 da Lei nº 9.532/973.

As sociedades de fomento mercantil, entendendo que a atividade de securitização de crédito mercantil não estava abrangida no inciso VII do art. 14 da Lei nº 9.718/1998, incluído pela Lei nº 12.249/2010, passaram a denominar a atividade de fomento mercantil por elas desenvolvida de securitização, emitindo alguns poucos títulos no mercado privado para mascarar a real atividade. Pode-se constatar que a fiscalizada adotou essa prática ao compararmos o montante de aquisições de recebíveis e montante das emissões de debêntures, conforme detalhado no item 5.3, tendo sido uma das evidências mais contundentes constatadas do interesse de simular.

6. DA PREVISÃO LEGAL PARA O DESEMPENHO DA ATIVIDADE DE FACTORING Com base nas evidências expostas acima, concluiu-se que se a fiscalizada é uma factoring “disfarçada” de securitizadora. Assim, a fiscalizada fica obrigada à apuração do Lucro Real, conforme determina o inciso VI do art. 14 da Lei nº 9.718/1998.

(...)7. DO RESULTADO APURADO Da apuração indevida de suas obrigações tributárias pelo regime do lucro presumido, decorreram diferenças a recolher, após as deduções dos créditos declarados em DCTF, em relação ao IRPJ, à CSLL, às contribuições sociais do PIS e COFINS e ao IOF.

Tais diferenças ensejaram a constituição de ofício dos créditos tributários ora apurados e constantes nos autos de infração dos seguintes processos administrativos:

- IRPJ, CSLL, PIS e COFINS: 15746-722.380/2022-12; e - IOF: 15746-722.381/2022-59.

A autoridade fiscal informa que a conduta da fiscalizada configura evidente intuito de fraude decorrendo, por consequência, a sonegação fiscal, de acordo com os art.71,72 e 73 da Lei nº4502/64 e que presentes tais elementos impõem-se a aplicação da multa de ofício qualificada no percentual de 150%.

10. DA SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA A conduta ilícita da fiscalizada e do seu grupo de controle, aqui já amplamente caracterizada, autoriza a trazer para o pólo passivo da obrigação tributária aqueles que tenham idealizado, participado ou executado o esquema simulado.

(...)Estavam à frente da administração da fiscalizada, à época da ocorrência dos fatos, os sócios:

(Omitido)PROCESSO 15746.722381/2022-59 ACÓRDÃO 106-045.298 – 12ª TURMA/DRJ06 8 De acordo com o Art. 117 da Lei nº 6.404/19768, o acionista controlador responde pelos danos causados por atos praticados com abuso de poder. Ficou demonstrado, de acordo com o exposto no presente termo, que os administradores da empresa cometeram fraude, simulando ser empresa securitizadora quando a real atividade é o fomento mercantil. As infrações cometidas estão dispostas nos artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64 e o Art. 1º, II e Art. 2º, I, da Lei nº 8.137/909, uma vez que reduziram, de forma fraudulenta, a incidência do IRPJ, CSLL, PIS, COFINS e IOF.

(...)A fraude tributária engendrada pelos sócios serviu à dupla função de reduzir a carga tributária da fiscalizada e, por consequência, canalizar os recursos oriundos da “economia tributária” para os sócios administradores na forma de distribuição de lucros.

A autoridade fiscal informa que os fatos por ela trazidos foram objetos de Representação Fiscal para Fins Penais.

A contribuinte foi cientificada do lançamento através de seu DTE – Domicílio Tributário Eletrônico em 29/11/2022, os responsáveis solidários incluídos no processo foram cientificados por via postal em 12/11/2022 conforme Aviso de Recebimento – AR contidos nas folhas 1381/1384 do processo. A impugnação foi apresentada em conjunto, abaixo segue síntese.

Após breve arrazoado dos fatos os impugnantes explicam a atividade da autuada:

Inicialmente cabe delinear detalhadamente a atividade realizada pela Impugnante, a qual é sociedade anônima de capital fechado, que desenvolve única e exclusivamente a atividade de aquisição e securitização de recebíveis empresariais, originados de operações realizadas por pessoas jurídicas ou pessoas físicas a ela equiparadas por meio de transações de natureza mercantis, comerciais, industriais e/ou de prestação de serviço que sejam passíveis de securitização, bem como a emissão, aquisição e alienação de valores mobiliários próprios.

Explicam o que é securitização e como funciona, quais são as pessoas envolvidas no processo e que a emissão de debêntures somente é admitida às securitizadoras - realidade NÃO aplicável à factoring.

Informam:

De acordo com as disposições da Lei das Sociedades Anônimas, a 1ª (primeira)

emissão ocorreu mediante aprovação dos acionistas da Impugnante em Assembleia Geral Extraordinária, realizada em 01/09/2016, devidamente registrada na Junta Comercial de São Paulo em 05.12.2016, bem assim o Instrumento Particular de Escritura da 1ª (primeira) Emissão Privada de Debêntures Simples devidamente registrado na Junta Comercial de São Paulo em 14/12/2016 sob o nº ED 536.745/16-0 (docs. anexos).

Em 18/01/2018, os acionistas aprovaram em Assembleia Geral Extraordinária a 2ª (segunda) emissão de debêntures, registrada na JUCESP em 09/02/2018, e o Instrumento Particular de Escritura da 2ª (segunda) Emissão Privada de Debêntures PROCESSO 15746.722381/2022-59 ACÓRDÃO 106-045.298 – 12ª TURMA/DRJ06 9 Simples também foi devidamente registrado na Junta Comercial de São Paulo em 28/02/2018, sob o nº ED 002418-1/00 (docs. anexos).

Em 1º/04/2019, os acionistas aprovaram em Assembleia Geral Extraordinária a 3ª (terceira) emissão de debêntures, registrada na JUCESP em 22/04/2019. O Instrumento Particular de Escritura da 3ª (terceira) Emissão Privada de Debêntures Simples também foi devidamente registrado na Junta Comercial de São Paulo em 16/07/19, sob o nº ED002977-4/000 E por fim, em 1º/11/2019, os acionistas aprovaram em Assembleia Geral Extraordinária a 4ª (quarta) emissão de debêntures, registrada na JUCESP em 22/11/2019. O Instrumento Particular de Escritura da 4ª (quarta) Emissão Privada de Debêntures Simples também foi devidamente registrado na Junta Comercial de São Paulo em 26/12/2019, sob o nº ED 003233-5/000, a qual sofreu aditamento em 17/02/2020 – ED003233-5/001.

Desta forma, todos requisitos legais estabelecidos no art. 62, da Lei nº 6.404/1976, foram obedecidos, in verbis:

(omitido)Os impugnantes afirmam que:

As afirmações exaradas pela fiscalização acerca do não cumprimento de sucessivas intimações não é verdadeira, o que de fato ocorreu, é em várias ocasiões foram apresentadas as cautelas de debêntures do período fiscalizado, isto é, o agente fiscal solicitou documentos comprobatórios do aporte de debêntures dos investidores que adquiriram valores mobiliários durante os anos calendários de 2018 e 2019, sendo que todas as solicitações foram atendidas.

Repisa-se, o procedimento fiscalizatório envolvia os anos calendário de 2018 e 2019 e a fiscalização NÃO explicitou a necessidade de se apresentar as cautelas de debêntures relativas a período distinto/anterior aos anos calendários de 2018 e 2019.

(...)A empresa foi constituída em 2016 e a primeira emissão privada de debêntures ocorreu naquele mesmo ano, de modo que as cautelas não se iniciaram pelo nº 42, conforme apontado pela fiscalização.

Noutras palavras, foram apresentadas à fiscalização, a seu pedido, as cautelas iniciadas no número 42, pois pertinentes ao período fiscalizado. No entanto, isso

não significa que inexistam as cautelas de debêntures anteriores, conforme ora comprovado.

Alegam que por ser a autuada sociedade de capital fechado deixou ela de indicar um agente fiduciário nas escrituras de emissão de debêntures e também não possui obrigatoriedade de registro na CVM vista realizar a captação de seus recursos em ambiente privado.

Afirmam que a fiscalização reconhece que sendo a empresa uma securitizadora estaria ela desobrigada a apuração dos tributos pela sistemática do lucro real e que os autos foram pautados na percepção de que a impugnante é de fato uma factoring. Afirmam:

PROCESSO 15746.722381/2022-59 ACÓRDÃO 106-045.298 – 12ª TURMA/DRJ06 10 Vejam nobres julgadores, uma sociedade que faz captação em ambiente privado, não possui autorização legal para publicidade de seus valores mobiliários. A Impugnante, enquanto sociedade por ações de capital fechado, não poderia negociar publicamente as debêntures emitidas, o que é permitido apenas às empresas de capital aberto.

Sob essa perspectiva, é até intuitivo concluir as razões pelas quais grande parte dos debenturistas serem parentes ou conhecidos dos diretores da sociedade, uma vez que a atratividade de investidores decorre de uma relação de confiança e que demanda tempo para ser construída.

A vedação legal de publicidade e a possibilidade de negociação em ambiente restrito justificam, sem qualquer esforço de compreensão, que os administradores da companhia ofereçam seus valores mobiliários a pessoas de seu convívio e que detenham confiança pessoal nos envolvidos no negócio.

Alegam que não há elementos nos autos que embasem a tese de simulação trazida pela autoridade lançadora e que todos os atos jurídicos típicos da securitização foram devidamente juntados ao processo, não restando dúvida sobre a atividade desenvolvida pela autuada.

Defendem a lisura do processo, afirma que os debenturistas são investidores que recolherão vultuosos valores a título de imposto de renda, cada um em seu CPF, não havendo confusão patrimonial com os diretores/acionistas da Impugnante.

Explicam que a Sra. Karen Barcellos Souto é autônoma, exerce a atividade de dentista, foi beneficiária do Auxílio Emergencial, em virtude da pandemia de COVID-19, no ano de 2020 e devolveu o valor recebido e que o imóvel vendido por ela e que tal venda foi através de financiamento imobiliário da CAIXA, que repassou o dinheiro aos vendedores, a Sra. Karen e o Sr.

Thiago seu marido. Afirmam:

Também não prospera de que há divergência de valores, a Impugnante emitiu em nome da Sra. Karen 02 cautelas de debêntures, as quais perfazem o valor total de R\$ 60.000,00 e, segundo a debenturista Karen, ela recebeu como doação o valor

de R\$ 25.000,00 em debêntures, sendo também apresentado documento comprobatório da realização da doação (doc.anexo).

Considerando que, uma das características das debentures emitidas pela Impugnante é a possibilidade do endosso e de livre negociação, não há qualquer óbice na doação das debêntures realizada. Portanto, não resta qualquer dúvida em relação aos investimentos realizados pela Sra. Karen e pela fonte dos recursos utilizados para aquisição das cautelas de debêntures.

Continuam:

Já em relação a Sra. Elaine, as aquisições de debêntures foram realizadas no ano de 2019, conforme informado pela debenturista, a origem do seu recurso para realização de tal investimento é a venda de um imóvel, na época foi pactuado com o comprador que os depósitos seriam realizados na c/c da Impugnante.

PROCESSO 15746.722381/2022-59 ACÓRDÃO 106-045.298 – 12ª TURMA/DRJ06 11 Foi fornecido à Impugnante pela debenturista cópia do referido contrato (doc. anexo), o qual foi firmado em 13.04.2019, o qual prevê, na Cláusula 3ª, o pagamento à vista na data da assinatura do presente instrumento, em moeda corrente, ou seja, em data próxima dos depósitos identificados pela Impugnante em seus extratos bancários – 16/04/2019 e 17/04/2019.

Quanto aos valores de debêntures efetivamente integralizadas e o montante de recebíveis adquiridos pela autuada os impugnantes alegam que a autoridade lançadora demonstra falta de conhecimento da atividade de securitização, vez que os direitos creditórios são liquidados em curto prazo. Afirmam:

Há uma sucessão de operações diárias de compras e liquidações de títulos, sendo que a partir da liquidação de um título, o mesmo é baixado do sistema e deixa de servir de lastro às debêntures. Assim, simultaneamente, há a aquisição de outros títulos, que passam a ingressar no sistema e renovam o lastro das debêntures.

