

MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
SEGUNDA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo nº 16327.002619/2001-03
Recurso nº 136.205 Voluntário
Acórdão nº 2202-00.115 -- 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 08 de maio de 2009
Matéria COFINS
Recorrente DELTA AMIKA FACTORING-FOMENTO COMERCIAL LTDA
Recorrida DRJ-SÃO PAULO/SP

NORMAS GERAIS. HOMOLOGAÇÃO TÁCITA.

Nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, tendo o contribuinte realizado todos os procedimentos que lhe exige o artigo 150 do CTN, a fluência do prazo de cinco anos, na forma definida no seu parágrafo 4º, retira da Fazenda Pública a possibilidade de constituir crédito tributário em relação àquele fato gerador.

COFINS. BASE DE CÁLCULO NA VIGÊNCIA DA LEI COMPLEMENTAR Nº 70/91. FATURAMENTO. FACTORING. OPERAÇÃO DE COMPRA DE TÍTULOS POR VALOR INFERIOR AO DE FACE. NÃO INCLUSÃO.

A receita obtida pelas empresas de fomento comercial, consistente na diferença entre o valor de face dos títulos comprados e o valor efetivamente pago por eles, não se submete à tributação pela COFINS devida sobre a receita de vendas de mercadorias e ou de prestação de serviços na forma definida na Lei Complementar nº 70/91.

Recurso provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da 2ª Câmara/2ª Turma Ordinária, da Segunda Seção de Julgamento do CARF: I) por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso, para reconhecer a decadência dos períodos anteriores a 11/12/96; e II) por maioria de votos, em dar provimento ao recurso, para afastar a incidência da Cofins sobre as receitas advindas da diferença entre valor de face e valor efetivamente pago pelos títulos. Vencidos os Conselheiros Alexandre Kern (Suplente) e Nayra Bastos Manatta, que negavam provimento.


NAYRA BASTOS MANATTA

Presidenta



JULIO CÉSAR ALVES RAMOS

Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Rodrigo Bernardes de Carvalho, Ali Zraik Junior, Sílvia de Brito Oliveira, Marcos Franchesi Ortiz e Leonardo Siade Manzan.

Relatório

Contra a empresa foi lavrado auto de infração de COFINS sobre as receitas obtidas com a atividade de fomento comercial por ela desenvolvida. O lançamento alcançou fatos geradores ocorridos entre janeiro de 1996 e dezembro de 1998 e foi cientificado ao contribuinte, por via postal, em 11 de dezembro de 2001 (fl. 43).

As parcelas ora exigidas, a título de *receitas de serviços* alcançam, em verdade, a diferença entre o valor de face dos títulos adquiridos junto a seus clientes, valor que é pago pelos clientes da empresa vendedora, e o valor pago pela atuada à empresa original.

Segundo a fiscalização, a base legal para essa interpretação seria o art. 28 da Lei nº 8.981/95, com as alterações promovidas pelas Leis 9.065/95 e 9.430/96, consoante entendimento expedido pela Coordenação de Tributação da Secretaria da Receita Federal por meio do Ato Declaratório Normativo nº 31/97.

O lançamento foi impugnado sob os argumentos de que feria ocorrido decadência em relação aos fatos geradores anteriores a 11 de dezembro de 1996, em respeito à determinação do art. 150 do CTN, bem como que as receitas atuadas constituem, em verdade, receita de natureza financeira, não compondo, portanto, a base de cálculo da contribuição até o advento da Lei nº 9.718/98. Aduz ainda que o artigo citado como fundamento (28 da Lei nº 8.981/95) já se encontrava extinto no momento da ocorrência dos fatos geradores atuados e que a multa de ofício seria inaplicável porque as informações que foram utilizadas pelo fisco para efetuar o lançamento já se encontravam em seu poder, visto que constaram da DIPJ entregue.

Esses argumentos não foram, entretanto, acolhidos pela unidade de piso, que reafirmou que o prazo decadencial em relação à COFINS é o previsto no art. 45 da Lei nº 8.212/91 e que o caráter de receita de serviços das parcelas exigidas já se encontrava definido na legislação citada pelo atuante.

Dessa decisão, de que teve ciência em 12 de junho de 2006, recorre a empresa em 12 de julho de 2006. No recurso, repete os argumentos da impugnação, salientando que apenas mencionou a Lei nº 9.718 para demonstrar que até sua edição a base de cálculo da contribuição não alcançaria as receitas aqui pretendidas.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro JÚLIO CÉSAR ALVES RAMOS, Relator

Por ser tempestivo, o recurso merece ser apreciado.

