



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



PROCESSO	16641.720052/2015-85
ACÓRDÃO	1101-001.554 – 1ª SEÇÃO/1ª CÂMARA/1ª TURMA ORDINÁRIA
SESSÃO DE	18 de fevereiro de 2025
RECURSO	VOLUNTÁRIO
RECORRENTE	K9 SOCIEDADE DE FOMENTO MERCANTIL LTDA.
INTERESSADO	FAZENDA NACIONAL

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Ano-calendário: 2011, 2012

NULIDADE. LANÇAMENTO. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. INOCORRÊNCIA.

Tendo o fiscal autuante demonstrado de forma clara e precisa os fatos que suportaram o lançamento, oportunizando ao contribuinte o direito de defesa e do contraditório, bem como em observância aos pressupostos formais e materiais do ato administrativo, nos moldes da legislação de regência, especialmente artigo 142 do CTN, não há que se falar em nulidade do lançamento.

LANÇAMENTO. MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL – MPF. EVENTUAIS IRREGULARIDADES. NULIDADE. NÃO APLICABILIDADE. JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE. SÚMULA CARF Nº 171.

Na esteira da jurisprudência dominante no âmbito do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, consubstanciada na Súmula CARF nº 171, de observância obrigatória, a existência de eventuais irregularidades na emissão do Mandado de Procedimento Fiscal – MPF, não tem o condão de ensejar a nulidade do lançamento.

PAF. APRECIAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NO ÂMBITO ADMINISTRATIVO. IMPOSSIBILIDADE.

Nos termos dos artigos 98 e 123, e parágrafos, do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF, c/c a Súmula nº 2, às instâncias administrativas não compete apreciar questões de ilegalidade ou de constitucionalidade, cabendo-lhes apenas dar fiel cumprimento à legislação vigente, por extrapolar os limites de sua competência.

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2011, 2012

OMISSÃO DE RECEITAS. RECEITAS ESCRITURADAS E NÃO DECLARADAS. CARACTERIZAÇÃO.

Constituem omissão de receitas os valores contabilizados pelo contribuinte em contas contábeis específicas, mas não informados em DIPJ e, igualmente, não levados à tributação mediante apresentação da respectiva Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais - DCTF.

TRIBUTAÇÃO ESPECÍFICA. ATIVIDADES DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA x ATIVIDADES DE FACTORING.

Fica afastada a possibilidade de tributação do contribuinte sob as regras aplicáveis às empresas de factoring, quando constatado em procedimento fiscal que, de fato, realizou descontos bancários de forma habitual e sistemática, atividade própria de instituição financeira.

PERCENTUAL DE ARBITRAMENTO - INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS

O contribuinte que realiza operações de descontos bancários, de forma habitual e sistemática, atividades próprias das instituições financeiras fica sujeito ao coeficiente de arbitramento no percentual de 45%, específico dessas instituições.

CSLL – ALÍQUOTA ESPECÍFICA PARA INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS

O contribuinte que realiza operações de descontos bancários, de forma habitual e sistemática, atividades próprias das instituições financeiras fica sujeito à alíquota de 15%, específica dessas instituições.

COFINS – ALÍQUOTA ESPECÍFICA PARA INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS

O contribuinte que realiza operações de descontos bancários, de forma habitual e sistemática, atividades próprias das instituições financeiras fica sujeito à alíquota de 4%, específica dessas instituições.

LANÇAMENTO DECORRENTE. CSLL. PIS. COFINS.

O decidido para o lançamento matriz de IRPJ estende-se às autuações que com ele compartilham os mesmos fundamentos de fato e de direito, sobretudo inexistindo razão de ordem jurídica que lhes recomende tratamento diverso, em face do nexo de causa e efeito que os vincula.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar a preliminar de nulidade do lançamento e, no mérito, por maioria, negar provimento ao recurso voluntário. Vencido o conselheiro Diljesse de Moura Pessoa de Vasconcelos Filho que dava provimento ao recurso voluntário para afastar a descaracterização da atividade como factoring. O Conselheiro Diljesse de Moura Pessoa de Vasconcelos Filho manifestou intenção de apresentar declaração de voto.