Jamais haverá exatidão ou compatibilidade entre os valores arrecadados pela empresa com a emissão de debêntures e o montante movimentado de títulos negociados. Isso porque os valores de face dos títulos adquiridos NÃO INTEGRAM o faturamento da securitizadora, cabendo a ela SOMENTE o montante do deságio que foi apurado entre a compra e a liquidação dos títulos.

Claramente, a fiscalização está confundindo o VALOR OPERADO, denominado VOP -que corresponde ao valor de face total dos títulos adquiridos -, com o valor da receita operacional apurada (deságio).

Os títulos negociados pela Impugnante têm vencimento de curto prazo – em média de 30 a 45 dias. Isso significa, na prática, que o montante utilizado para a compra dos títulos é reutilizado diversas vezes ao longo do ano. Esse é o denominado VOP.

Explicam que até a edição da Lei nº14.430 não havia um único dispositivo legal que definisse a atividade de securitização de ativos empresariais e que as pessoas

jurídicas que exerçam a atividade de securitização de créditos, passarão a ser obrigadas ao lucro real, independente das operações/títulos negociados, a partir do ano calendário que se inicia em 1º de janeiro de 2023.

Alegam:

A Securitizadora pode pactuar livremente com seu investidor, não há, novamente, qualquer proibição ou ressalvas acerca do vínculo pessoal entre acionistas/diretores/investidores. Logo, o esteio acerca da hipotética simulação sucumbe após a regulamentação supracitada.

De todo ângulo que se observa, não há simulação na prática da atividade de securitização desenvolvida pela Companhia: a qual realiza a aquisição de recebíveis comerciais os quais tem como destino a formação de lastro para emissão de valores mobiliários, especificamente mediante a emissão de debêntures, as quais são lastreadas diariamente, tendo em vista que tais títulos são de curto prazo de vencimento; a captação dos recursos se dá por meio da subscrição e integralização das debêntures, as quais são comercializadas em ambiente privado, ou seja, não são oferecidas em balcão, mercado público, uma vez que pertencem a uma companhia de PROCESSO 15746.722381/2022-59 ACÓRDÃO 106-045.298 – 12ª TURMA/DRJ06 12 capital fechado. Explicam que por interesses pessoais e com base em dados e tendências do mercado de título mobiliário, os sócios da Impugnante decidiram se retirar do quadro societário da empresa CUMBICA FACTORING FOMENTO COMERCIAL LTDA, e, além de manter ativa a FOUR FACTORING FOMENTO COMERCIAL LTDA, constituíram em 2018 a empresa FOUR SECURITIZADORA S/A.

Citam a legislação do Regime Tributário do Lucro Presumido, RIR/2018 e a lei 9718/98 e logo após alegam:

As Securitizadoras de créditos imobiliários, financeiros e do agronegócio, estão obrigadas à apuração do lucro real, nos termos do inciso VII, do artigo 14, da Lei nº 9.718/1998, acima transcrito, até o ano de 2021.

Entretanto, AS SECURITIZADORAS QUE NÃO ATUEM SOBRE OS CRÉDITOS DE AGRONEGÓCIO, FINANCEIROS E IMOBILIÁRIOS NÃO SÃO OBRIGADOS POR FORÇA DE LEI A OPTAR PELO REGIME TRIBUTÁRIO DENOMINADO LUCRO REAL.

Fazem breve análise do art.14 da Lei nº9.718/98 e logo após afirmam:

Portanto, não cabe aqui pinçar uma parte do texto e querer enquadrar as Securitizadoras no referido dispositivo legal, pois estamos diante APENAS da definição de factoring.

Conforme já demonstrado, a Impugnante realiza única e exclusivamente a atividade de aquisição e securitização de recebíveis empresariais, originados de operações realizadas por pessoas jurídicas ou pessoas físicas a ela equiparadas por meio de transações de natureza mercantis, comerciais, industriais e/ou de

prestação de serviço que sejam passíveis de securitização, bem como a emissão, aquisição e alienação de valores mobiliários próprios.

(...) Ressalta-se a Impugnante está legalmente habilitada à opção pelo regime tributário com base no lucro presumido, uma vez que não realiza qualquer atividade descrita nos suportes normativos que obrigam à opção pelo lucro real ou auferir receita superior a estabelecida também em lei.

O ente fiscal desqualificou a atividade da Impugnante na tentativa de determinar a obrigatoriedade ao regime de lucro real, e por conseguinte a imposição do IOF – imposto sobre operações de crédito, câmbio e seguro ou relativas a títulos ou valores mobiliários, todavia, não há previsão legal às securitizadoras que determine o recolhimento do IOF. Portanto, inquestionável que a determinação pela obrigatoriedade do recolhimento do IOF poderia ser encampada somente por lei, assim impõe o Código Tributário Nacional:

(omitido) Desta forma, a lei tributária não pode alterar conceitos e institutos já estabelecidos no Direito Privado, assim a fiscalização não possui o condão de alterar o conceito das atividades realizadas pela Impugnante com o único intuito de autuar.

(...) PROCESSO 15746.722381/2022-59 ACÓRDÃO 106-045.298 – 12ª TURMA/DRJ06 13 Portanto, o Contribuinte SOMENTE PODE SER CONSIDERADA SUJEITO PASSIVO DO RECOLHIMENTO DO IOF SE ASSIM FOR OBRIGADA POR LEI, ou seja, somente a lei pode obrigar ao recolhimento de determinado tributo, sendo que a Impugnante não é contribuinte do IOF.

Outra alegação dos impugnantes é de que a fiscalização estaria obrigada a realizar o arbitramento do lucro da auçada conforme determina expressamente o inciso IV, do art. 47, da lei Nº 8.981/1995, já que afirma expressamente que foi indevida a opção pelo Lucro Presumido. Dizem:

Não há espaço para discricionariedade, pois se cuida de ato administrativo estritamente vinculado à lei, assim a fiscalização tem por obrigatoriedade a utilização do lucro arbitrado para os casos em que entender em que haja a opção indevida pelo lucro presumido.

Ato contínuo defendem a inexistência de Simulação e da aplicação da multa qualificada.

Pois bem, não pode a fiscalização criar regras para tentar caracterizar uma suposta atividade estranha à securitização e à Lei das Sociedades Anônimas, que regulamenta a emissão privada ou pública de debêntures, não exige que os investidores sejam apenas terceiros estranhos aos acionistas/diretores.

(...) Verifica-se, portanto, a presunção pela autoridade fazendária da ocorrência de dolo, todavia, não há razões para que seja presumido dolo apto a ensejar qualificação da multa, principalmente quando não há prática de ocultação dos negócios realizados.

(...)A autuação é silente, não há aprofundamento na análise do dolo específico, necessário para qualificar a multa de ofício.

(...)A aplicação da multa qualificada somente é cabível quando o sujeito passivo tenha agido com o evidente intuito de fraude/dolo, conduta que deve ser incontestavelmente justificada e comprovada pela autoridade responsável pelo lançamento: deve-se comprovar que a ação ou omissão do contribuinte foi dolosa, requisito indispensável para qualificação.

Defendem a nulidade da aplicação da multa por inexistência de motivação:

Assim, malferidos os transcritos textos legais, os quais, combinado com o art. 59, II, do Decreto 70.235/72, NULIFICAM a arbitrária multa agravada, pois a ausência de motivação implica em diáfano cerceamento de defesa, em virtude do contribuinte desconhecer as razões que justificaram o agravamento.

(...)A carência técnica, demonstrada pelo ente autuante, na análise dos citados esclarecimentos prestados pelo Contribuinte, não é suficiente para autorizar a incidência do indigitado art. 44, inciso I, § 1º, da Lei 9.430/96.

PROCESSO 15746.722381/2022-59 ACÓRDÃO 106-045.298 – 12ª TURMA/DRJ06 14(...)Ora, não há qualquer elemento probatório nos autos de simulação, dolo ou fraude, não há qualquer documento nestes termos. A Simulação foi resumida em dois fatos.

O contribuinte não simulou, não fraudou, não reteve documentos e não praticou atos tendentes a ocultar qualquer informação do Fisco, todas as intimações e documentos solicitados foram atendidos.

(...)As conjecturas fiscais insertas no auto guerreado não se mostram hábeis à subsunção do art. 44, I, da Lei 9.430/96, máxime em razão da escrituração contábil, declarações fiscais, contratos e pagamentos dos tributos realizados pelo contribuinte, mormente A AUSÊNCIA DE PROVA DO DOLO, DA VONTADE, DA INTENÇÃO DE PRATICAR ILÍCITO, incidindo, dessarte, os ditames do art. 112, CTN, rechaçando qualquer ideia de simulação e, conseqüentemente, da multa qualificada Acerca da responsabilização solidária os impugnantes afirmam que a inclusão no polo passivo tão somente amparada em alegações genéricas sobre a conduta dos acionistas não tem o condão de atrair a responsabilidade solidária, nos termos do art. 135, III, do CTN. Dizem:

Por fim, o agente fiscal afirma que os altos índices de lucratividade da Impugnante autorizam a aplicação do Art. 124, inciso I, do CTN, ao passo que os sujeitos passivos possuem interesse econômico no resultado da fraude, bem assim os ilícitos descritos, para a fiscalização, constituem crime contra a ordem tributária Novamente, não há individualização e descrição da conduta delituosa; não indícios de prova; apenas a afirmação de que o alto índice de lucratividade, QUE FOI OFERECIDA À TRIBUTAÇÃO DURANTE CADA ANO CALENDÁRIO, autoriza a aplicação do Art. 124, inciso I, do Código Tributário Nacional, o qual determina:

(omitido) Colaciona julgados do STJ e do CARF e continuam:

Não pode a autoridade fiscal incluir terceiro no polo passivo de uma obrigação tributária pelo simples fato do seu nome constar no quadro de diretores da empresa, ou pela função que exerce. Repisa-se, é condição obrigatória que seja identificado expressamente qual ato infracional gerou o enquadramento, demonstrar que tal ato se enquadra no art. 135, inciso III e, ainda, a demonstração do interesse comum da natureza jurídica na situação que caracteriza o fato gerador.

Embora o período fiscalizado seja os anos calendários de 2018 e 2019, a fiscalização trouxe informações de períodos que não foram objetos da autuação, ou seja, não teve acesso e não solicitou documentação do período de 2020 e 2021.

A leitura dos registros contábeis realizados pelo agente fiscal está equivocada: no ano de 2018 foi realizada distribuição de lucros no valor de R\$ 967.555,56 e não o valor de R\$ 2.963.164,23 e no ano de 2019 foi distribuído o valor de R\$ 343.527,96 e não o valor de R\$ 6.429.957,23, conforme Declaração do Imposto sobre a Renda Retido na Fonte da companhia (doc. anexo).

PROCESSO 15746.722381/2022-59 ACÓRDÃO 106-045.298 – 12ª TURMA/DRJ06 15 Está claro que há gigantesca distinção entre as cifras indicadas pela fiscalização e às que de fato foram auferidas, o que, repisa-se, decorre da ausência de conhecimento, por parte da fiscalização, acerca do funcionamento da atividade de securitização desempenhada pela Impugnante.

Ao final pedem:

Em face das razões invocadas, requer-se o acolhimento, in totum, desta Impugnação, para, julgando, por derradeiro, totalmente IMPROCEDENTE o auto de infração em voga, rechaçando a arbitrária tributação do IRPJ e da CSLL pelo lucro real, conseqüentemente do PIS e da COFINS pelo regime não cumulativo e IOF, sem embargo da multa ilegalmente qualificada, assim como afastar a responsabilidade tributária dos sujeitos passivos solidários, como medida de melhor Justiça Tributária!

Alternativamente, considerando que o lançamento se ampara na “impossibilidade” de o Contribuinte optar pelo regime do lucro presumido, seja determinado seu arbitramento, conforme impõe o art. 47, inciso IV, da Lei n.º 8.981/95 c/c art. 27, da Lei n.º 9.430/96, sem prejuízo dos demais pedidos acima exp. É o relatório.

