



MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº 16327.002474/2001-32
Recurso nº 130.646 Voluntário
Matéria COFINS
Acórdão nº 204-03.308
Sessão de 01 de julho de 2008
Recorrente ISF FACTORING FOMENTO E COMERCIAL LTDA.
Recorrida DRJ em Campinas/SP

MF-Segundo Conselho de Contribuintes
Publicado no Diário Oficial da União
de 27 / 04 / 2009
Rubrica

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA
SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/01/1996 a 31/12/1997

DECADÊNCIA.

O prazo decadencial para a Fazenda Nacional constituir o crédito pertinente à contribuição para a Seguridade Social - Cofins é de 05 anos, contados a partir da ocorrência do fato gerador quando há pagamento, nos termos do art. 150, § 4º do CTN.

EMPRESA DE FACTORING. OPERAÇÕES COM LETRAS DE EXPORTAÇÃO. ATIVIDADE OPERACIONAL.

As operações que envolvam compra e venda de direitos creditórios caracterizam-se, de acordo com a legislação de regência, como atividade operacional de empresas de *factoring*, sujeitando-se à incidência do PIS.

MULTA DE OFÍCIO.

É cabível a exigência, no lançamento de ofício, de Multa de Ofício de 75% do valor da contribuição que deixou de ser recolhida pelo sujeito passivo, sendo impossível a sua exclusão sob o argumento de que seria incabível sua aplicação antes da vigência de ato infraregal de caráter interpretativo que não alterou a legislação vigente.

Recurso Voluntário Provido em Parte

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da quarta câmara do segundo conselho de contribuintes, por maioria de votos, em dar provimento parcial ao recurso, para reconhecer a decadência referente a fatos geradores ocorridos até dezembro/96, inclusive. Vencidos os

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
08 / 12 / 08
Necy Batista dos Reis
Mat. Slaps: 91816

1304

Processo nº 16327.002474/2001-32
Acórdão n.º 204-03.308

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL Brasília, <u>08 / 12 / 08</u> <i>Necy</i> Necy Batista dos Reis Mat. Siapc 91806

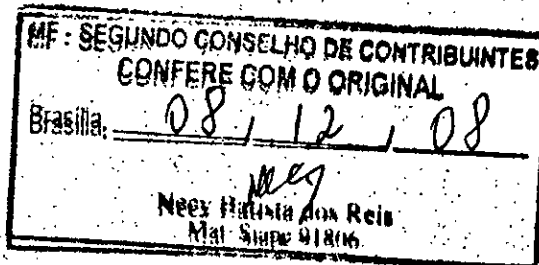
CC02/C04
Fls. 145

Conselheiros Júlio César Alves Ramos, Ali Zraik Júnior e Alexandre Venzon Zanetti que davam provimento ao recurso.

Henrique Pinheiro Torres
HENRIQUE PINHEIRO TORRES
Presidente

Nayra Bastos Manatta
NAYRA BASTOS MANATTA
Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Rodrigo Bernardes de Carvalho, Mônica Monteiro Garcia de Los Rios (Suplente) e Renata Auxiliadora Marchetti (Suplente).



Relatório

Adoto o relatório da DRJ em Campinas/SP que a seguir transcrevo:

Trata-se de auto de infração lavrado contra a contribuinte em epígrafe (fls.02/04), relativo à falta de recolhimento da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins, nos períodos de janeiro de 1996 a dezembro de 1997, no montante de R\$ 231.381,49.

No Termo de Verificação Fiscal às fls. 15/17, a auditora fiscal informa o seguinte:

A Cofins, no caso das empresas de fomento comercial (Factoring), tem por base de cálculo o valor do faturamento mensal, assim entendido, a receita bruta auferida com a prestação cumulativa e contínua de serviços:

(...)

c) de aquisição de direitos creditórios resultantes de vendas mercantis a prazo ou de prestação de serviços.

Na hipótese do item c acima, o valor da receita a ser computado é o valor da diferença entre o valor de aquisição e o valor de face do título ou direito adquirido.

Tal entendimento tem por base a Lei Complementar nº 70, de 30/12/1991, os arts. 28, § 1º, alínea "c4" e 36, inciso XV, da Lei nº 8981, de 20/01/1995, com as alterações introduzidas pela Lei nº 9065 de 20/06/1995 e pelo art. 58 da Lei nº 9.430, de 27/12/1996. Esse entendimento foi ratificado por intermédio do Ato Declaratório Normativo Nº 31 de 24/12/1997 da Coordenação-Geral do Sistema de Tributação, publicado em 29/12/1997 no D.O.U..