Assinado Digitalmente

Ricardo Henrique Magalhães de Oliveira – Relator

Assinado Digitalmente

Efigênio de Freitas Junior – Presidente

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros Itamar Artur Magalhães Alves Ruga, Jeferson Teodorovicz, Edmilson Borges Gomes, Diljesse de Moura Pessoa de Vasconcelos Filho, Ricardo Henrique Magalhães de Oliveira, Efigênio de Freitas Junior (Presidente).

RELATÓRIO

K9 SOCIEDADE DE FOMENTO MERCANTIL LTDA., contribuinte, pessoa jurídica de direito privado, já devidamente qualificada nos autos do processo administrativo em epígrafe, teve contra si lavrados Autos de Infração, cientificados em 17/12/2015 (e-fl. 991), exigindo-lhe crédito tributário concernente ao Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica – IRPJ, CSLL, PIS e COFINS, decorrente das infrações abaixo declinadas, em relação aos anos-calendários 2011 e 2012, conforme peça inaugural do feito, às e-fls. 02/78, Relatório Fiscal, de e-fls. 81/102, e demais documentos que instruem o processo:

"A) DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS, DE 38,4% PARA 45%, NOS VALORES DECLARADOS, EM FUNÇÃO DA ATIVIDADE EXERCIDA PELO CONTRIBUINTE SER TÍPICA DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA;

O sujeito passivo confirmou em resposta a Termo de Intimação, que existe cláusula de "Recompra" (a qual prevê a obrigação do Contratante recomprar os títulos negociados no caso de inadimplemento do Sacado-devedor) em todos os

contratos de fomento mercantil que deram origem às receitas do sujeito passivo no período fiscalizado.

O sujeito passivo consta no CNPJ e no contrato social com atuação no ramo de fomento mercantil – factoring e apresentou Declaração de Informações Econômico Fiscais da Pessoa Jurídica (DIPJ) com tributação pelo Lucro Arbitrado nos anos-calendário 2011 e 2012. O referido arbitramento sobre a receita bruta declarada foi efetuado com a aplicação do percentual de 38,4% considerando o art. 532 do Decreto nº 3.000 de 1999 (RIR/99). Entretanto, as atividades efetivamente desenvolvidas pelo sujeito passivo são típicas de instituições financeiras, sujeitando-se a receita auferida na atividade ao percentual de 45% para determinação do lucro arbitrado de acordo com o art. 533 do Decreto nº 3.000 de 1999 (RIR/99).

O artigo 15 da lei nº 9.249/95 em seu inciso III, “d” apresenta o conceito de factoring sob o ponto de vista fiscal: “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)”.

A Fiscalização entendeu que o contrato de factoring consiste na aquisição de créditos faturados por um comerciante ou industrial, sem direito de regresso contra o mesmo. Assim, a empresa de factoring, ou seja, o factor assume os riscos da cobrança e, eventualmente, da insolvência do devedor, recebendo uma remuneração ou comissão, ou fazendo a compra dos créditos com redução em relação ao valor dos mesmos.

A autuação ressalta que contrato de factoring não deve apresentar a cláusula de regresso sob pena de se desconfigurar a *conditio sine qua non* de sua existência, ou seja, o risco é o que o diferencia dos bancos. A existência da cláusula de regresso eleva o fomento empresarial à mesma característica das instituições financeiras. Aponta julgados do STJ que se coadunam com esse entendimento e afirma que a jurisprudência majoritária da referida corte está alinhada a esta interpretação.

Assim, considerou que o correto seria o percentual previsto para a determinação das bases de cálculo do IRPJ aplicável às instituições financeiras, no percentual de 45% (quarenta e cinco por cento) sobre a receita bruta auferida.