É esse exame tem de começar pela decadência apontada. No ponto, assiste razão à recorrente.

É que não se discute a realização de pagamentos da contribuição em todos os períodos de apuração autuados, que está devidamente comprovada nos autos. Assim, indiscutível a aplicação do artigo 150 do CTN à questão, o que foi repudiado pela DRJ ao argumento de que prevaleceriam as disposições da Lei nº 8.212/91, art. 45.

Hoje em dia essa argumentação já não mais pode ser empreendida visto que o Supremo Tribunal Federal já o declarou inconstitucional, ratificando a interpretação de que a matéria somente poderia ser regulada por meio de Lei Complementar. Assim, mesmo em relação à COFINS, prevalecem as disposições do CTN, recepcionado, como é bem sabido, como lei complementar.

Esse entendimento é de aplicação obrigatória por toda a Administração em consequência da edição da Súmula nº 08 da Corte Maior.

Nesse sentido, à contribuição devem mesmo se aplicar as regras estabelecidas no art. 150 do CTN. Isso porque é ela submetida também (embora a legislação não o diga de forma expressa) à modalidade de lançamento por homologação. Segundo ela, cabe ao contribuinte determinar a matéria tributável, apurar o montante devido e recolhê-lo sem prévio exame por parte da Administração Tributária.

Realizados esses procedimentos, como é o caso em tela, dispõe a Fazenda do prazo de cinco anos contados da data de ocorrência de cada fato gerador para conferir a apuração realizada pelo contribuinte e, em havendo divergência, proceder a sua exigência mediante o instrumento do auto de infração.

Destarte, para os fatos geradores ocorridos anteriormente a 11 de dezembro de 1996, a Fazenda já não podia mais efetuar lançamento contra o contribuinte na data em que o pretendeu – 11 de dezembro de 2001.

Acolho, por isso, a prejudicial de mérito para afastar as exigências desse período.

Passando ao mérito, deve-se registrar que a descrição dos fatos produzida pela autoridade autuante para fundamentar a exigência fiscal se limitou a indicar que a tributação estava incidindo sobre a diferença entre a base de cálculo da COFINS e a do PIS informadas pela contribuinte em sua DIPJ. E que os trabalhos apenas levaram em conta os dados internos disponíveis e as declarações de rendimentos apresentadas pela empresa. Não há, por isso mesmo, indicação precisa do porquê de estes valores serem tributados senão que eles o foram pelo PIS e não haver “diferença substancial entre as duas legislações”.

É a partir da impugnação apresentada pela empresa que se vê que a discussão se resume ao caráter da receita obtida pelas empresas de fomento comercial (*factoring*) ao comprar por valor inferior ao de face os títulos de crédito emitidos pela sua cliente em decorrência de vendas ou de prestação de serviços para pagamento a prazo. A autoridade lançadora entende que essa parcela também integra o faturamento da empresa de fomento comercial, devendo ser incluída na base de cálculo da COFINS, mesmo na vigência da Lei Complementar nº 70/91. Já a empresa defende tratar-se de uma receita financeira, que só pode passar a ser tributada com o advento da Lei nº 9.718/98.

O primeiro dos argumentos expendidos pela recorrente não merece guarida. Refiro-me à alegada falta de base legal para o lançamento em vista da revogação do art. 28 da Lei nº 8.981. E ele não merece acolhimento por duas razões: em primeiro lugar porque não é ele, isoladamente, a “base legal” do lançamento. De fato, a autoridade lançadora aponta o próprio art. 2º da Lei Complementar nº 70 como base. O artigo questionado apenas “esclareceria” que todas as atividades da empresa de fomento comercial seriam prestação de serviço e, como tal, todas as receitas por ela obtidas deveriam compor a base de cálculo da contribuição. Em segundo lugar, e mais importante até, porque mesmo essa revogação não procede. É que a mesma Lei nº 9.249 cujo art. 36 o revogou contém disposição semelhante em seu art. 15.