A Impugnação foi julgada improcedente, tendo sido proferido o Acórdão, assim ementado:

Assunto: Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguros ou relativas a Títulos ou Valores Mobiliários - IOF Ano-calendário: 2018, 2019 ATIVIDADE DE SECURITIZAÇÃO. DEBENTURES. DESQUALIFICAÇÃO DA ATIVIDADE. LUCRO REAL.

LUCRO ARBITRADO NÃO CABIMENTO. IOF. FATO GERADOR A emissão de títulos mobiliários que diluam o risco do lastro formado pelos recebíveis e a captação de investidores que possam adquirir esses títulos é o foco negocial de uma securitizadora. Empresas que tenham por objeto a securitização devem emitir debêntures com o objetivo de amealhar os recursos necessários ao pagamento dos originadores dos títulos de crédito que receberam por cessão.

São obrigadas à apuração do IRPJ pelo regime de tributação do lucro real às pessoas jurídicas que explorem a atividade de cessão de direitos creditórios que sejam resultantes de vendas mercantis a prazo ou de prestação de serviços.

A sistemática de arbitramento do lucro pela autoridade lançadora é medida de exceção e deverá ser adotada sempre que presentes as situações previstas no art.47 da lei 8981/95.

O fato gerador do IOF é a aquisição, cessão, resgate, repactuação ou pagamento para liquidação de títulos e valores mobiliários MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA.

Perpetrada uma simulação tendente a inibir a tributação correta do IRPJ e seus reflexos é correta a aplicação da multa de ofício qualificada em 150%.

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. DESCONSIDERAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA.

FRAUDE. ART.135.CTN. ATOS COM EXCESSO DE PODER OU INFRAÇÃO A LEI.

O artigo 135 do CTN não aborda situações de simples ação ou omissão do terceiro, mas, sim, atos praticados com excesso de poder ou infração à lei, contrato social ou estatuto dos quais resultem obrigações tributárias.

O simples inadimplemento da obrigação tributária pela pessoa jurídica Não enseja, por si só, a responsabilização dos seus diretores, gerentes ou representantes.

Impugnação Improcedente Crédito Tributário Mantido

A referida decisão foi objeto de Recurso Voluntário, no qual a Recorrente alega, em síntese:

II.1.2 – Impossibilidade da Apuração Fiscal ao Regime do Lucro Real. Estrita Legalidade. Inciso IV, ART. 47, Lei nº 8.981/1995. Inciso IV, Art. 603, RIR. Decisão CARF.

II.2 – PARECER NORMATIVO COSIT N.º 05/2014.

MUDANÇA DE INTERPRETAÇÃO. LEI Nº 9.718/1998.

PRINCÍPIO DA NÃO SURPRESA. RETROATIVIDADE.

LEGALIDADE. ALTERAÇÃO DO CRITÉRIO JURÍDICO NA COBRANÇA DO TRIBUTO. ART. 146, CTN. LEI 14.430/2022

II.3 – ATIVIDADE DE SECURITIZAÇÃO. VALORES MOBILIÁRIOS.

EMIÇÃO DE DEBÊNTURES. LEI 6.404/1976.

CIRCULARIZAÇÃO AQUISIÇÃO DE RECEBÍVEIS.

II.3.1 Do erro conceitual da fiscalização

II.3.2 Da diferença entre o faturamento da empresa e valores depositados em sua conta - spread

II.4 – REGIME TRIBUTÁRIO DO LUCRO PRESUMIDO.

POSSIBILIDADE. ART. 246, RIR. ART. 14, LEI Nº 9.718/98.

ART. 25 E 29, LEI Nº 9.430/1996. ART. 15 E 20, LEI Nº.

9.249/1995. INCISO II, ART. 7º, DECRETO Nº 6.306/07. ART.

58, LEI Nº 9.532/1997. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL.

IOF. ART. 97, CTN.

II.5 – INEXISTENCIA DE SIMULAÇÃO. MULTA QUALIFICADA ILEGALMENTE. ART. 44, LEI Nº 9.430/1996.

II.6 – SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA. ART. 124, I E ART.

135, III, AMBOS DO CTN. FRAUDE, SONEGAÇÃO, CONLUIO, ARTS. 71, 72, 73, AMBOS DA LEI 4.502/64.

CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ARTS. 1º, I, e 2º, I, AMBOS DA LEI Nº 8.137/90. ART. 117, LEI 6.404/76.

INEXISTÊNCIA. AUSÊNCIA DE PROVA DE ATIVIDADE DELITUOSA.

III - DO PEDIDO Em face das Razões invocadas, requer, o Contribuinte:

III.1) Preliminarmente, seja declarada a absoluta TEMPESTIVIDADE do Recurso Voluntário; requer-se o PROVIMENTO deste Recurso, acolhendo-o in totum, com o fito de reformar os Acórdãos n.º 106.045.297 e 106.045.298 - 12ª Turma DRJ 06, EXTINGUINDO, em qualquer hipótese, o crédito tributário indevidamente lançado, nos moldes do art. 156, IX, CTN, sendo essa medida da mais salutar J U S T I Ç A T R I B U T Á R I A!

III.2) Alternativamente, em homenagem ao Princípio da Eventualidade, requer-se a reforma dos Acórdãos n.º 106.045.297 e 106.045.298 para que o indébito tributário seja apurado pelo Lucro Arbitrado, com fulcro no Art. 47, inciso I, da Lei nº 8.981/1995, e, ainda, do inciso IV, art. 603, RIR.

III.3) Novamente com apoio no Princípio da Eventualidade, seja afastada a multa de ofício qualificada, cominada em 150% sobre o principal, assim como a responsabilidade solidária tributária.

É o relatório.

VOTO

Conselheira Onízia de Miranda Aguiar Pignataro, Relatora.

ADMISSIBILIDADE

O recurso voluntário é tempestivo e preenche os demais requisitos de admissibilidade. Assim, dele conheço e passo à análise da matéria.

PRELIMINARES

IMPOSSIBILIDADE DA APURAÇÃO FISCAL AO REGIME DO LUCRO REAL. ESTRITA LEGALIDADE. INCISO IV, ART. 47, LEI Nº 8.981/1995. INCISO IV, ART. 603, RIR. DECISÃO CARF

A recorrente defende que fiscalização não possui a faculdade de apurar com base no lucro real as diferenças supostamente apontadas, uma vez que deixou claro seu entendimento a respeito da imperícia do Recorrente ao optar pelo lucro presumido.

A Lei nº 8.981/1995, no art. 47, na hipótese de suposta opção indevida de lucro presumido consagra o arbitramento do lucro como uma obrigação fiscal, considerando assim, que a Administração não possui o direito de escolha e realizar apuração pelo lucro real, mas possui o dever legal arbitrar o lucro na situação aventada. Por sua vez, o ente fiscal, por intermédio da Instrução Normativa SRF nº 166, de 30 de dezembro de 1999, regulamentou acerca da retificação da Declaração de Informações Econômico-Fiscais da Pessoa Jurídica - DIPJ, da Declaração de Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas – DIRP, e especificamente tratou sobre a impossibilidade de mudança de regime de tributação durante o exercício financeiro, exceto para fins de adoção do lucro arbitrado, nos casos determinados pela legislação. Ao acessarmos o SPED Fiscal, módulo ECF; e ao tentarmos criar uma escrituração, a única modalidade de alteração de regime de tributação que o sistema permite é entregar a ECF como original – com mudança de tributação (Art. 5º, da IN nº 166/1999). Não é possível transmitir e entregar a ECF como retificadora ou original, com mudança de opção do lucro presumido para o lucro real, justamente porque o Sped Fiscal foi desenvolvido para atender a legislação vigente.

(...) Nesta toada, é notório, que o processo administrativo tributário é norteado pelo princípio da legalidade objetiva, corolário do art. 5º, II, 37 e 150, I, todos da Constituição da República, de rígidos contornos e, caso não observados, ensejam sua absoluta nulidade.

Nesse sentido, a recorrente reitera que não há espaço para discricionariedade, pois se cuida de ato administrativo estritamente vinculado à lei, assim a fiscalização tem por obrigatoriedade a utilização do lucro arbitrado para os casos em que entender em que haja a opção indevida pelo lucro presumido.

Conclusivamente, a apuração pelo lucro real não merece vingar, na exata medida em que lhe falece esteio legal, visto que será PROVADO que a Recorrente não exerce atividade de factoring, a administração não possui discricionariedade, uma vez que a legislação estabelece o arbitramento do lucro nas hipóteses em

entender pela opção indevida do lucro presumido, forte no inciso IV, do art. 47, da Lei nº 8.981/1995.

No entanto, a controvérsia constante nos autos refere-se à natureza da atividade exercida pela empresa autuada. **A fiscalização entende que a sociedade não exerce atividade de securitização, mas sim de fomento mercantil (factoring).** Nesse contexto, a autoridade fiscal concluiu que houve simulação de atos empresariais com o objetivo de enquadrar-se na sistemática de tributação pelo Lucro Presumido, em detrimento do regime obrigatório de Lucro Real, aplicável às empresas que atuam na atividade de factoring.

Dessa forma, o que se discute no processo é se a atividade da autuada foi simulada ou não. Depreende-se dos autos que a autuada formou todo um arcabouço documental com o intuito de fazer crer ser ela uma securitizadora e não uma empresa de fomento mercantil como trazido pela autoridade fiscal e que naquele momento, dos fatos geradores aqui trazidos, caso ela se enquadrasse realmente como Securitizadora sua tributação seria favorecida em relação as empresas de factoring.

Ademais, verifica-se que a autoridade fiscal não desqualificou as atividades da autuada com o intuito de obriga-la a se encaixar na sistemática do lucro real, como querem fazer crer os recorrentes, o que a fiscalização demonstrou é ao contrário, que a autuada “desenvolveu uma atividade, de factoring, e tentava disfarçar tal atividade em securitização, dando-lhe uma roupagem diferente do que realmente era”.

Portanto, a preliminar suscitada pelos recorrentes não merece prosperar. Isso porque a demonstração da real natureza da atividade exercida pela empresa evidencia que a tributação correta constitui uma ação vinculada e obrigatória da autoridade fiscal. Considerando que a atividade da empresa não se enquadra como securitizadora, o IOF constitui tributo decorrente de suas operações, abrangendo tanto as realizadas na modalidade de factoring quanto aquelas envolvendo títulos ou valores mobiliários, nos termos do art. 2º do Decreto nº 6.306/2007. Diante do exposto, rejeito a preliminar.

PARECER NORMATIVO COSIT N.º 05/2014. MUDANÇA DE INTERPRETAÇÃO. LEI Nº 9.718/1998. PRINCÍPIO DA NÃO SURPRESA. RETROATIVIDADE. LEGALIDADE. ALTERAÇÃO DO CRITÉRIO JURÍDICO NA COBRANÇA DO TRIBUTO. ART. 146, CTN. LEI 14.430/2022

Os recorrentes destacam, que em 2022, por meio da Lei 14.430, as pessoas jurídicas que exerçam a atividade de securitização de créditos, passaram a ser obrigadas ao lucro real, independente das operações/títulos negociados, a partir do ano calendário que se iniciou em 1º de janeiro de 2023, por força do princípio constitucional da anterioridade/legalidade tributária.

Nesse sentido, os recorrentes defendem que não há qualquer fundamentação legal para manutenção do entendimento de que o Parecer Normativa nº 05/2014 possui caráter meramente interpretativo, uma vez que, conforme contribuinte, ora recorrente, rechaça desde o início da fiscalização: A obrigatoriedade à opção ao lucro real decorre de lei!

Somente a partir de 1º de janeiro de 2023 as securitizadoras, de forma ampla e irrestrita, passaram a ser obrigadas a optar pelo lucro real, uma vez que a Lei nº 14.430/2022, alterou o Art. 14, inciso III, da Lei nº 9.718/98. Repisa-se, a apuração do lucro real passa a se aplicar a todas as pessoas jurídicas que explorem as atividades de securitização de crédito, TÃO SOMENTE, a partir de 01.01.2023! A equiparação realizada amplia o critério pessoal definido pelo Art. 14, VI da Lei n. 9718/98 e utiliza de analogia para imputar as securitizadoras de crédito comerciais a sujeição ao Lucro Real. (...)