O lançamento de ofício do IRPJ consiste, portanto, nas diferenças entre os valores declarados pelo contribuinte no percentual de 38,4% e os valores relativos à aplicação do percentual de 45%, conforme preceituam os artigos 533, 841, inciso IV e 926 do Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999, devido à caracterização da infração em tela.

No caso da CSLL, pelo mesmo motivo acima, ou seja, realização de atividades típicas de instituições financeiras bancárias, sujeita-se à alíquota de 15% (quinze por cento) de acordo com o art. 3º, inciso I da Lei nº 7.689/88, com

redação dada pelo art. 17 da Lei nº 11.727/08 e não 9% como declarou o contribuinte. Foram lançadas, portanto as diferenças entre as alíquotas.

No caso da Cofins, pelo mesmo motivo acima, ou seja, realização de atividades típicas de instituições financeiras bancárias, sujeita-se à alíquota de 4% (quatro por cento) de acordo com o art. 18 da Lei nº 10.684/03 e não 3% como declarou o contribuinte. Foram lançadas, portanto as diferenças entre as alíquotas.

B) OMISSÃO DE RECEITAS CONTABILIZADAS E NÃO DECLARADAS EM DIPJ/DCTF.

A Fiscalização identificou receitas auferidas e contabilizadas pelo contribuinte em contas contábeis específicas, mas que, entretanto, não foram declaradas em DIPJ e não tiveram os tributos correspondentes declarados em DCTF (Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais).

1) Omissão de Receita da Atividade – Receita Mensal Bruta Auferida

A – Conta: Ad Valorem

B – Conta: Ressarcimento de Despesas Bancárias – Despesas de Cartório – Custas Judiciais

C – Conta: Juros Recebidos – contratos e recompras

Quanto à Omissão de Receita da Atividade foram lançados os tributos relativos ao IRPJ, CSLL, PIS e Cofins.

2) Demais Receitas e Resultados – Outras Receitas

OR – Conta: Outras Receitas

Quanto à Demais Receitas e Resultados foram lançados os tributos relativos ao IRPJ e CSLL.

3) Rendimentos e Ganhos Líquidos de Aplicações Financeiras

RF – Conta: Rendimentos sobre Aplicações Financeiras

Quanto à Demais Receitas e Resultados foram lançados os tributos relativos ao IRPJ e CSLL.”

Após regular processamento, a contribuinte interpôs impugnação, de e-fl. 995/1.072, a qual fora julgada improcedente pela 10^a Turma da DRJ em Belo Horizonte/MG, o fazendo sob a égide dos fundamentos inseridos no Acórdão nº 02-68.061, de 25/04/2016, de e-fls. 1.534/1.552, com a seguinte ementa:

“ASSUNTO: NORMAS DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Exercício: 2011, 2012

MATÉRIA NÃO-LITIGIOSA. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO. DEFINITIVIDADE DA CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO.

Considera-se definitivamente constituído o crédito tributário não expressamente contestado pelo Impugnante.

PRELIMINAR DE NULIDADE – TERMO DE DISTRIBUIÇÃO DE PROCEDIMENTO FISCAL

Na hipótese em que infrações apuradas, em relação a tributo ou contribuição contido no Termo de Distribuição de Procedimento Fiscal, também configurarem, com base nos mesmos elementos de prova, infrações a normas de outros tributos ou contribuições, estes serão considerados incluídos no procedimento de fiscalização, independentemente de menção expressa.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA – IRPJ

Ano-calendário: 2011, 2012

OMISSÃO DE RECEITAS. RECEITAS ESCRITURADAS E NÃO DECLARADAS. CARACTERIZAÇÃO.

Caracteriza omissão de receitas a declaração parcial de receitas escrituradas nos livros Diário e Razão da sociedade.

ATIVIDADES DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA x ATIVIDADES DE FACTORING

Fica afastada a possibilidade de tributação do contribuinte sob as regras aplicáveis às empresas de factoring, quando constatado em procedimento fiscal que de fato realizou descontos bancários de forma habitual e sistemática, atividade própria de instituição financeira.