Com esse entendimento, apuramos as divergências quanto à diferença de Cofins que deixou de ser lançada e recolhida pelo contribuinte, conforme demonstrativo abaixo:

(...)

No demonstrativo acima foram incluídas as bases de cálculo relativas ao ano-calendário 1996 para as quais, apesar de não terem sido informadas pelo contribuinte, constatou-se, nos sistemas da SRF, que o pagamento da Cofins foi insuficiente tendo em vista a base de cálculo para a contribuição para o PIS no mesmo período, informada na Declaração de Rendimentos - IRPJ 1997.

Regularmente cientificada do auto de infração em 11/01/2002, a interessada interpôs impugnação em 04/02/2002, às fls. 40/66, na qual alega, em síntese e fundamentalmente, que:

3.1. em relação aos fatos geradores ocorridos entre jan/96 a dez/96, decaiu o direito de o Fisco proceder ao lançamento de ofício,

184 //

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL Brasília, 08, 12, 08 Necy Batista dos Reis Mat. Siapc 91806

nos termos do art. 150, § 4º da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional (CTN);

3.2. a fiscalização autou a impugnante sob o argumento de que esta teria deixado de incluir receitas de factoring na base de cálculo da Cofins, provenientes da diferença constatada entre os valores de aquisição e os valores descritos na face dos títulos e ou direitos adquiridos; o 1º Conselho de Contribuintes vinha manifestando entendimento de que todas as transações das factoring eram prestação de serviços, determinando a tributação sobre toda a receita auferida, "como se fosse uma única forma de prestação", "não se separando conceitualmente as diferentes atividades praticadas pela empresa";

3.3. contudo, tal entendimento fiscal perdeu toda a sua força após a distinção jurídica (em relação à existência de serviço) existente entre a "obrigação de fazer" e a "obrigação de dar", determinada pelos Ilustres Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária realizada em 11 de outubro de 2000, nos autos do Recurso Extraordinário nº 166.121-3. Transcreve ementa e excertos do voto;

3.4. a atividade da impugnante divide-se em prestação de serviços e compra de créditos. Quando executa para seus clientes a alavancagem mercadológica, acompanhamento de contas a receber e a pagar ou seleção ou avaliação dos sacados devedores ou fornecedores, está prestando um serviço, pois está praticando uma obrigação de fazer, o que faz nascer obrigação tributária referente a prestação de serviço;

3.5. a cessão de crédito é regida pelo Código Civil, artigos 1065/1078; na operação de cessão de crédito não há qualquer prestação do cessionário para o cedente, o que ocorre é que o cedente vende seu crédito para o cessionário em uma operação mercantil ou em uma cessão de crédito civil; se analisada esta operação pela legislação mercantil, verificar-se-á que também não há qualquer obrigação de fazer do cessionário frente ao cedente, pois na compra e venda só há obrigação de dar;

3.6. o que pretende o fisco é modificar a definição legal da operação de compra de crédito para transformá-la em uma prestação de serviços, sem todavia ter o menor respaldo legal;

3.7. a Lei Complementar nº 70, de 30 de dezembro de 1991, em seu art. 2º, determinava como base de cálculo da Cofins a receita bruta das vendas de mercadorias e serviços; o STF firmou entendimento no sentido de que só há prestação de serviços nas obrigações de fazer e que a lei tributária não pode modificar o conceito dos institutos; se a compra (ou cessão) de crédito não é obrigação de fazer e, por consequência, não pode ser definida como "serviço", não pode ser a mesma incluída na base de cálculo da Cofins até o advento da Lei nº 9.718/98;

3.8. há ilegalidade no disposto na alínea c do item I e no item II do Ato Declaratório Normativo nº 31, de 24 de dezembro de 1997, pois define-se uma tributação não constante da Lei Complementar nº 70, de 1991, haja vista que não existe a figura do serviço de aquisição de direitos creditórios. Ora, se o referido Ato Declaratório Normativo nº

1811

MF. - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL Brasília, <u>08, 12, 08</u> <i>ney</i> Necy Batista dos Reis Mat. SIAPE 91806

31/97 foi publicado, era porque a própria Receita Federal verificou não estar clara a incidência do tributo pretendido. Até porque não havia, até a data da publicação do Ato, qualquer determinação legal no sentido de que a base de cálculo das *factoring* teria que abrigar o valor do deságio quando da compra das Duplicatas.