Neste ponto nota-se que se fosse vontade do legislador proibir a opção de recolhimento pelo Lucro Presumido a todas as securitizadoras, não teria tratado apenas de três tipos específicos no VII do art. 14 da Lei 9.718/98, na redação dada pela Lei nº 12.249/2010. A solução encontrada pelo Parecer Normativo 05/2014 pode-se apontar ilegalidade (Art. 97, III, CTN) em razão da interpretação ampliativa do critério pessoal definido no art. 14, VI da Lei nº 9.718/98, assim como a insegurança jurídica ocasionada pelo uso indevido da analogia para ampliação do critério legal da regra de sujeição ao Lucro Real. Até 1º de janeiro de 2023, A ausência de dispositivo legal referente ao regime de apuração cabível as Securitizadoras de Créditos Comerciais, impõe inexorável conclusão de que estas podem optar por aquela que se verificar mais benéfica. (...)

Deste modo, de todo ângulo que se observa, o Parecer Normativo nº 05/2014, na verdade, MODIFICA A INTERPRETAÇÃO DA LEI Nº 9.718/1998 e suas posteriores alterações, no sentido de que a atividade de securitização de créditos mobiliários estaria equiparada (desde sempre) à atividade de factoring, sendo esta sujeita obrigatoriamente ao lucro real. O malsinado Parecer retroage em total violação ao princípio da não surpresa, pois impõe uma obrigação interpretativa ao contribuinte desde a edição da Lei nº 9.718/98, o que é vedado em nosso ordenamento jurídico, até por uma questão de segurança jurídica.

No presente caso, a autoridade fiscal explicou que do total dos valores emitidos em debêntures (R\$ 2.400.000,00), pelo menos R\$ 1.350.000,00 foram subscritas por pessoas vinculadas à fiscalizada ou seus sócios e/ou que apresentaram fontes de rendimentos, aparentemente, insuficientes para a realização de investimentos nas debêntures emitidas pela fiscalizada. Portanto, tal fato demonstra que, desde o início, o entendimento exarado pela RFB estava correto, consoante análise do Parecer Normativo Cosit nº05 de 10/04/2014:

3. O art. 14 da Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998, estabeleceu a obrigatoriedade do regime do lucro real para determinadas atividades econômicas, nos seguintes termos:

Art. 14. Estão obrigadas à apuração do lucro real as pessoas jurídicas:

[...] VI - que explorem as atividades de 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).

VII - que explorem as atividades de securitização de créditos imobiliários, financeiros e do agronegócio. (Incluído pela Lei nº 12.249, de 2010)

4. A Lei nº 12.249, de 11 de junho de 2010, ao incluir, no dispositivo supracitado, o inciso VII especificando segmentos de negócio, deu margem ao entendimento de que a norma não alcançaria a securitização de créditos comerciais por falta de menção expressa.

5. Partindo dessa interpretação, algumas entidades de fomento mercantil (factorings)

iniciaram um processo de reestruturação de suas atividades para operar nos moldes das companhias securitizadoras constituídas na forma da Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997, que regulamentou a securitização de ativos imobiliários, optando em seguida pelo regime de tributação do lucro presumido, passando a aplicar as alíquotas da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins previstas no regime de apuração cumulativa. (...)

10. Embora o crédito e o risco sejam componentes indissociáveis do título, sob ponto de vista da titularidade de direitos são elementos distintos, uma vez que o cessionário de um título pode ou não arcar com o risco a ele inerente. As diversas combinações de transferências do crédito e do respectivo risco compõem os elementos caracterizadores das operações típicas desse mercado. Tem-se portanto, como características essenciais do título de crédito, a literalidade e autonomia, e como elementos constitutivos de valor econômico, o crédito em si e o respectivo risco, que formam a base das operações. (...)

18. Dessa forma, o investidor recebe o retorno do investimento por meio de pagamentos a título de amortizações e encargos na medida em que os títulos de lastro são liquidados e/ou remunerados, compondo assim fluxos financeiros combinados, administrados pela securitizadora. Os títulos inadimplidos e considerados incobráveis são abatidos do lastro, reduzindo assim os fluxos financeiros, o que, observados os termos pactuados, resulta, a princípio, em perda tanto para o investidor quanto para a securitizadora, por diferentes motivos, melhor compreendidos mais adiante. Não obstante, a securitização oferece diversas oportunidades econômicas para o investidor, pelas possibilidades de ganhos com o risco adquirido e não materializado, e para os cedentes, pela antecipação de recebíveis e redução da pressão do risco de crédito sobre seus ativos.

19. Tem-se portanto que, em se tratando de direitos creditórios comerciais, tanto a securitização quanto a faturização operam a compra de direitos creditórios originados em vendas a prazo de bens e serviços, configurando modalidades distintas de fomento mercantil, que só se distinguem pela destinação dos títulos adquiridos, ou seja, a securitização se caracteriza pela formação de lastro para os

títulos mobiliários emitidos, e a faturização se ocupa da formação de carteira própria. Contudo, em ambos os casos a aquisição de recebíveis comerciais é regida pelas mesmas regras, dispostas nos arts. 287 e 295 do Código Civil (CC).

20. Dessa forma, não há qualquer justificativa para conferir tratamentos tributários distintos a empresas que exerçam atividade de securitização de créditos comerciais ainda que não haja regulamentação específica estabelecida em lei comercial.

21. Por essa razão, e por se tratar de empresas dedicadas à compra de direitos creditórios originários de vendas a prazo de bens e serviços, tal como disposto no art. 14, inciso VI, da Lei nº 9.718, de 1998, as securitizadoras de direitos creditórios comerciais sujeitam-se a tributação obrigatória pelo regime do lucro real, assim como as faturizadoras, cabendo-lhes portanto, o mesmo tratamento tributário. (...)

Conclusão Diante do exposto, conclui-se que:

a) as pessoas jurídicas que exploram a atividade de securitização de ativos empresariais estão obrigadas ao regime de tributação do lucro real, por força do disposto no art. 14, VI, da Lei nº 9.718, de 1998, e das demais, por disposição expressa do inciso VII; b) a receita bruta das pessoas jurídicas que exploram a atividade de securitização de ativos empresariais, para fins de apuração da base de cálculo da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins, é o deságio, assim entendido a diferença entre o valor de face dos títulos de crédito adquiridos e o custo de aquisição.

A Lei 9718/98 em seu art.14 incisos VI e VII, prevê:

Art. 14. Estão obrigadas à apuração do lucro real as pessoas jurídicas: (...)

VI - que explorem as atividades de 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).

VII - que explorem as atividades de securitização de créditos imobiliários, financeiros e do agronegócio.(Incluído pela Lei nº 12.249, de 2010).

A Instrução Normativa RFB nº 1515/2014 prevê:

Art. 22. Estão obrigadas ao regime de tributação com base no lucro real as pessoas jurídicas: (...)

VI - que explorem as atividades de 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);

VII - que explorem as atividades de securitização de créditos imobiliários, financeiros e do agronegócio. (...)

§ 4º Estão obrigadas ao regime de tributação do lucro real as pessoas jurídicas que explorem a atividade de compras de direitos creditórios, ainda que se destinem à formação de lastro de valores mobiliários (securitização).

Dessa forma, ao contrário do alegado pelos recorrentes, depreende-se dos dispositivos supracitados que as pessoas jurídicas que exerçam a atividade de aquisição de direitos creditórios, ainda que com a finalidade de constituir lastro para valores mobiliários (securitização), estão obrigadas a observar o regime de tributação pelo lucro real. Ressalte-se que tais argumentos se confundem com o mérito da questão. Pelo exposto, afasto a referida preliminar.

“II.3 – ATIVIDADE DE SECURITIZAÇÃO. VALORES MOBILIÁRIOS. EMISSÃO DE DEBÊNTURES. LEI 6.404/1976. CIRCULARIZAÇÃO AQUISIÇÃO DE RECEBÍVEIS.

II.3.1 Do erro conceitual da fiscalização II.3.2 Da diferença entre o faturamento da empresa e valores depositados em sua conta - spread

II.4 – REGIME TRIBUTÁRIO DO LUCRO PRESUMIDO. POSSIBILIDADE. ART. 246, RIR. ART. 14, LEI Nº 9.718/98. ART. 25 E 29, LEI Nº 9.430/1996. ART. 15 E 20, LEI Nº. 9.249/1995. INCISO II, ART. 7º, DECRETO Nº 6.306/07. ART. 58, LEI Nº 9.532/1997. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. IOF. ART. 97, CTN.

II.5 – INEXISTENCIA DE SIMULAÇÃO. MULTA QUALIFICADA ILEGALMENTE. ART. 44, LEI Nº 9.430/1996.

II.6 – SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA. ART. 124, I E ART. 135, III, AMBOS DO CTN. FRAUDE, SONEGAÇÃO, CONLUIO, ARTS. 71, 72, 73, AMBOS DA LEI 4.502/64. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ARTS. 1º, I, e 2º, I, AMBOS DA LEI Nº 8.137/90. ART. 117, LEI 6.404/76. INEXISTÊNCIA. AUSÊNCIA DE PROVA DE ATIVIDADE DELITUOSA”.

No que se refere aos tópicos supracitados, verifica-se que os recorrentes limitaram-se a reproduzir, em sede recursal, as mesmas alegações já apresentadas na Impugnação.

Desse modo, à luz dos fundamentos consignados na decisão recorrida e do conjunto probatório constante dos autos, incumbia aos recorrentes enfrentar especificamente as divergências apontadas pela DRJ e apresentar elementos capazes de afastar o entendimento ali consignado.

Portanto, considerando que os Recorrentes não trouxeram nenhum argumento e/ou justificativa capaz de demonstrar equívoco no Acórdão recorrido e, por concordar com os fundamentos utilizados, decido mantê-lo por seus próprios fundamentos, valendo-me do artigo 50, §1º, da Lei nº 9.784/996 c/c o artigo 114, §12, I, do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (“RICARF”), o qual adoto como razão de decidir, in verbis:

Partindo destas definições, podemos afirmar que a atividade de factoring tem como objetivo precípuo criar liquidez, uma vez que as empresas necessitam de capital de giro para desempenhar suas atividades e podem encontrar dificuldades de consegui-lo junto a instituições bancárias, com isto recorrem a empresas de factoring para obter liquidez financeira.

Por outro lado, a atividade de securitização de recebíveis surgiu como forma de captação de recursos para empresas e de diversificação dos investimentos para o investidor. A securitizadora é o elo entre aquele que precisa do financiamento com riscos mínimos e baixo endividamento e aquele disposto a financiar, tendo os recebíveis como garantia. Trata-se de uma modalidade de estruturação financeira de agrupamento de diversos ativos financeiros e não financeiros, transformando-os em títulos financeiros negociáveis, passíveis de serem vendidos a investidores no mercado de capitais, como forma de diluir o risco.

Assim, a diferença entre as duas atividades (factoring e securitização) é a possibilidade de conversão dos recebíveis em títulos mobiliários passíveis de negociação no mercado, as debêntures.

Com isto, se a atividade de securitização corresponde à emissão e negociação de títulos mobiliários, o objetivo da empresa neste ramo de atividade é a busca por investidores que adquiram tais títulos.

Os impugnantes informam ter havido quatro emissão de debêntures no período:

De acordo com as disposições da Lei das Sociedades Anônimas, a 1ª (primeira)

emissão ocorreu mediante aprovação dos acionistas da Impugnante em Assembleia Geral Extraordinária, realizada em 01/09/2016, devidamente registrada na Junta Comercial de São Paulo em 05.12.2016, bem assim o Instrumento Particular de Escritura da 1ª (primeira) Emissão Privada de Debêntures Simples devidamente registrado na Junta Comercial de São Paulo em 14/12/2016 sob o nº ED 536.745/16-0 (docs. anexos).

Em 18/01/2018, os acionistas aprovaram em Assembleia Geral Extraordinária a 2ª (segunda) emissão de debêntures, registrada na JUCESP em 09/02/2018, e o Instrumento Particular de Escritura da 2ª (segunda) Emissão Privada de Debêntures Simples também foi devidamente registrado na Junta Comercial de São Paulo em 28/02/2018, sob o nº ED 002418-1/00 (docs. anexos).