PERCENTUAL DE ARBITRAMENTO - INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS

O contribuinte que realiza operações de descontos bancários, de forma habitual e sistemática, atividades próprias das instituições financeiras fica sujeito ao coeficiente de arbitramento no percentual de 45%, específico dessas instituições.

MULTA DE OFÍCIO NO PERCENTUAL DE 75% - LANÇAMENTO DE OFÍCIO Princípio da Legalidade. Correta a aplicação do percentual, pois de acordo com o texto legal que rege a matéria.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. CSLL. COFINS. PIS/PASEP.

Aplica-se às exigências ditas reflexas o que foi decidido quanto à exigência matriz, devido à íntima relação de causa e efeito entre elas.

CSLL – ALÍQUOTA ESPECÍFICA PARA INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS O contribuinte que realiza operações de descontos bancários, de forma habitual e sistemática, atividades próprias das instituições financeiras fica sujeito à alíquota de 15%, específica dessas instituições.

COFINS – ALÍQUOTA ESPECÍFICA PARA INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS O contribuinte que realiza operações de descontos bancários, de forma habitual e sistemática, atividades próprias das instituições financeiras fica sujeito à alíquota de 4%, específica dessas instituições.

DILIGÊNCIA/PERÍCIA.

Indefere-se o pedido de realização de diligência/perícia que seja considerado desnecessário à elucidação da matéria.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido.”

Irresignada, a contribuinte interpôs Recurso Voluntário, de e-fls. 1.574/1.621, procurando demonstrar a insubsistência do Acórdão recorrido, desenvolvendo em síntese as seguintes razões:

Preliminarmente, pretende seja decretada a nulidade do feito, por entender que a autoridade lançadora, ao constituir o presente crédito tributário, não logrou motivar/comprovar os fatos alegados de forma clara e precisa na legislação de regência, contrariando o princípio da verdade material, bem como o disposto no artigo 142 do CTN, em total preterição do direito de defesa e do contraditório da autuada, baseando os lançamentos em meras presunções, sobretudo considerando que escorado em Mandado de Procedimento Fiscal – MPF inválido para o fim pretendido, uma vez abarcar IRPJ e IOF, mas alcançando, ainda, PIS, COFINS E CSLL.

No mérito, após relato das fases e fatos que permeiam o lançamento, insurge-se contra a exigência consubstanciada na peça vestibular do feito, aduzindo para tanto *que a autuação fiscal baseia-se exclusivamente na desconstituição do conceito de factoring em decorrência dos contratos de fomento do contribuinte possuírem direito de regresso em decorrência de títulos viciados, equiparando o contribuinte a instituição financeira, o que não se justifica conforme os argumentos expostos a seguir. A defesa faz uma longa explanação sobre as origens do factoring e seu surgimento no Brasil.*

Discorre sobre o conceito, natureza jurídica e embasamento legal do factoring.

Comenta sobre as características dos contratos de factoring e das instituições financeiras, abordando as diferenças.

Explica que uma grande diferença existente entre as instituições financeiras e as empresas de factoring está no fato de que estas utilizam recursos de seus próprios sócios e aquelas fazem captação de recursos e intermediação de crédito.

Alega que o factoring é uma operação de risco e não de crédito. O cedente só responde pela existência do crédito, não pela insolvência do devedor, salvo se constar cláusula de responsabilidade expressa no contrato.

Traz vastos conceitos doutrinários sobre factoring e instituições financeiras e elenca duas decisões judiciais nas quais fica afastado o controle do Banco Central em operações de factoring.

Explicita que a empresa optou pelo Lucro Arbitrado utilizando o coeficiente de 38,4%.

Alega ser completo absurdo o Fisco considerar a atividade da empresa típica de instituição financeira pelo simples fato dos contratos de fomento mercantil possuírem direito de regresso em caso de vício.

Aduz que a multa de 75% contraria a jurisprudência da mais alta corte do País e que seu erro foi meramente formal, não concorrendo para a prática de ilícito.

Afirma que o STF vem acatando o Princípio do Não-Confisco para penalidades pecuniárias.