Alega a impugnante, por fim, que se acaso não fosse aceita sua tese, a exigência da Cofins nos termos do Ato Declaratório Normativo nº 31, de 1997, deveria dar-se apenas a partir da data da publicação do ato. Caso assim não se entendesse, deveria ser cancelada ao menos a multa de ofício relativa aos fatos geradores ocorridos até a publicação do ato, uma vez que antes dele não havia outra determinação expressa sobre a matéria em questão, não podendo a contribuinte ser penalizada com uma multa de ofício sobre matéria que ensejava diferentes interpretações.

Registre-se que o presente feito encontrava-se aguardando julgamento na Delegacia da Receita Federal de Julgamento em São Paulo/SP I, e foi remetido a esta unidade em face do disposto na Portaria SRF nº 1.515, de 23 de outubro de 2003, que cuidou da transferência de competência para julgamento de processos administrativo-fiscais entre as DRJ.

A DRJ em Campinas/SP manifestou-se no sentido de julgar procedente o lançamento, tendo a contribuinte sido cientificada do teor da decisão e, inconformada, apresentou recurso voluntário alegando em sua defesa as mesmas razões da inicial.

É o Relatório.

Voto

Conselheira Nayra Bastos Manatta, Relatora

O recurso interposto encontra-se revestido das formalidades legais cabíveis, merecendo ser analisado.

No que diz respeito à aplicação do disposto no art. 3º da Lei Complementar nº 118/05 à constituição de crédito tributário, é de se observar que o comando legal em questão refere-se expressamente à interpretação do inciso I do art. 168 do CTN, que, por sua vez trata de repetição de indébito tributário e não de constituição de crédito tributário:

Art. 3º Para efeito de interpretação do inciso I do art. 168 da Lei nº 118/05, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional, a extinção do crédito tributário ocorre, no caso de tributo sujeito a lançamento por homologação, no momento do pagamento antecipado de que trata o § 1º do art. 150 da referida Lei. (grifo nosso)

Art. 168 - O direito de pleitear a restituição extingue-se com o decurso do prazo de 5 (cinco) anos, contados:

I - nas hipóteses dos incisos I e II do artigo 165, da data da extinção do crédito tributário;

1341

117 - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL Brasília, 08/12/08 Necy Necy Batista dos Reis Mat. Sijape 91806

CC02/C04 Fls. 149

II - na hipótese do inciso III do artigo 165, da data em que se tornar definitiva a decisão administrativa ou passar em julgado a decisão judicial que tenha reformado, anulado, revogado ou rescindido a decisão condenatória. (grifo nosso)

Art. 165 - O sujeito passivo tem direito, independentemente de prévio protesto, à restituição total ou parcial do tributo, seja qual for a modalidade do seu pagamento, ressalvado o disposto no § 4 do artigo 162, nos seguintes casos:

I - cobrança ou pagamento espontâneo de tributo indevido ou maior que o devido em face da legislação tributária aplicável, ou da natureza ou circunstâncias materiais do fato gerador efetivamente ocorrido;

II - erro na edificação do sujeito passivo, na determinação da alíquota aplicável, no cálculo do montante do débito ou na elaboração ou conferência de qualquer documento relativo ao pagamento;

Ou seja, o que o art. 3º da Lei Complementar nº 118/05 disse expressamente é que a extinção do crédito tributário ocorre, no caso de tributo sujeito a lançamento por homologação, no momento do pagamento antecipado de que trata o art. 150, § 1º da Lei nº 5.172/1966, e que o prazo para pedir repetição de indébito tributário decorrente de pagamento espontâneo de tributo indevido ou maior que o devido ou de erro na identificação do sujeito passivo, na alíquota aplicável, no cálculo do montante do débito ou na elaboração de qualquer documento relativo ao pagamento extingue-se em cinco anos contados do pagamento indevido ou maior que o devido.

Assim sendo, o referido dispositivo legal não pode ser aplicado para o caso de lançamento, pois que se refere, como já se disse à repetição de indébito tributário.

A norma que rege o prazo decadencial para constituição de crédito tributário relativos a tributos sujeitos ao lançamento por homologação está contido no art. 150, §4º do CTN, e não no § 1º do citado artigo.

Observe-se que o § 4º do art. 150 do CTN assim dispõe:

Art. 150 - O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

.....
§ 4º - Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação. (grifo nosso)

Como se verifica, a norma do CTN estipula regra geral de prazo à homologação, deixando facultado à lei a prerrogativa de estipular, de modo específico, prazo diverso para a ocorrência da extinção do direito da Fazenda Pública em constituir o crédito.