Em 1º/04/2019, os acionistas aprovaram em Assembleia Geral Extraordinária a 3ª (terceira) emissão de debêntures, registrada na JUCESP em 22/04/2019. O Instrumento Particular de Escritura da 3ª (terceira) Emissão Privada de Debêntures Simples também foi devidamente registrado na Junta Comercial de São Paulo em 16/07/19, sob o nº ED002977-4/000 E por fim, em 1º/11/2019, os acionistas aprovaram em Assembleia Geral Extraordinária a 4ª (quarta) emissão de debêntures, registrada na JUCESP em 22/11/2019. O Instrumento Particular de Escritura da 4ª (quarta) Emissão Privada de Debêntures Simples também foi

devidamente registrado na Junta Comercial de São Paulo em 26/12/2019, sob o nº ED 003233-5/000, a qual sofreu aditamento em 17/02/2020 – ED003233-5/00.

O fato acima não é controverso no processo, no entanto, a autoridade fiscal demonstra que, intimada e reitimada, a autuada não apresentou a totalidade das cautelas das debêntures emitidas cujos reflexos atingiram o ano calendário fiscalizado, ainda que não emitidas nos anos de 2018/2019.

A empresa apresentou resposta em 04/08/2022. Em relação às cautelas das debêntures, foram apresentados os mesmos documentos entregues anteriormente quando da resposta ao TIF nº 2. Ou seja, várias debêntures continuaram sem apresentação à fiscalização, mesmo após reiteradas intimações. Quanto ao item 2 do referido Termo (comprovantes bancários dos lançamentos na conta Cotistas), com exceção dos lançamentos do dia 14/06/2018, para todos os demais os extratos bancários apresentados demonstram que os depósitos ou foram realizados por outra pessoa que não os debenturistas (casos dos lançamentos de 16/04/2019 – R\$ 150.000,00 e 09/09/2019 – R\$ 1.080,00) ou não permitem a identificação do depositante (casos dos lançamentos de 17/04/2019 – R\$ 300.000,00, 30/04/2019 – 100.000,00 e 02/05/2019 – R\$ 100.000,00).

Apesar dos impugnantes alegarem não ser verdadeira a afirmação acima, o fato é que as intimações foram acompanhadas de anexos que demonstram os lançamentos que estavam sendo questionados e tais lançamentos referem-se ao período fiscalizado, em decorrência da falta de comprovação a autoridade fiscal procedeu as diligências aos debenturistas, e as conclusões da fiscalização também são combatidas pelos impugnantes. A autoridade fiscal informa:

Em virtude das suspeitas relatadas acima quanto à efetividade dos investimentos realizados por alguns debenturistas, esta fiscalização solicitou a abertura de procedimentos de diligências em face destes, mormente aqueles com vínculos diretos aos sócios e que, aparentemente, não apresentavam capacidade financeira para investimentos nos respectivos montantes efetuados:

A autoridade fiscal constatou uma série de divergências em relação à efetiva comprovação dos investimentos realizados pelas diligenciadas explica que com exceção das debêntures subscritas pela Sra. CRISTIANE, todas as demais carecem de elementos comprobatórios que demonstrem o real investidor das debêntures e os valores efetivamente pagos à empresa.

Os impugnantes combatem cada uma das informações e com exceção dos documentos juntados sobre a venda do imóvel da Sra Karen, todos os demais documentos foram analisados pela autoridade lançadora que chegou a conclusão anteriormente descrita, assim, apesar das argumentações trazidas não há nenhum novo elemento capaz de descaracterizar a conclusão da autoridade lançadora, que foi a não comprovação efetiva do real investidor.

Outro fato combatido pelos impugnantes é a afirmação da autoridade fiscal de as debêntures emitidas representam apenas 4,94% do total dos recebíveis

adquiridos, alegam eles desconhecimento técnico das operações de securitização. Vejamos o que diz a autoridade fiscal:

No entanto, de acordo com a contabilidade da fiscalizada (a conta 2120300001 – Cotistas, do Passivo circulante, registra as debêntures integralizadas), o total de debêntures efetivamente integralizadas até 2020 foi de R\$ 15.563.719,03. Enquanto isso, o montante dos recebíveis adquiridos pela empresa (contas 11201 - Duplicatas Receber Curto Prazo e 12101 - Duplicatas Receber Longo Prazo, do Ativo circulante e não circulante, respectivamente) totaliza R\$ 315.114.953,65 para o mesmo período.

Ou seja, até 2020, o total de debêntures nas mãos dos “investidores” representava apenas 4,94% do total dos recebíveis adquiridos.

Ainda que se possa alegar que o prazo para subscrição e integralização das debêntures vai até 31/03/2024 (prazo de vencimento da última emissão), o percentual do total da emissão (R\$ 40.000.000,00) em relação ao total de recebíveis adquiridos (R\$ 315.114.953,65) é de 12,69% (cerca de um décimo dos recebíveis). Isso considerando todos os recebíveis adquiridos de 2018 a 2020. Caso se adicione as operações até o prazo final esse percentual é ainda menor.

Em contrapartida os impugnantes alegam que:

Jamais haverá exatidão ou compatibilidade entre os valores arrecadados pela empresa com a emissão de debêntures e o montante movimentado de títulos negociados. Isso porque os valores de face dos títulos adquiridos NÃO INTEGRAM o faturamento da securitizadora, cabendo a ela SOMENTE o montante do deságio que foi apurado entre a compra e a liquidação dos títulos.

No entendimento dos impugnantes a emissão de debêntures não precisa necessariamente estar atrelada a toda e qualquer aquisição de recebíveis, visto haver uma sucessão de operações diárias de compras e liquidações de títulos, significando, na prática, que o montante utilizado para a compra dos títulos é reutilizado diversas vezes ao longo do ano.

Ressalte-se que a mera emissão de debênture não aponta para uma atividade de securitização, uma vez que emitir debênture é faculdade de qualquer S/A que satisfaça os requisitos legais, inclusive empresa de factoring. O exercício ou não dessa faculdade não altera a atividade da empresa, sua simples emissão não a classifica como securitizadora.

No entanto, para se diferenciar as empresas de factoring com as de securitização, há que se atentar para a emissão e a negociação dos títulos mobiliários, demonstrando claramente que a atividade objeto principal da empresa é de fato a securitização.

Assim, considerando que o foco negocial das securitizadoras, como já dito, é a emissão e negociação de títulos mobiliários, sua atividade dependerá da busca de investidores interessados em adquirir esses títulos.

A autoridade fiscal explica que do total dos valores emitidos em debêntures (R\$ 2.400.000,00), pelo menos R\$ 1.350.000,00 foram subscritas por pessoas vinculadas à fiscalizada ou seus sócios e/ou que apresentaram fontes de rendimentos, aparentemente, insuficientes para a realização de investimentos nas debêntures emitidas pela fiscalizada.

A subscrição ser feita por pessoas vinculadas, por si só, não descaracterizaria a atividade da atuada como de securitização, mas são indícios de que a atividade desenvolvida não é o que quer parecer.

Os impugnantes defendem a lisura de suas atividades, e reiteram que suas atividades é realmente a de securitização.

No entanto, emitir títulos mobiliários que diluam o risco do lastro formado pelos recebíveis e captar investidores que possam adquirir esses títulos é justamente o foco negocial de uma securitizadora. Empresas que tenham por objeto a securitização devem emitir debêntures com o objetivo de amealhar os recursos necessários ao pagamento dos originadores dos títulos de crédito que receberam por cessão.

Nota-se que os impugnantes defendem a atividade de securitização explicando todo o processo, inclusive exemplificando a captação de títulos com vencimento de curto prazo. No entanto, a autoridade fiscal demonstra que o percentual do total da emissão em relação ao total de recebíveis da empresa é de 12,69%, isso considerando todos os recebíveis adquiridos de 2018 a 2020, e se levarmos em conta apenas o valor realmente subscrito o percentual passa a ser 4,94% do total dos recebíveis adquiridos.

Se a atuada pretendesse atuar no mercado de securitização, como bem defendem os impugnantes, deveria ela concentrar esforços na emissão e colocação dos títulos mobiliários no mercado financeiro, captando o maior número de investidores possível, haja vista que o objetivo, com a securitização, é diluir os riscos e aumentar o investimento.

O valor das duplicatas a receber e os cheques a receber contidos na contabilidade da atuada e os valores dos recursos captados via debentures tem uma disparidade muito grande o que nos leva a entender como a autoridade fiscal, que a atividade da atuada não é de securitização.

Abaixo reproduzo quadro contido folha 14 do TVF:

A 1ª Turma da 4ª Câmara do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais emitiu o Acórdão nº1401-002.006 em 25/09/2017 que tem este entendimento:

EMPRESA DE SECURITIZAÇÃO. CONCEITO.

As companhias securitizadoras são instituições não financeiras cuja atividade consiste na conversão de um grupo de ativos (créditos) gerados por uma determinada empresa (originadora) em títulos mobiliários passíveis de negociação.

Isso provoca a transformação de títulos de pouca liquidez, em títulos mobiliários líquidos (debêntures), com a transferência dos riscos associados àqueles, aos compradores destes. A securitização corresponde, assim, à emissão de títulos mobiliários lastreados em recebíveis comerciais (ativos empresariais), com a conseqüente distribuição dos riscos de um único credor para vários.

Securitizar tem, portanto, sua essência na conversão de determinados créditos em lastro, suporte e garantia, para a emissão de títulos ou valores mobiliários, que no caso de ativos empresariais são as debêntures.

ATIVIDADE DE SECURITIZAÇÃO, DESQUALIFICAÇÃO PARA ATIVIDADE DE FACTORING.

LANÇAMENTO DE OFÍCIO.

Comprovado que a securitização de créditos não era o objetivo principal da empresa dada a disparidade entre os valores de debêntures vendidos em mercado e os valores envolvidos nas operações da empresa, caracteriza-se a simulação com vistas a reduzir a incidência tributária.

Correta a requalificação da atividade para a de factoring e o lançamento de autuação sob a forma de lucro arbitrado e seus reflexos Abaixo transcrevo trechos do acórdão mencionado:

Caso uma empresa pretenda agir no mercado mobiliário de securitização como pretende o seu objeto social, seus esforços deveriam seguir no sentido de buscar a formatação e distribuição dos títulos mobiliários (debêntures neste caso) ao maior número de investidores possível, haja vista que o objetivo empresarial era o de diluir os riscos e aumentar o investimento.

Se assim não o fez durante todo o exercício, restando apenas por continuar com os serviços de fomento mercantil sem o objetivo claro de securitizar estes títulos, torna-se evidente que a intenção na constituição da empresa sob a forma de securitizadora de créditos não teve por objeto principal este serviço, já que só foi executado uma única vez e para venda ao próprio sócio acionista que, nesta parte do investimento, transferiu-se da posição de acionista para a posição de investidor da empresa.

Os impugnantes defendem que até a ocorrência do lançamento aqui combatido não havia um único dispositivo legal que definisse a atividade de securitização de ativos empresariais, tal afirmação não está correta, a lei nº 9.514 de 20 de Junho de 1997 já previa a emissão e títulos de créditos:

Art. 6º O Certificado de Recebíveis Imobiliários - CRI é título de crédito nominativo, de livre negociação, lastreado em créditos imobiliários e constitui promessa de pagamento em dinheiro.

Parágrafo único. O CRI é de emissão exclusiva das companhias securitizadoras.

Art. 7º O CRI terá as seguintes características: (...)

XI - identificação do Termo de Securitização de Créditos que lhe tenha dado origem (...)

Art. 8º A securitização de créditos imobiliários é a operação pela qual tais créditos são expressamente vinculados à emissão de uma série de títulos de crédito, mediante Termo de Securitização de Créditos, lavrado por uma companhia securitizadora, do qual constarão os seguintes elementos: (...)