Enfatize-se que o artigo aqui discutido não diz (até porque não lhe caberia) que o faturamento da empresa de fomento comercial, no sentido adotado pela Lei Complementar nº 70/91, é toda a sua receita. É de se conferir:

Art. 28. A base de cálculo do imposto, em cada mês, será determinada mediante a aplicação do percentual de cinco por cento sobre a receita bruta registrada na escrituração, auferida na atividade. (Revogado pela Lei nº 9.249, de 1995)

§ 1º Nas seguintes atividades, o percentual de que trata este artigo será de: (Revogado pela Lei nº 9.249, de 1995)

- a) um por cento sobre a receita bruta auferida na revenda para consumo de combustível derivado de petróleo e álcool etílico carburante; (Revogado pela Lei nº 9.249, de 1995)*
- b) dez por cento sobre a receita bruta auferida sobre a prestação de serviços em geral, inclusive sobre os serviços de transporte; (Revogado pela Lei nº 9.249, de 1995)*
- c) trinta por cento sobre a receita bruta auferida com as atividades de. (Revogado pela Lei nº 9.249, de 1995)*

c.1) prestação de serviços, cuja receita remunerar essencialmente o exercício pessoal, por parte dos sócios, de profissões que dependam de habilitação profissional legalmente exigida; (Revogado pela Lei nº 9.249, de 1995)

c.2) intermediação de negócios. (Revogado pela Lei nº 9.249, de 1995)

c.3) administração, locação ou cessão de bens imóveis, móveis e direitos de qualquer natureza. (Revogado pela Lei nº 9.249, de 1995)

b) de administração de contas a pagar e a receber; e,

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

II - na hipótese da alínea "c" do inciso anterior, 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

SANDRO MARTINS SILVA

É no entendimento firmado por esse ato que em verdade encontra “fundamento” o auto de infração. Dele, contudo, divirjo.

É que não é um ato declaratório quem define o que é ou não é receita, nem muito menos se uma receita é financeira ou de prestação de serviço. O conceito de receita deve ser buscado na ciência contábil, pois nela se origina. Já a perfeita classificação de uma dada receita em uma de suas espécies depende fundamentalmente daquilo que se poderia chamar seu “fato gerador”, isto é a motivação para sua percepção.

Nesses termos, entendo que receitas financeiras são todas aquelas decorrentes, diretamente ou de forma derivada, de uma operação de crédito. O que as define, pois, é a presença dos elementos que constituem a figura do crédito: o adiantamento de certa quantia e a espera pelo seu recebimento **de volta**. É importante a expressão final porque o valor deve ser devolvido exatamente por aquele a quem foi adiantado.

Enfatizando, mesmo com o risco de ser redundante: numa operação de crédito “original”, A adianta recursos a B; certo tempo depois, previamente combinado por eles, B devolve a A os recursos. Se a operação é onerosa, se acresce uma certa importância para remunerar a espera de A. Para este, essa importância constitui receita financeira, independente do nome que receba: juros, desconto, deságio, prêmio etc.

Dessa definição, resulta claro que a operação havida entre a empresa de fomento comercial e sua cliente aí não se enquadra. De fato, não há um adiantamento da empresa de fomento comercial que gere para sua cliente a obrigação de devolver este valor adiantado com um *plus*. Há, ao contrário, a compra, a título definitivo, de títulos que asseguravam à cliente o futuro recebimento de um valor. De fato, realizada a operação, não há qualquer obrigação adicional da cliente com a empresa de fomento comercial, mesmo que o devedor não honre a obrigação assumida. Não há, pois, como regra, direito de regresso contra a empresa cliente da empresa de fomento comercial.

O que se verifica na operação, portanto, é uma mera transferência de titularidade de um direito a futuro recebimento de dinheiro. Transferência que se faz com todos os riscos inerentes.

O fato de não ser uma operação de crédito “original” como mencionei acima, entretanto, não esgota as possibilidades de percepção de receitas financeiras. É que inicialmente restritas às operações “originais”, não tardou muito para que delas surgisse um mercado secundário para os títulos delas decorrentes, que logo passaram a circular, transferindo ao comprador o direito neles consignado.

Com efeito, logo passou a ser possível a A vender a C o título que representa o seu direito contra B. Ao fazê-lo, A abre mão, parcial ou integralmente, da receita a que fazia jus, pois transfere o seu motivo à espera ao novo titular. De fato, este também só passa a ter direito àquele recebimento na data antes aprazada.

E é óbvio que essas operações podem se desdobrar largamente até que B, o devedor original, finalmente honre o compromisso assumido. Nessas operações intermediárias, pode haver o recebimento de receita tanto pelo vendedor do título como pelo comprador. O primeiro, se o vender por valor superior ao de emissão original; para o segundo se este valor de compra ainda for inferior ao de face.