Aduz que a multa qualificada somente deve ser aplicada em casos de evidente intuito de fraude do sujeito passivo, conforme Súmula 14 do CARF.

Pede, ao final, “uma harmonização dos valores, de forma a atingir o objetivo fim, qual seja, resguardar os princípios constitucionais e a continuidade da empresa”.

Opõe-se, ainda, à multa aplicada, por considerá-la excessiva, desproporcional e confiscatória, sendo, por conseguinte, ilegal e/ou constitucional, devendo ser excluída do débito em questão.

Por fim, requer o conhecimento e provimento do Recurso Voluntário, impondo a reforma do *decisum* ora atacado, nos termos encimados, rechaçando totalmente a exigência fiscal.

É o relatório.

VOTO

Conselheiro Ruy Ricardo Henrique Magalhães de Oliveira, Relator.

Presente o pressuposto de admissibilidade, por ser tempestivo, conheço do recurso e passo ao exame das alegações recursais.

Consoante se positiva dos autos, em face da contribuinte fora lavrado o presente lançamento, exigindo-lhe crédito tributário concernente ao Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica – IRPJ, CSLL, PIS e COFINS, decorrente das constatações elencadas no bojo da autuação fiscal e acima relatadas, em relação aos anos-calendário 2011 e 2012, conforme devidamente explicitado no Auto de Infração e Relatório Fiscal.

Inconformada com a exigência fiscal consubstanciada na peça vestibular do feito, a contribuinte interpôs impugnação, a qual fora julgada improcedente pelo Acórdão recorrido, e, posteriormente, recurso voluntário a este Tribunal, escorando sua pretensão nas razões de fato e de direito que passamos a contemplar.

PRELIMINAR DE NULIDADE DO LANÇAMENTO

Em sede de preliminar, pretende seja decretada a nulidade do feito, por entender que a autoridade lançadora, ao constituir o presente crédito tributário, não logrou

motivar/comprovar os fatos alegados de forma clara e precisa na legislação de regência, contrariando o princípio da verdade material, bem como o disposto no artigo 142 do CTN, em total preterição do direito de defesa e do contraditório da autuada, baseando os lançamentos em meras presunções, sobretudo considerando que escorado em Mandado de Procedimento Fiscal – MPF inválido para o fim pretendido, uma vez abarcar IRPJ e IOF, mas alcançando, ainda, PIS, COFINS E CSLL.

Em que pesem as substanciosas razões ofertadas pela contribuinte, seu inconformismo, contudo, não tem o condão de prosperar. Do exame dos elementos que instruem o processo, conclui-se que o lançamento, corroborado pela decisão recorrida, apresenta-se incensurável, devendo ser mantido em sua plenitude.

De fato, o ato administrativo deve ser fundamentado, indicando a autoridade competente, de forma explícita e clara, os fatos e dispositivos legais que lhes deram suporte, de maneira a oportunizar ao contribuinte o pleno exercício do seu consagrado direito de defesa e contraditório, sob pena de nulidade.

E foi precisamente o que aconteceu com o presente lançamento. A simples leitura dos anexos da autuação, especialmente a “Descrição dos Fatos e Enquadramento Legal”, Termo de Verificação Fiscal/Relatório Fiscal e demais informações fiscais, não deixa margem de dúvida recomendando a manutenção do lançamento.

Consoante se positiva dos anexos encimados, a fiscalização ao promover o lançamento demonstrou de forma clara e precisa os fatos que lhes suportou, ou melhor, os fatos geradores dos tributos ora lançados e multas ora exigidas, não se cogitando na nulidade do procedimento.

Melhor elucidando, os cálculos dos valores objetos do lançamento foram extraídos das informações constantes dos sistemas fazendários, bem como dos demais documentos contábeis, fornecidos pela própria recorrente, rechaçando qualquer dúvida quanto à regularidade do procedimento adotado pelo fiscal autuante, como procura demonstrar à autuada, uma vez que agiu da melhor forma, com estrita observância à legislação de regência.