Tais dispositivos foram revogados pela lei nº14.430/22 citada pelos impugnantes, que se define como Marco Legal das Securitizadoras, mas apesar de tal entendimento, o que se viu foi uma necessidade do mercado financeiro em regulamentar um segmento com vistas a proteção do investidor e simplificação das operações. Tal fato está devidamente claro na exposição de motivos da proposição da norma:

O objetivo é baratear e simplificar as operações de riscos, trazendo recursos dos mercados de capitais para o mercado de seguros. Na outra ponta, os investidores terão mais um ativo disponível no mercado, não atrelado ao ciclo econômico.

Cabe esclarecer que os dispositivos legais sobre securitização constante da Lei nº9.514/987 foram trazidos para a nova lei tendo sido melhorada sua redação e completada em muitas lacunas que a anterior deixava.

As “securitizadoras”, nos moldes da autuada, começaram a surgir exatamente em decorrência de uma alteração no art.14 da lei 9718/98 trazida pela Lei nº 12.249, de 11 de junho de 2010 e que a partir de 2022, foi alterada, retirando do texto o tipo de crédito e estendendo a obrigatoriedade do Lucro Real para todas as securitizadoras, de modo geral:

Art. 14. Estão obrigadas à apuração do lucro real as pessoas jurídicas:

I - cuja receita total no ano-calendário anterior seja superior ao limite de R\$ 78.000.000,00 (setenta e oito milhões de reais) ou proporcional ao número de meses do período, quando inferior a 12 (doze) meses; (Redação dada pela Lei nº 12.814, de 2013) (Vigência)

II - cujas atividades sejam de bancos comerciais, bancos de investimentos, bancos de desenvolvimento, caixas econômicas, sociedades de crédito, financiamento e investimento, sociedades de crédito imobiliário, sociedades corretoras de títulos, valores mobiliários e câmbio, distribuidoras de títulos e valores mobiliários, empresas de arrendamento mercantil, cooperativas de crédito, empresas de seguros privados e de capitalização e entidades de previdência privada aberta; III - que tiverem lucros, rendimentos ou ganhos de capital oriundos do exterior; IV - que, autorizadas pela legislação tributária, usufruam de benefícios fiscais relativos à isenção ou redução do imposto; V - que, no decorrer do ano-calendário, tenham efetuado pagamento mensal pelo regime de estimativa, na forma do art. 2º da Lei nº 9.430, de 1996; VI - que explorem as atividades de 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).

VII - que explorem as atividades de securitização de créditos imobiliários, financeiros e do agronegócio (Incluído pela Lei nº 12.249, de 2010)

VII - que explorem as atividades de securitização de crédito. (REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº14.430/2022)

Tal fato demonstra que, desde o início, o entendimento exarado pela RFB estava correto. O Parecer Normativo Cosit nº05 de 10/04/2014, muito combatido pelos tributaristas, traz o seguinte entendimento:

3. O art. 14 da Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998, estabeleceu a obrigatoriedade do regime do lucro real para determinadas atividades econômicas, nos seguintes termos:

Art. 14. Estão obrigadas à apuração do lucro real as pessoas jurídicas:

[...] VI - que explorem as atividades de 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).

[...] 23 PROCESSO 15746.722381/2022-59 ACÓRDÃO 106-045.298 – 12ª TURMA/DRJ06 VII - que explorem as atividades de securitização de créditos imobiliários, financeiros e do agronegócio. (Incluído pela Lei nº 12.249, de 2010)

4. A Lei nº 12.249, de 11 de junho de 2010, ao incluir, no dispositivo supracitado, o inciso VII especificando segmentos de negócio, deu margem ao entendimento de que a norma não alcançaria a securitização de créditos comerciais por falta de menção expressa. (GRIFEI)

5. Partindo dessa interpretação, algumas entidades de fomento mercantil (factorings)

iniciaram um processo de reestruturação de suas atividades para operar nos moldes das companhias securitizadoras constituídas na forma da Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997, que regulamentou a securitização de ativos imobiliários, optando em seguida pelo regime de tributação do lucro presumido, passando a aplicar as alíquotas da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins previstas no regime de apuração cumulativa. (...)

10. Embora o crédito e o risco sejam componentes indissociáveis do título, sob ponto de vista da titularidade de direitos são elementos distintos, uma vez que o cessionário de um título pode ou não arcar com o risco a ele inerente. As diversas combinações de transferências do crédito e do respectivo risco compõem os elementos caracterizadores das operações típicas desse mercado. Tem-se portanto, como características essenciais do título de crédito, a literalidade e

autonomia, e como elementos constitutivos de valor econômico, o crédito em si e o respectivo risco, que formam a base das operações. (...)

18. Dessa forma, o investidor recebe o retorno do investimento por meio de pagamentos a título de amortizações e encargos na medida em que os títulos de lastro são liquidados e/ou remunerados, compondo assim fluxos financeiros combinados, administrados pela securitizadora. Os títulos inadimplidos e considerados incobráveis são abatidos do lastro, reduzindo assim os fluxos financeiros, o que, observados os termos pactuados, resulta, a princípio, em perda tanto para o investidor quanto para a securitizadora, por diferentes motivos, melhor compreendidos mais adiante. Não obstante, a securitização oferece diversas oportunidades econômicas para o investidor, pelas possibilidades de ganhos com o risco adquirido e não materializado, e para os cedentes, pela antecipação de recebíveis e redução da pressão do risco de crédito sobre seus ativos.

19. Tem-se portanto que, em se tratando de direitos creditórios comerciais, tanto a securitização quanto a faturização operam a compra de direitos creditórios originados em vendas a prazo de bens e serviços, configurando modalidades distintas de fomento mercantil, que só se distinguem pela destinação dos títulos adquiridos, ou seja, a securitização se caracteriza pela formação de lastro para os títulos mobiliários emitidos, e a faturização se ocupa da formação de carteira própria. Contudo, em ambos os casos a aquisição de recebíveis comerciais é regida pelas mesmas regras, dispostas nos arts. 287 e 295 do Código Civil (CC).

24 PROCESSO 15746.722381/2022-59 ACÓRDÃO 106-045.298 – 12ª TURMA/DRJ06 20. Dessa forma, não há qualquer justificativa para conferir tratamentos tributários distintos a empresas que exerçam atividade de securitização de créditos comerciais ainda que não haja regulamentação específica estabelecida em lei comercial.

21. Por essa razão, e por se tratar de empresas dedicadas à compra de direitos creditórios originários de vendas a prazo de bens e serviços, tal como disposto no art. 14, inciso VI, da Lei nº 9.718, de 1998, as securitizadoras de direitos creditórios comerciais sujeitam-se a tributação obrigatória pelo regime do lucro real, assim como as faturizadoras, cabendo-lhes portanto, o mesmo tratamento tributário. (...)

Conclusão Diante do exposto, conclui-se que:

a) as pessoas jurídicas que exploram a atividade de securitização de ativos empresariais estão obrigadas ao regime de tributação do lucro real, por força do disposto no art. 14, VI, da Lei nº 9.718, de 1998, e das demais, por disposição expressa do inciso VII; b) a receita bruta das pessoas jurídicas que exploram a atividade de securitização de ativos empresariais, para fins de apuração da base de cálculo da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins, é o deságio, assim entendido a diferença entre o valor de face dos títulos de crédito adquiridos e o custo de aquisição.

A Lei 9718/98 em seu art.14 incisos VI e VII, prevê:

Art. 14. Estão obrigadas à apuração do lucro real as pessoas jurídicas: (...)

VI - que explorem as atividades de 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).

VII - que explorem as atividades de securitização de créditos imobiliários, financeiros e do agronegócio.(Incluído pela Lei nº 12.249, de 2010)

A Instrução Normativa RFB nº 1515/2014 prevê:

Art. 22. Estão obrigadas ao regime de tributação com base no lucro real as pessoas jurídicas: (...)

VI - que explorem as atividades de 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);

VII - que explorem as atividades de securitização de créditos imobiliários, financeiros e do agronegócio. (...)

25 PROCESSO 15746.722381/2022-59 ACÓRDÃO 106-045.298 – 12ª TURMA/DRJ06 § 4º Estão obrigadas ao regime de tributação do lucro real as pessoas jurídicas que explorem a atividade de compras de direitos creditórios, ainda que se destinem à formação de lastro de valores mobiliários (securitização).

Depreende-se dos dispositivos acima que as pessoas jurídicas que explorem a atividade de compras de direitos creditórios, ainda que se destinem à formação de lastro de valores mobiliários (securitização) estão obrigadas ao regime de tributação do lucro real.

A Solução de Consulta Cosit nº49/2016 tratou do assunto, abaixo destaco trechos:

23. Para o deslinde da questão acima apresentada, imprescindível investigar se o termo “atividade de compras de direitos creditórios” constante do § 4º do art. 22, da IN RFB nº 1.515, de 2014, fora utilizado em sentido amplo, abrangendo toda e qualquer espécie de atividade de compra e venda de direitos que envolvam o pagamento de créditos, ou em sentido estrito, reconhecendo-se que há, dentre aquelas, hipóteses não abrangidas pelas vedações impostas pelo art. 22, da IN RFB nº 1.515, de 2014 (nomeadamente seu § 4º).

24. Tal questionamento pode ser respondido através da análise do conteúdo e argumentação desenvolvidos no Parecer Normativo Cosit nº 5, de 10 de abril de 2014, instrumento normativo que fundamentou a inclusão do § 4º, do art. 22, na IN RFB nº 1.515, de 2014, bem como da leitura dos incisos VI e VII do art. 14 da Lei nº 9.718, de 1998, base legal para a elaboração do referido Parecer. Vejamos o que dispõe o Parecer:

19. Tem-se portanto que, em se tratando de direitos creditórios comerciais, tanto a securitização quanto a faturização operam a compra de direitos creditórios originados em vendas a prazo de bens e serviços, configurando modalidades distintas de fomento mercantil, que só se distinguem pela destinação dos títulos adquiridos, ou seja, a securitização se caracteriza pela formação de lastro para os títulos mobiliários emitidos, e a faturização se ocupa da formação de carteira própria. Contudo, em ambos os casos a aquisição de recebíveis comerciais é regida pelas mesmas regras, dispostas nos arts. 287 e 295 do Código Civil (CC).

20. Dessa forma, não há qualquer justificativa para conferir tratamentos tributários distintos a empresas que exerçam atividade de securitização de créditos comerciais ainda que não haja regulamentação específica estabelecida em lei comercial.

21. Por essa razão, e por se tratar de empresas dedicadas à compra de direitos creditórios originários de vendas a prazo de bens e serviços, tal como disposto no art. 14, inciso VI, da Lei nº 9.718, de 1998, as securitizadoras de direitos creditórios comerciais sujeitam-se a tributação obrigatória pelo regime do lucro real, assim como as faturizadoras, cabendo-lhes portanto, o mesmo tratamento tributário.

25. Assim, através da leitura do art. 14 da Lei nº 9.718, de 1998 (já citado no item 20), e do Parecer Normativo Cosit nº 5, de 2014, percebe-se que a vedação imposta pelo § 4º, do art. 22, da IN RFB nº 1.515, de 2014, aplica-se às pessoas jurídicas que se dediquem à compra de direitos creditórios originários de vendas a prazo de bens e serviços, tal como disposto no art. 14, inciso VI, da Lei nº 9.718, de 1998. O Parecer Normativo, bem como o § 4º, do art. 22, da IN RFB nº 1.515, de 2014, buscam 26 PROCESSO 15746.722381/2022-59 ACÓRDÃO 106-045.298 – 12ª TURMA/DRJ06 esclarecer que a obrigação à apuração pelo Lucro Real abrange as diversas formas de compra de direitos creditórios originários de vendas a prazo de bens e serviços, tais como a securitização. Contudo, não abarcam as atividades de cessão de demais direitos dissociados da atividade empresarial, ainda que destes decorram da existência de crédito ou expectativa de crédito (ver item 27).

26. Note-se que, nos termos do Parecer Normativo Cosit nº 5, de 2014, a vedação se aplica independentemente da forma como essa transação seja de fato executada (faturização ou securitização). Aplicar-se-á também a vedação independentemente do estágio de cobrança em que estejam os créditos, se já iniciado o processo de cobrança judicial ou não, uma vez que não há ressalva expressa sobre tal aspecto.