E para ambos será receita financeira, desde que ainda vinculada à espera para o recebimento. É importante enfatizar esse ponto para que não se pense que advogo que o caráter da receita para quem adquire o título depende do caráter que ela tinha ou teria para o anterior possuidor. Não é o que penso.

O que pretendo dizer é que a receita financeira depende da existência da espera. Com as operações secundárias o que ocorre é que o tomador original, ainda beneficiado pelo prazo que lhe concedeu seu credor original, passa a ter de “devolver” os recursos a outrem. Desde que este também tenha que esperar para o recebimento do valor e dessa espera surja para ele o direito ao recebimento de algum *plus* sobre o valor desembolsado, este valor também constituirá para ele receita financeira.

A frequência dessas operações secundárias envolvendo títulos representativos de empréstimos, como os títulos da dívida pública, apenas requer citação. Não há questionamentos sobre a natureza de receita financeira dos valores recebidos mesmo que o título troque de titularidade muitas vezes antes de ser honrado.

Todavia, em operações envolvendo financiamento, a existência dessas operações secundárias já não é tão comum. De todo modo, não parece difícil assimilá-las conceitualmente às primeiras. Haverá, pois, receita financeira se o direito decorrente do financiamento for negociado a outrem e o seu recebimento continuar dependendo da fluência de um prazo.

A existência dessas operações secundárias, e a caracterização das receitas nelas obtidas como financeiras, deveria ser suficiente para a compreensão das operações que aqui se discute. De fato, aqui se tem mera comercialização de títulos que representam direito a futuro recebimento de dinheiro por valor inferior ao de face. Para o comprador, a diferença decorre do fato de ter de esperar para o recebimento, como já ocorria com o credor original.

O que parece ter complicado essa caracterização no caso das empresas de fomento comercial é que a operação original, que dá direito ao recebimento futuro para sua cliente, não tem sido entendida como uma operação de crédito.

Realmente, a operação original é uma venda de mercadorias ou uma prestação de serviços para pagamento a prazo. No Brasil, tem sido imposto o entendimento de que aí não haveria uma operação de financiamento por parte da empresa vendedora, mesmo reconhecendo-se que o valor a prazo difere do valor à vista. Desse modo, mesmo essa parcela, que só existe em função do prazo concedido, é tratada como se receita de venda ou de prestação de serviço constituísse.

É essa caracterização da operação original, somada ao fato de reconhecidamente não haver uma operação de crédito na compra do título pela empresa de fomento comercial, que dá à figura do fomento comercial no Brasil esse seu caráter *sui generis*. Por causa dela, uma empresa passa a ter direito a receber uma receita, decorrente exclusivamente da passagem de um certo prazo, sem que isso configure operação de crédito, original ou secundária.

Parece-me também ter sido nesse aspecto que o Ato Declaratório se centrou. Por ele, parece, se a receita original era de vendas ou de serviços, assim deveria continuar sendo tratada na compradora. Desse raciocínio também divirjo, pois como disse para mim a classificação da receita deve levar em conta o motivo para sua percepção na operação que a origina, não na operação anterior.

Por isso, não pretendo enveredar aqui pela discussão do caráter, financeiro ou não, da receita originalmente de titularidade da empresa cliente da de fomento comercial. Ele não me parece essencial ao deslinde do tema. Deixo, porém, registrado que a entendo sim financeira.

De fato, a discussão implica dar uma precisa definição à receita obtida com a operação. Mas para que seja incluída na base de cálculo da COFINS quando vigente a Lei Complementar nº 70/91, basta saber se essa operação constitui uma prestação de serviço sabido que não há venda alguma. Assim não penso.

É que serviços correspondem ao resultado do trabalho humano que não se fixa em algo material, embora seja capaz de produzir uma comodidade ou mesmo atender a uma necessidade de quem o recebe. Este, pois, o conceito de serviço, razoavelmente consensual hoje após anos de polêmica: resultado do esforço humano capaz de satisfazer necessidades, mas que precisa ser transferido ao beneficiário concomitantemente à sua produção. Sua marca distintiva dos bens é, assim, a impossibilidade de ser estocado para futura transmissão ao seu destinatário. Com efeito, embora ambos – bens e serviços – se prestem à satisfação de necessidades humanas, os últimos precisam ser transferidos ao beneficiário no mesmo período em que são produzidos.