Mais a mais, a exemplo da defesa inaugural, a contribuinte em seu recurso voluntário não trouxe qualquer elemento de prova capaz de comprovar que o lançamento encontra-se maculado por vício em sua formalidade e/ou materialidade, escorando seu pleito em simples arrazoado desprovido de demonstração do sustentado.

Quanto à pretensa irregularidade no Mandado de Procedimento Fiscal – MPF, não obstante compartilhar com o entendimento da recorrente, no sentido de que eventual vício no Mandado de Procedimento Fiscal – MPF enseja a nulidade do feito, conforme já manifestamos em inúmeras oportunidades, o certo é que a jurisprudência pacificada neste Colegiado, consolidada na Súmula CARF nº 171, afasta a mácula no lançamento decorrente de eventuais imperfeições naquele ato, senão vejamos:

“Irregularidade na emissão, alteração ou prorrogação do MPF não acarreta a nulidade do lançamento. (Vinculante, conforme [Portaria ME nº 12.975](#), de 10/11/2021, DOU de 11/11/2021).”

Assim, inobstante entendimento pessoal contrário, diante de norma regimental que obriga a observância das Súmulas por parte dos julgadores deste Colegiado, nos quedamos ao posicionamento majoritário pacificado deste Egrégio Conselho, o qual não acolhe a nulidade do lançamento decorrente de eventuais irregularidades na emissão do MPF, razão pela qual deixaremos de analisar pontualmente os vícios suscitados pela recorrente, uma vez restar totalmente infrutífero o exame destas questões, o que impõe seja rejeitada a preliminar de nulidade arguida.

MÉRITO

No mérito, pretende a contribuinte a reforma do Acórdão recorrido, o qual manteve integralmente as autuações fiscais aduzindo para tanto *que a autuação fiscal baseia-se exclusivamente na desconstituição do conceito de factoring em decorrência dos contratos de fomento do contribuinte possuírem direito de regresso em decorrência de títulos viciados, equiparando o contribuinte a instituição financeira, o que não se justifica conforme os argumentos expostos a seguir. A defesa faz uma longa explanação sobre as origens do factoring e seu surgimento no Brasil.*

Em defesa de sua pretensão, *discorre sobre o conceito, natureza jurídica e embasamento legal do factoring.*

Comenta sobre as características dos contratos de factoring e das instituições financeiras, abordando as diferenças.

Explica que uma grande diferença existente entre as instituições financeiras e as empresas de factoring está no fato de que estas utilizam recursos de seus próprios sócios e aquelas fazem captação de recursos e intermediação de crédito.

A fazer prevalecer sua tese, assevera que o factoring é uma operação de risco e não de crédito. O cedente só responde pela existência do crédito, não pela insolvência do devedor, salvo se constar cláusula de responsabilidade expressa no contrato.

Traz vastos conceitos doutrinários sobre factoring e instituições financeiras e elenca duas decisões judiciais nas quais fica afastado o controle do Banco Central em operações de factoring.

Esclarece que a empresa optou pelo Lucro Arbitrado utilizando o coeficiente de 38,4%.

Alega ser completo absurdo o Fisco considerar a atividade da empresa típica de instituição financeira pelo simples fato dos contratos de fomento mercantil possuírem direito de regresso em caso de vício.

Mais uma vez, não obstante o inconformismo da contribuinte, suas alegações não se prestam a rechaçar o Acórdão recorrido, o qual deve ser mantido em sua integralidade, como passaremos a demonstrar.

Destarte, como alinhavado acima, tratando-se de recurso voluntário em que aduz basicamente as mesmas alegações de fato e de direito lançadas na impugnação, nos reportamos à decisão recorrida, a qual se debruçou com muita propriedade a respeito das matérias postas em debate, de onde peço vênia para transcrever excerto e adotar como razões de decidir, na esteira dos preceitos inscritos no artigo 114, § 12º, inciso I, do RICARF, senão vejamos:

“[...]