27. Contudo, há no mundo empresarial uma infinidade de situações em que determinada empresa pode se dedicar à atividade de cessão de direitos creditórios totalmente dissociados das vendas mercantis a prazo ou da prestação de serviços (um exemplo é cessão de direitos creditórios de precatórios após o trânsito em julgado de determinada ação contra o poder público, mas não é a única possível).

Nestes casos, pessoas (físicas ou jurídicas) que tenham expectativa de recebimento de determinado valor podem transacionar este direito, antes ou após o trânsito em julgado da ação. Note-se que o crédito pode ter as mais variadas origens (disputas em torno de direitos oriundos de questões de âmbito imobiliário, tributário, sucessório, comercial, previdenciário, salarial, etc).

28. Nota-se, portanto, que uma análise do conteúdo do Parecer Normativo Cosit nº 5, de 2014, combinado com o art. 14, VI, da Lei nº 9.718, de 1998, deixa claro que o disposto no § 4º, do art. 22, da IN RFB nº 1.515, de 2014, veio esclarecer que a obrigação de apuração do IRPJ pelo regime de tributação do lucro real às pessoas jurídicas que explorem a atividade de cessão de direitos creditórios se restringe àquelas cujos direitos de crédito sejam resultantes de vendas mercantis a prazo ou de prestação de serviços, não trazendo inovação em relação àquelas que transacionem demais direitos.

29. Diante do exposto, percebe-se que a possibilidade ou não de determinada empresa que tenha como objeto social transacionar direitos creditórios optar pela tributação pela sistemática do lucro presumido não reside na definição do estágio de cobrança do crédito (se já iniciada a cobrança judicial ou não) ou da natureza do credor (se pessoa de direito público ou privado), mas sim na identificação da origem do crédito. Se este for resultante de vendas mercantis a prazo ou de prestação de serviços, obrigatória a apuração do IRPJ pelo Lucro Real, nos termos do art. 14, VI, da Lei nº 9.718, de 1998.

30. Assim sendo, é possível desenvolver atividade ligada à negociação de créditos que não resultem de vendas mercantis a prazo ou de prestação de serviços e optar pela tributação pelo Lucro Presumido. A receita bruta gerada em decorrência da alienação desses direitos (ou recebimento, como cessionária do crédito, do valor devido) constitui base de cálculo dos tributos e contribuições sociais em exame, ou seja, podendo configurar receita operacional, caso a cessão de créditos adquiridos de terceiros constitua atividade fim da empresa constante do seu contrato social.

Os impugnantes alegam que o art.20 da Lei nº14.430/22 que dispõe sobre a liberdade de livre negociação de certificados de recebíveis corrobora o entendimento por eles trazidos, normativo este não aplicável ao caso, visto os fatos geradores serem anteriores ao fato.

Entretanto, o que se discute no processo é se a atividade da autuada foi simulada ou não. Depreende-se dos autos que a autuada formou todo um arcabouço documental com o intuito de fazer crer ser ela uma securitizadora e não uma empresa de fomento mercantil como trazido pela autoridade fiscal e que naquele momento, dos fatos geradores aqui trazidos, caso ela se enquadrasse realmente como Securitizadora sua tributação seria favorecida em relação as empresas de factoring.

Os impugnantes alegam que o art.20 da Lei nº14.430/22 que dispõe sobre a liberdade de livre negociação de certificados de recebíveis corrobora o

entendimento por eles trazidos, normativo este não aplicável ao caso, visto os fatos geradores serem anteriores ao fato.

Entretanto, o que se discute no processo é se a atividade da atuada foi simulada ou não. Depreende-se dos autos que a atuada formou todo um arcabouço documental com o intuito de fazer crer ser ela uma securitizadora e não uma empresa de fomento mercantil como trazido pela autoridade fiscal e que naquele momento, dos fatos geradores aqui trazidos, caso ela se enquadrasse realmente como Securitizadora sua tributação seria favorecida em relação as empresas de factoring.

Ressalto ainda que apesar de argumentarem que a autoridade fiscal sustenta ser ela uma factoring e não uma securitizadora e devido a isto suas conclusões são equivocadas, o fato é que ambas as atividades devem obrigatoriamente ser tributadas pelo Lucro Real e não pelo Lucro Presumido como fazia a atuada.

Reforçando as análises anteriores, chamo a atenção ao fato de que o saldo de R\$315.114.953,65 na conta de Duplicatas a Receber sem a captação de novos investidores demonstra um desvirtuamento da atividade da atuada, uma vez que sua receita operacional será simplesmente o deságio na captação dos recebíveis, ou seja, a mesma receita de uma factoring.

Outra alegação dos impugnantes é de que as securitizadoras que trabalham com recebíveis de curto prazo não estão obrigadas a apuração dos tributos na sistemática do lucro real e para fundamentar seu entendimento, eles fazem uma análise breve dos dispositivos que dispõe sobre tal obrigação. A apuração dos tributos na sistemática do lucro real já é questão aqui superada.

Outra alegação dos impugnantes é de que a autoridade fiscal desqualificou a atividade da atuada na tentativa de determinar a obrigatoriedade ao regime de lucro real, e por conseguinte a imposição do IOF – imposto sobre operações de crédito, câmbio e seguro ou relativas a títulos ou valores mobiliários, todavia, não há previsão legal às securitizadoras que determine o recolhimento do IOF.

Em verdade, a autoridade fiscal não desqualificou as atividades da atuada com o intuito de obriga-la a se encaixar na sistemática do lucro real, como querem fazer crer os impugnantes, o que a fiscalização demonstrou é ao contrário, que a atuada desenvolvia uma atividade, de factoring, e tentava disfarçar tal atividade em securitização, dando-lhe uma roupagem diferente do que realmente era.

Com a demonstração da natureza real da atividade da empresa, a tributação correta é uma ação vinculada, e obrigatória, da autoridade fiscal, e com o entendimento de que ela em verdade não se encaixa em uma empresa securitizadora, o IOF é tributo que decorre de suas atividades, tanto de factoring, quanto das operações com títulos ou valores mobiliários, conforme previsto no art.2º do Decreto 6306/07, a saber:

Art. 2º O IOF incide sobre:

I - operações de crédito realizadas: (...)

b) por empresas que exercem as atividades de 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) (Lei no 9.249, de 26 de dezembro de 1995, art. 15, § 1º, inciso III, alínea “d”, e Lei no 9.532, de 10 de dezembro de 1997, art. 58); (...)

IV - operações relativas a títulos ou valores mobiliários O lançamento foi fundamentado no art.2º, inciso IV, 25 ao 33, 47, 49 e 50 do Decreto 6306/2007. Abaixo destaco alguns dispositivos:

Art. 25. O fato gerador do IOF é a aquisição, cessão, resgate, repactuação ou pagamento para liquidação de títulos e valores mobiliários (Lei nº 5.172, de 1966, art. 63, inciso IV, e Lei no 8.894, de 1994, art. 2º, inciso II, alíneas “a” e “b”).

§ 1º Ocorre o fato gerador e torna-se devido o IOF no ato da realização das operações de que trata este artigo.

§ 2º Aplica-se o disposto neste artigo a qualquer operação, independentemente da qualidade ou da forma jurídica de constituição do beneficiário da operação ou do seu titular, estando abrangidos, entre outros, fundos de investimentos e carteiras de títulos e valores mobiliários, fundos ou programas, ainda que sem personalidade jurídica, e entidades de previdência privada.

Art. 26. Contribuintes do IOF são:

I - os adquirentes, no caso de aquisição de títulos ou valores mobiliários, e os titulares de aplicações financeiras, nos casos de resgate, cessão ou repactuação (Decreto-Lei nº 1.783, de 1980, art. 2º e Lei nº 8.894, de 1994, art. 2º, inciso II, alínea “a”, e art. 3º, inciso II); (Redação dada pelo Decreto nº 7.412, de 2010) (...)

Art. 27. São responsáveis pela cobrança do IOF e pelo seu recolhimento ao Tesouro Nacional (Decreto-Lei nº 1.783, de 1980, art. 3º, inciso V, e Medida Provisória no 2.158-35, de 24 de agosto de 2001, art. 28):

I - as instituições autorizadas a operar na compra e venda de títulos e valores mobiliários; (...)

Como visto acima, ainda que a atividade da atuada fosse securitização como quer ela fazer crer, o caso é que o fato gerador do IOF aplica-se seguramente na atividade por ela empreendida, seja na qualidade de contribuinte ou de responsável.

Com isto não houve alteração de conceitos tributários, não houve imputação de tributos sem lei que o estabeleça, nada disso, houve a subsunção do fato a norma, com a existência de todos os aspectos da regra matriz de incidência tributária.

Sendo assim está correto o lançamento referente a este tributo.

Outra alegação dos impugnantes é de que ao entender pela opção indevida do lucro presumido a fiscalização estaria obrigada a realizar o arbitramento do lucro da atuada, nos moldes do inciso IV, do art.47, da lei nº8981/95.

Vejamos o que diz citado dispositivo:

Art. 47. O lucro da pessoa jurídica será arbitrado quando:

I - o contribuinte, obrigado à tributação com base no lucro real ou submetido ao regime de tributação de que trata o Decreto-Lei nº 2.397, de 1987, não mantiver escrituração na forma das leis comerciais e fiscais, ou deixar de elaborar as demonstrações financeiras exigidas pela legislação fiscal; II - a escrituração a que estiver obrigado o contribuinte revelar evidentes indícios de fraude ou contiver vícios, erros ou deficiências que a tornem imprestável para:

a) identificar a efetiva movimentação financeira, inclusive bancária; ou b) determinar o lucro real.

III - o contribuinte deixar de apresentar à autoridade tributária os livros e documentos da escrituração comercial e fiscal, ou o livro Caixa, na hipótese de que trata o art. 45, parágrafo único; IV - o contribuinte optar indevidamente pela tributação com base no lucro presumido; (grifei)

V - o comissário ou representante da pessoa jurídica estrangeira deixar de cumprir o disposto no § 1º do art. 76 da Lei nº 3.470, de 28 de novembro de 1958; VII - o contribuinte não mantiver, em boa ordem e segundo as normas contábeis recomendadas, livro Razão ou fichas utilizados para resumir e totalizar, por conta ou subconta, os lançamentos efetuados no Diário.

VIII – o contribuinte não escriturar ou deixar de apresentar à autoridade tributária os livros ou registros auxiliares de que trata o § 2º do art. 177 da Lei no 6.404, de 15 de dezembro de 1976, e § 2º do art. 8º do Decreto-Lei no 1.598, de 26 de dezembro de 1977.

A sistemática de arbitramento do lucro pela autoridade lançadora é medida de exceção e o art.47 acima mencionado demonstra em quais situações tal ação deverá ser aplicada, uma vez que, para aqueles que são optantes pelo lucro presumido o arbitramento onera o sujeito passivo.

O lançamento aqui analisado decorre de uma simulação perpetrada pela atuada com o fim precípua de se encaixar na opção do Lucro Presumido, não estamos aqui diante de uma OPÇÃO INDEVIDA pela sistemática de tributação e sim, estamos diante de uma simulação para se encaixar na opção, são coisas distintas. Caso a atuada não tivesse sido submetida a fiscalização de suas atividades, ela continuaria a perpetrar tais atos, sempre no intuito de se encaixar na sistemática do Lucro Presumido.

Ou seja, não há opção indevida, há uma simulação dos fatos e como já dito anteriormente, detectado tal ação cabe a autoridade lançadora lavrar o auto de infração na sistemática correta de tributação que é o lucro real, somente se usaria

o arbitramento nos casos em que a escrituração se revelasse imprestável ou houvesse incorrido em qualquer dos outros casos do dispositivo anteriormente citado.

Não há nulidade na sistemática de tributação aqui adotada, há o mais completo respeito a legislação tributária em vigor, a autoridade fiscal demonstrou a atividade real da autuada e usando os dados por ela fornecidos de sua escrituração apurou as diferenças de valores em virtude da aplicação correta do regime tributário ao qual ela deveria ter se submetido desde o início de suas atividades.