Neste ponto, o meu posicionamento é no sentido de que essa espécie tributária sujeita-se ao prazo decadencial estabelecido no artigo 45 da Lei nº 8.212/1991, como assim

131/1 6

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL Brasília, <u>08, 12, 08</u> <i>Necy</i> Necy Batista dos Reis Mat. Siapc 91806

votei até a sessão de julgamento do mês passado. Todavia, em respeito à assentada jurisprudência deste Colegiado, e agora, com mais razão, em virtude da Súmula Vinculante nº 08 do STF, adoto o prazo limite de cinco anos para a Fazenda Nacional constituir o crédito tributário pertinente à contribuição para o Financiamento da Seguridade Social, nos termos do Código Tributário Nacional.

Desta forma, entendo ter ocorrido a decadência do direito de a Fazenda Nacional constituir o crédito relativo aos períodos de janeiro a dezembro/96, uma vez que a ciência do lançamento deu-se em 11/01/2002.

No que tange à base de cálculo da Cofins para as empresas de *factoring* a contribuinte entende que por não representarem a aquisição de direitos creditórios resultantes de vendas mercantis a prazo ou de prestação de serviços, faturamento nos termos da Lei Complementar nº 70/91 sobre tais valores não deveria incidir a referida contribuição.

O *Factoring* é uma atividade legal, mundialmente consagrada, amparada pela legislação, que presta serviços, variados e abrangentes, conjugados com a aquisição de direitos creditícios, com direito de regresso.

Por ser uma atividade singular, exige alto conhecimento técnico, portanto, deve ser praticada por empresa profissionalmente habilitada, especializada, e destina-se a fomentar a atividade de pequenas e médias empresas, e de pessoas físicas equiparadas às jurídicas.

Sendo assim, a atividade de *Factoring* engloba:

- compra de direitos creditícios - cheques pré datados, duplicatas, etc.;
- parceria no financiamento das vendas a prazo dos produtos e serviços de seus clientes; e
- prestação de serviços variados, nas áreas de crédito, marketing, alavancagem mercadológica, além de constante aconselhamento técnico administrativo.

Todas as atividades acima relacionadas quando praticadas pelas empresas de *factoring* representam receitas em conta própria, por fazerem parte do objetivo social da empresa, e devem sofrer a tributação da Cofins.

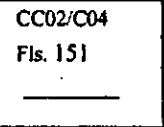
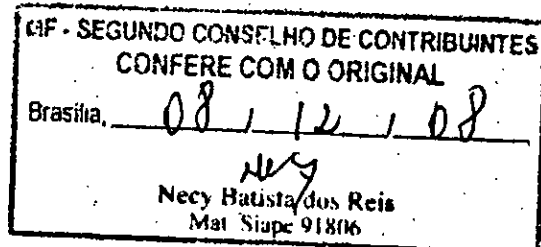
O que se tributa, para fins de PIS, Cofins, IRPJ, CSL e ISS é o resultado, ou a comissão obtida com a operação, conforme art. 31, Lei nº 8.981/95.

Desta forma, entendo que nas operações em questão o que se tem é um ganho decorrente da operação de compra e venda de direitos creditórios. Ou seja, um ganho decorrente de alienação de direito creditório seu, que é uma das atividades da empresa de *factoring*.

E sendo os rendimentos da operação em questão advindos da alienação de bem móvel ou de direito creditório da empresa, representando, portanto, um ganho de capital ou receita bruta operacional, por constituir receita advinda da atividade econômica geral praticada pela empresa, já que dentre as atividades das factorings está a compra de direito creditício (como já dito anteriormente), sujeita-se à tributação da Cofins

Nos termos da Lei nº 9.249, de 28 de dezembro de 1995, art. 15, § 1º, II, e da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, art. 58, as empresas de *factoring* exercem atividades de prestação de serviços e compras de direito creditório.

Esses serviços prestados incluem os "de assessoria creditícia, mercadológica, gestão de crédito, seleção e riscos, administração de contas a pagar e a receber", e as



compras de direitos creditórios referem-se aos "resultantes de vendas mercantis a prazo ou de prestação de serviços".

As disposições legais citadas, embora se refiram à legislação do Imposto de Renda, aplicam-se claramente ao presente caso, uma vez que se trata de conceito extraído da Resolução do Banco Central nº 2.144, de 22 de fevereiro de 1995, que cuidou exatamente da definição das atividades de *factoring*.