ATIVIDADES DE FACTORING x ATIVIDADES DE INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS

Como apontado pela defesa, no mérito, o cerne da questão sob análise está na constatação de que as atividades efetivamente desenvolvidas pela Impugnante são típicas de instituições financeiras, não se enquadrando no conceito de factoring, vez que os contratos de fomento do contribuinte possuem direito de regresso contra o contratante dos serviços.

Segundo consta no Relatório Fiscal, as operações de desconto de títulos, evidenciadas pelos elementos coletados no procedimento fiscal, caracterizaram-se como serviços financeiros prestados, atividades de natureza comercial, similares às operações de instituições financeiras, nos termos do art. 17 e seu parágrafo único da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, Alega o impugnante que durante todo o procedimento fiscal ficou demonstrado que as operações de desconto de títulos se equivaliam à atividade de factoring, que não são privativas de instituições financeiras, tendo tratamento próprio, previsto no art. 58 da Lei nº 9.430, de 1996, não podendo a fiscalização, no Relatório Fiscal, alterar o entendimento apenas para aplicar o maior percentual possível de arbitramento.

O Conselho Monetário Nacional (CMN), por meio da Resolução nº 2.144, de 22 de fevereiro de 1995, esclareceu que factoring é uma atividade comercial, mista e atípica, que soma prestação de serviços à compra de ativos financeiros, praticada por empresas de fomento mercantil e que se distingue das atividades das instituições financeiras, não podendo aquelas empresas praticar qualquer operação privativa de instituição financeira:

Resolução 2.144 – de 22.02.95 Esclarece sobre operações de "factoring" e operações privativas de instituições financeiras.

O BANCO CENTRAL DO BRASIL, na forma do art. 9º da Lei nº 4.595, de 31.12.64, torna público que o CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL, em sessão realizada em 22.02.95, tendo em vista o disposto no art. 4º, inciso VI, da referida Lei, e face ao contido no art. 28, parágrafo 1º, alínea "c.4", da Lei nº 8.981, de 20.01.95, que conceitua como "factoring" a atividade 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, R E S O L V E U:

Art. 1º Esclarecer que qualquer operação praticada por empresa de fomento mercantil ("factoring") que não se ajuste ao disposto no art. 28, parágrafo 1º, alínea "c.4", da Lei nº 8.981, de 20.01.95, e que caracterize operação privativa de instituição financeira, nos termos do art. 17, da Lei nº 4.595, de 31.12.64, constitui ilícito administrativo (Lei nº 4.595, de 31.12.64) e criminal (Lei nº 7.492, de 16.06.86). (destacamos)

Art. 2º Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

A distinção entre as atividades de desconto de títulos e as atividades fomento mercantil (factoring) pode ser encontrada no Decreto nº 6.306, de 14 de dezembro de 2007, que regulamenta o Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro, ou relativas a Títulos ou Valores Mobiliários – IOF, ao dispor sobre operações de crédito:

Art. 2º O IOF incide sobre:

I - operações de crédito realizadas:

a) por instituições financeiras (Lei nº 5.143, de 20 de outubro de 1966, art. 1º); 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);

[...]

Art.3º O fato gerador do IOF é a entrega do montante ou do valor que constitua o objeto da obrigação, ou sua colocação à disposição do interessado (Lei nº 5.172, de 1966, art. 63, inciso I).

[...]

§3º A expressão "operações de crédito" compreende as operações de:

I - empréstimo sob qualquer modalidade, inclusive abertura de crédito e desconto de títulos (Decreto-Lei nº 1.783, de 18 de abril de 1980, art. 1º, inciso I);

II - alienação, à empresa que exerce as atividades de factoring, de direitos creditórios resultantes de vendas a prazo (Lei nº 9.532, de 1997, art. 58);

III - mútuo de recursos financeiros entre pessoas jurídicas ou entre pessoa jurídica e pessoa física (Lei nº 9.779, de 1999, art. 13).