Quanto a responsabilidade solidária alegam os impugnantes:

A autoridade fiscal busca criar um nexo entre as condutas acima descritas, as quais prescindem de dolo, e o art. 135, inciso, III, do Código Tributário Nacional, o qual exige que a responsabilidade solidária ao pagamento do crédito tributário suscitada pela Fiscalização decorra de um FATO que traduza excesso de poderes, infração à lei ou ao contrato social: (...)

Percebam, nobres Julgadores, que é condição essencial do tipo acima transcrito que a autuação descreva, pormenorizadamente, qual FATO ensejaria a responsabilidade dos acionistas/administradores pelos ATOS que praticaram, intervieram ou omitiram tocantes suposta simulação, o que NUNCA ocorreu.

Logo, a inclusão no polo passivo tão somente amparada em alegações genéricas sobre a conduta dos acionistas não tem o condão de atrair a responsabilidade solidária, nos termos do art. 135, III, do CTN. (...)

Novamente, não há individualização e descrição da conduta delituosa; não indícios de prova; apenas a afirmação de que o alto índice de lucratividade, QUE FOI OFERECIDA À TRIBUTAÇÃO DURANTE CADA ANO CALENDÁRIO, autoriza a aplicação do Art. 124, inciso I, do Código Tributário Nacional, o qual determina: (...)

Não pode a autoridade fiscal incluir terceiro no polo passivo de uma obrigação tributária pelo simples fato do seu nome constar no quadro de diretores da empresa, ou pela função que exerce. Repisa-se, é condição obrigatória que seja identificado expressamente qual ato infracional gerou o enquadramento, demonstrar que tal ato se enquadra no art. 135, inciso III e, ainda, a demonstração do interesse comum da natureza jurídica na situação que caracteriza o fato gerador.

A autoridade lançadora informa no TVF:

Estavam à frente da administração da fiscalizada, à época da ocorrência dos fatos, os sócios:

Tabela 6 – Sócios administradores da empresa.

Nome	CPF	Qualificação	Participação
THIAGO DE ARRUDA ORTIZ	285.345.448-75	Diretor Presidente	33,33%
ROBSON LUIS FERREIRA SOUTO	853.813.577-53	Diretor Vice Presidente Financeiro	33,33%
RAQUEL ARAUJO ARENA	075.124.008-70	Diretora Executiva	22,22%
MARLY TEREZINHA ARAUJO ARENA	020.508.818-00	Diretora de Relações com Investidores	11,12%

De acordo com o Art. 117 da Lei nº 6.404/19766, o acionista controlador responde pelos danos causados por atos praticados com abuso de poder. Ficou demonstrado, de acordo com o exposto no presente termo, que os administradores da empresa cometeram fraude, simulando ser empresa securitizadora quando a real atividade é o fomento mercantil. As infrações cometidas estão dispostas nos artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64 e o Art. 1º, II e Art. 2º, I, da Lei nº 8.137/907, uma vez que reduziram, de forma fraudulenta, a incidência do IRPJ, CSLL, PIS, COFINS e IOF. (...)A fraude tributária engendrada pelos sócios serviu à dupla função de reduzir a carga tributária da fiscalizada e, por consequência, canalizar os recursos oriundos da “economia tributária” para os sócios administradores na forma de distribuição de lucros.

Conforme demonstrado a seguir, os altos índices de lucratividade atingidos (decorrentes da indevida opção pelo lucro presumido) permitiram farta distribuição de lucros aos sócios:

Tabela 7 – Lucratividade da empresa.

Trim	2018		2019		2020		2021	
	Receita Bruta (R\$)	Lucro Líquido (R\$)	Receita Bruta (R\$)	Lucro Líquido (R\$)	Receita Bruta (R\$)	Lucro Líquido (R\$)	Receita Bruta (R\$)	Lucro Líquido (R\$)
1*	709.247,88	712.215,66	636.598,84	273.724,54	835.168,78	61.705,78	1.036.964,78	394.770,70
2*	734.323,45	761.629,16	923.701,80	598.809,81	683.635,37	306.912,41	986.838,72	435.168,12
3*	688.629,31	469.678,43	848.066,89	477.225,76	767.862,86	328.857,33	1.103.143,23	498.594,38
4*	726.412,05	506.467,14	990.852,63	298.159,85	923.777,18	339.348,89	850.606,68	124.586,25
Total	2.858.612,69	2.449.990,39	3.399.220,16	1.647.919,96	3.210.444,19	1.036.824,41	3.977.553,41	1.453.119,45
Lucratividade		85,71%		48,48%		32,30%		36,53%

Fonte: P150 (ECF).

	2018	2019	2020	2021
Saldo da conta Lucros Acumulados (R\$)	2.963.164,23	6.429.957,23	6.447.987,71	9.882.814,12

Fonte: K155 (ECF)

De acordo com o Art. 117 da Lei nº 6.404/19766, o acionista controlador responde pelos danos causados por atos praticados com abuso de poder. Ficou demonstrado, de acordo com o exposto no presente termo, que os administradores da empresa cometeram fraude, simulando ser empresa securitizadora quando a real atividade é o fomento mercantil. As infrações cometidas estão dispostas nos artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64 e o Art. 1º, II e Art. 2º, I, da Lei nº 8.137/907, uma vez que reduziram, de forma fraudulenta, a incidência do IRPJ, CSLL, PIS, COFINS e IOF. (...)

A fraude tributária engendrada pelos sócios serviu à dupla função de reduzir a carga tributária da fiscalizada e, por consequência, canalizar os recursos oriundos da “economia tributária” para os sócios administradores na forma de distribuição de lucros.

Conforme demonstrado a seguir, os altos índices de lucratividade atingidos (decorrentes da indevida opção pelo lucro presumido) permitiram farta distribuição de lucros aos sócios:

De acordo com o Art. 117 da Lei nº 6.404/19766, o acionista controlador responde pelos danos causados por atos praticados com abuso de poder. Ficou demonstrado, de acordo com o exposto no presente termo, que os administradores da empresa cometeram fraude, simulando ser empresa securitizadora quando a real atividade é o fomento mercantil. As infrações cometidas estão dispostas nos artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64 e o Art. 1º, II e Art. 2º, I, da Lei nº 8.137/907, uma vez que reduziram, de forma fraudulenta, a incidência do IRPJ, CSLL, PIS, COFINS e IOF. (...)A fraude tributária engendrada pelos sócios serviu à dupla função de reduzir a carga tributária da fiscalizada e, por consequência, canalizar os recursos oriundos da “economia tributária” para os sócios administradores na forma de distribuição de lucros.

Conforme demonstrado a seguir, os altos índices de lucratividade atingidos (decorrentes da indevida opção pelo lucro presumido) permitiram farta distribuição de lucros aos sócios:

A sujeição passiva solidária, ou responsabilidade solidária, contida neste processo foi fundamentada no Art. 124, inciso I, da Lei nº 5.172/66 e no art. 135, inciso III, do Código Tributário Nacional - CTN, a saber:

Art. 124. São solidariamente obrigadas:

I - as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal;

[...] Parágrafo único. A solidariedade referida neste artigo não comporta benefício de ordem. (...)

Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos: (...)

III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado A sujeição passiva solidária é o ato de trazer ao pólo passivo da obrigação as pessoas que a lei aponta como responsáveis, aqueles que tem relação direta com a contribuinte autuada e aqueles que tem poder de gerência, ou seja, de conduzir as ações da contribuinte, com o fim precípuo de assegurar o crédito tributário lançado.

O dispositivo acima (art.124) deixa claro que em casos de infração de lei há que se responsabilizar pessoalmente os diretores, gerente ou representantes da pessoa jurídica. Nota-se que não há no dispositivo menção a dolo, fraude ou sonegação, mas somente a simples infração legal, ou seja, em casos como aqui relatado em que houve a simulação da atividade da autuada, além de haver a infração de lei, há que necessariamente responsabilizar aqueles que tem o poder de decisão.

Vejamos julgado do CARF, cuja ementa se encontra abaixo:



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº	13819.723481/2014-66
Recurso	Especial do Procurador
Acórdão nº	9303-013.314 – CSRF / 3ª Turma
Sessão de	18 de agosto de 2022
Recorrente	FAZENDA NACIONAL
Interessado	COBMETAIS COMÉRCIO DE METAIS E PLÁSTICOS LTDA. E OUTROS

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA PASSIVA. ART. 135, INCISO III, DO CTN.

A responsabilidade do art. 135 do CTN deve ser atribuída aos sócios-administradores, sócios de fato e mandatários da sociedade, se restar comprovado que tais pessoas exorbitaram as suas atribuições estatutárias ou limites legais, e que dos atos assim praticados tenham resultado obrigações tributárias. Inexistindo referida comprovação, não há que se atribuir a responsabilidade solidária.

Tal decisão se enquadra ao caso perfeitamente, vez que no dispositivo citado não condiciona a responsabilidade solidária ao excesso de poderes que resultaram em infração de lei e sim aqueles que agiram com excesso de poderes OU cujos atos resultaram em infração a lei, são situações completamente diferentes, são excludentes e não adicionantes.

Assim, tendo sido demonstrado neste voto que a atuada agiu de forma a alterar sua sistemática de tributação com o intuito de diminuir sua carga tributária, infringindo então a legislação em vigor, e sendo os responsáveis solidários administradores da empresa e diretamente interessados na situação a responsabilização solidária contida no processo está correta.

Diante do exposto, deve ser mantida a decisão proferida pela DRJ quanto aos tópicos supracitados.

DA MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA EM 150%

Conforme detalhado pela DRJ, ficou demonstrado que foi perpetrada uma simulação tendente a inibir a tributação correta do IRPJ e seus reflexos e também o IOF, o que leva a aplicação correta da multa de ofício qualificada em 150%.

Diante de toda análise feita neste voto, fica demonstrado que foi perpetrada uma simulação tendente a inibir a tributação correta do IRPJ e seus reflexos e também o IOF, o que leva a aplicação correta da multa de ofício qualificada em 150%.

Não há aplicação forçosa do art. 44, I, da Lei 9.430/96, há como já dito a subsunção dos fatos a norma. Como mencionado anteriormente, caso não houvesse a fiscalização nas atividades da empresa a atuada continuaria dando uma roupagem diferente as suas atividades, como fim precípua de se encaixar indevidamente na sistemática de tributação a ela mais benéfica, sempre em detrimento do fisco.

Sendo assim, a aplicação da multa qualificada é ato correto no lançamento em questão.

Ocorre que em 21 de setembro de 2023 foi publicada a Lei nº 14.689, a qual alterou substancialmente o § 1º do art. 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996. No que toca ao caso em apreço, às infrações autuadas foi cominada penalidade menos severa, reduzindo-a para 100% (cem por cento):

§ 1º O percentual de multa de que trata o inciso I do caput deste artigo será majorado nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis, e passará a ser de: (Redação dada pela Lei nº 14.689, de 2023)

[...] VI – 100% (cem por cento) sobre a totalidade ou a diferença de imposto ou de contribuição objeto do lançamento de ofício; (Incluído pela Lei nº 14.689, de 2023)VII – 150% (cento e cinquenta por cento) sobre a totalidade ou a diferença de imposto ou de contribuição objeto do lançamento de ofício, nos casos em que verificada a reincidência do sujeito passivo. (Incluído pela Lei nº 14.689, de 2023)§ 1º-A. Verifica-se a reincidência prevista no inciso VII do § 1º deste artigo quando, no prazo de 2 (dois) anos, contado do ato de lançamento em que tiver sido imputada a ação ou omissão tipificada nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, ficar comprovado que o sujeito passivo incorreu novamente em qualquer uma dessas ações ou omissões. (Incluído pela Lei nº 14.689, de 2023).

Assim sendo, aplica-se ao presente a retroatividade benigna de que trata o art. 106, inciso II, alínea “c”, do CTN.

Conclusão

Diante do exposto, voto no sentido de rejeitar as preliminares de nulidade e, no mérito, dar parcial provimento ao recurso voluntário, para reduzir a multa de ofício qualificada ao patamar de 100% (cem por cento).

Assinado Digitalmente

Onízia de Miranda Aguiar Pignataro