Essa definição restritiva permite não só distingui-los da gama sempre crescente dos chamados bens imateriais, tais como programas de computador e semelhantes, como igualmente acentua a imprescindibilidade de que alguma atividade humana tenha sido desenvolvida. Não se pode por isso confundir com prestação de serviço a mera transferência de propriedade de algo já existente, bem como a cessão temporária de bem suscetível de uso repetitivo e operações semelhantes, ainda que do ponto de vista econômico até possam ser assim grosseiramente denominados (falando-se, ali, em “serviços de locação”, ou de “serviços financeiros”, consistentes os últimos na realização de operações de crédito).

No caso do *factoring*, por exemplo, constituem prestação de serviços todas as atividades elencadas na definição que lhe deu o mencionado art. 28 da Lei nº 8.981/95 até a expressão “compras”: assessoria credífcia, mercadológica, gestão de crédito, seleção e riscos, administração de contas a pagar e a receber. As atividades realizadas estão aí claramente indicadas: assessorar, gerir, administrar. Todas elas propiciam melhor desempenho financeiro da empresa vendedora, diminuindo o risco de recebimento dos créditos e aumentando a possibilidade de honrar seus próprios compromissos. Não fossem elas realizadas pela empresa de fomento comercial, teriam de ser realizadas por equipe própria da vendedora ou igualmente terceirizada.

No caso das compras, porém, qual a atividade realizada que produz benefício para o cliente? Im meu ver, nenhuma; realiza-se tão-somente uma operação mercantil, a compra de um título. Por meio da compra, a empresa de fomento comercial se habilita a receber o valor do título, mas apenas na data futura nele especificada. No momento da compra ela paga, não recebe pagamento por nada.

Poder-se-ia, é certo, considerar que todas aquelas atividades são realizadas simultaneamente, constituindo a remuneração aqui discutida o pagamento único por todas elas. Mas não é assim.

De fato, aquelas atividades não são sempre realizadas. Tanto que a doutrina tem reconhecido a existência de modalidades diversas de fomento comercial, consistindo aquela dita "convencional" exclusivamente na compra dos títulos de crédito. Nessa modalidade, na qual reconhecidamente se enquadra a quase totalidade do fomento comercial no Brasil, não se assessora, não se administra, não se gere. Não há prestação de serviço alguma.

Pior: mesmo nas outras modalidades de *factoring*, em que aquelas outras atividades são realizadas, suas receitas não se misturam com a que é derivada da compra dos títulos. É, aliás, pacífica hoje a jurisprudência do STJ no sentido de que devem elas ser separadas e somente sobre tais prestações de serviços devem recair as obrigações correspondentes. Por isso mesmo, têm sido afastadas por aquele E. Tribunal tanto a incidência de ISS quanto a obrigação do registro profissional em Conselho Federal de Administração relativamente à parcela decorrente do fomento comercial convencional.

É claro que sempre resta o caminho de descaracterizar o *factoring* da modalidade convencional, impondo que somente quando cumpridas todas aquelas atividades definidas na Lei nº 8.981 se teria realmente o fomento comercial. Mas a única implicação disso seria, a meu ver, reequadrar as *factoring* que apenas a realizassem como instituições financeiras e aplicar as penas previstas na Lei nº 4.595. Isso não tornaria a compra uma prestação de serviços.

O mesmo STJ tem reconhecido o caráter financeiro da atividade de compra dos títulos, tanto que admitiu mesmo a cobrança de juros e determinou a incidência da chamada lei da usura, que os limita a doze por cento ao ano. Nessa linha, tem sido reiteradamente reconhecida a distinção entre intermediação financeira e realização de operações de crédito, estando a primeira fora das exigências daquela lei, não as segundas.

Por todos esses argumentos, embora não seja certo o que ela é, é indubitoso o que ela não é: ela não é proveniente de prestação de serviços ou venda de mercadorias. Não se submete, por isso, à tributação pela COFINS anteriormente à edição da Lei nº 9.718/98.

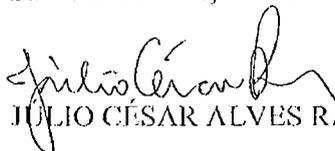
Nesses termos, voto pelo provimento do recurso do contribuinte para:

- a) reconhecer a decadência do direito da Fazenda Nacional à constituição dos créditos relativos a fatos geradores anteriores a 11 de janeiro de 1996 e
- b) no mérito, afastar a exigência da COFINS regida pela Lei Complementar 70/91 sobre as receitas obtidas com a compra de títulos de crédito por valor inferior ao de face por não ser

cla decorrente de prestação de serviços ou venda de mercadorias.

É como voto.

Sala das Sessões, em 08 de maio de 2009


JULIO CÉSAR ALVES RAMOS