Assim, a compra de direitos creditórios representa exercício de atividade operacional das empresas de *factoring* e seu resultado representa faturamento.

Ademais, o Tribunal Regional Federal da 5ª Região, ao apreciar as AMS nºs 70.854/CE, 68.085/PE e 66.756/RN e o AGTR 18.566/CE¹, entendeu que a incidência da Cofins nesse tipo de operação é legal, conforme a ementa citada pela Fiscalização na fl. 117 dos autos. As ações citadas foram todas propostas pela Associação Nacional de *Factoring* - Anfac². A ementa do Acórdão da AMS nº 66756/RN diz o seguinte:

TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. AQUISIÇÃO DE DIREITOS CREDITÓRIOS. INCIDÊNCIA DA CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS. CONCEITO DE FATURAMENTO/RECEITA BRUTA. ATO DECLARATÓRIO (NORMATIVO) Nº 31/97, DA RECEITA FEDERAL.

1. Considerando o conceito, no Código Comercial, de compra e venda mercantil, há que se reputar alcançada a aquisição de direitos creditórios, a reclamar a incidência da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins sobre a receita auferida pelas empresas de 'factoring', através de tal operação.

2. O Código Tributário Nacional prevê a adoção de conceitos e institutos de Direito Privado, na interpretação das normas do Direito Tributário, impondo-se, por outro lado, na espécie, uma interpretação mais abrangente, tendo em vista a necessidade de que todos os segmentos empresariais contribuam para o custeio da Seguridade Social.

3. Apelação improvida.

Assim, a compra e venda de direitos creditórios mercantis, enquadrando-se no conceito de compra e venda mercantil, é operação de comércio. Portanto, não se trata de discutir os requisitos de uma operação típica de empresa de *factoring*, no sentido prelecionado pela doutrina, mas de saber se a legislação considera as operações em análise como de empresas de *factoring*, o que, conforme demonstrado, é inegável.

Dai decorre, em face do princípio da universalidade do financiamento da seguridade social, insculpido no *caput* do art. 195 da Constituição Federal, como ressaltado na ementa acima citada, que os resultados das operações com títulos de crédito devem compor a base de cálculo da Cofins, pelo fato de seu resultado representar faturamento das empresas de *factoring*.

A recorrente alega, ainda que o ADN 31/97 alterou a base de cálculo da contribuição, criando nova hipótese de incidência. Na verdade, o que o referido ato declaratório

¹ Encontram-se decisões semelhantes do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (AMS nºs 60.033 e 63.237).

² À qual não é afiliada a recorrente.

104 A

14F - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL Brasília, <u>08, 12, 08</u> <i>NCR</i> Necy Batista dos Reis Mat. SIAPE 91806

normativo fez foi explicitar o entendimento a respeito do que seria o faturamento no caso de operações com direitos creditórios por parte das empresas de factoring.

O referido Ato Declaratório não alterou a base de cálculo da Cofins, que continua a ser o faturamento, apenas identificou naquelas operações elencadas qual o montante a ser qualificado como faturamento, e, no caso tal, ou seja, a diferença entre o valor de aquisição e o valor de face do direito adquirido. Por conseguinte, o ADN limita-se a especificar o que deve ser entendido como faturamento nos casos de que trata.

Da mesma forma, incabível requerer-se, alternativamente, que a exigência da contribuição sobre a *diferença entre o valor de aquisição e o valor de face do título ou direito adquirido* ocorresse apenas a partir da publicação do Ato Declaratório Normativo nº 31, de 1997, ou que fosse excluída a multa de ofício até sua publicação, uma vez que, em se tratando de dispositivo interpretativo que não altera a legislação vigente, aplica-se desde a entrada em vigor dos diplomas legais que interpreta. Por sinal, a Coordenação-Geral do Sistema de Tributação, já havia se manifestado no mesmo sentido anteriormente, conforme expresso no Parecer CST nº 1.162, de 20 de setembro de 1993:

Factoring – constitui receita operacional a diferença entre o valor de face e o valor de venda do direito (título ou crédito), acrescido de outras receitas inerentes à transação. – Receitas de comissão por serviços prestados de levantamento cadastral, avaliação de riscos, assessoria contábil, jurídica e mercadológica.

Diante do exposto, voto no sentido de dar provimento parcial ao recurso voluntário interposto para reconhecer a decadência relativa aos períodos de janeiro a dezembro/96, nos termos do voto.

Sala das Sessões, em 01 de julho de 2008.

Nayra Bastos Manatta
NAYRA BASTOS MANATTA