[...] (grifos acrescentados)

Conforme se depreende das normas supratranscritas, as operações de crédito, entre outras, abarcam empréstimos sob qualquer modalidade, inclusive desconto de títulos (os chamados descontos bancários), aquisição de direito creditório e mútuo de recursos financeiros, entretanto, a legislação limitou a atuação das factoring a 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.

Uma das principais características da compra de direitos creditórios no contrato de factoring, que é o que o diferencia do desconto bancário, decorre da inexistência de garantia no momento do recebimento, para empresa de factoring, dos créditos cedidos pelo contratante. A factoring é inteiramente responsável pelo pagamento dos créditos e pela solvência do devedor, assumindo todo o risco do recebimento. Trata-se da assunção do risco da atividade empresarial, pois, a factoring arca com as consequências de sua atividade de administração dos créditos cedidos pelo contratante, sob pena de transformação do contrato de fomento, em contrato de desconto bancário, cuja prática é privativa de instituições financeiras.

O contrato de factoring muito se assemelha ao contrato de desconto bancário. A principal diferença existente entre ambos, é justamente a questão da garantia de solvência dos créditos cedidos.

No contrato de desconto bancário o empresário garante o título de crédito cedido, ao passo que no contrato de factoring o empresário não garante o pagamento dos títulos transferidos, pois, realiza uma cessão civil de crédito.

É da essência dos contratos de factoring que a contratada assuma os riscos pela não recuperação do crédito que lhe foi cedido. O deságio enfrentado pela contratante destina-se, entre outras finalidades, a compensar a assunção dos riscos pela empresa de factoring. Por este motivo a contratada não tem direito de ação contra a contratante pelo simples inadimplemento dos títulos de crédito que lhe foram cedidos. Deve, na qualidade de cessionário, cobrá-los em nome próprio diretamente dos sacados.

O artigo 15 da lei nº 9.249/95 em seu inciso III, “d” apresenta o conceito de factoring sob o ponto de vista fiscal: “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)”.

Para Arnoldo Wald, o contrato de faturização, consiste na aquisição, por uma empresa especializada, de créditos faturados por um comerciante ou industrial, sem direito de regresso contra o mesmo. Assim, a empresa de factoring, ou seja, o factor assume os riscos da cobrança e, eventualmente, da

insolvência do devedor, recebendo uma remuneração ou comissão, ou fazendo a compra dos créditos com redução em relação ao valor dos mesmos. (Curso de Direito Civil, vol. II, n. 235, pág. 466).

O Professor FÁBIO ULHOA COELHO, faz bem essa distinção entre os contratos de desconto bancário e de fomento mercantil:

“A principal diferença está no direito de regresso, na hipótese de inadimplemento pelo terceiro devedor, que não existe na faturização, mas está presente no desconto. De fato, enquanto a faturizadora garante o recebimento do valor faturizado, mesmo que inadimplente ou insolvente o devedor, o banco descontador não fornece essa garantia. Se, no vencimento, o devedor (consumidor ou adquirente) não realiza o pagamento, o banco pode cobrar o devido, em regresso, do cliente descontário, mas a faturizadora não tem nenhum direito contra o faturizado” (Curso de Direito Comercial, vol. 3, 3a. edição, Saraiva: São Paulo, 2002, pág. 136).

Contudo ressalta-se que o contrato de factoring admite exceção. É reconhecido o direito de regresso se o título ou o crédito apresentar vício ou nulidade em sua causa ou origem.

O crédito deve ser verdadeiro, isto é, deve ter uma origem, ou representar um negócio. Assim, uma vez não sendo certo, lícito e regular o crédito, são oponíveis as exceções que afetam a sua própria substância.

Dispõe o Art. 295 do Código Civil Pátrio que “na cessão por título oneroso, o cedente, ainda que não se responsabilize, fica responsável ao cessionário pela existência do crédito ao tempo em que lhe cedeu; a mesma responsabilidade lhe cabe nas cessões por título gratuito, se tiver procedido de má-fé”.

Assim, a responsabilidade do contratante surge somente se houver vício de legalidade, legitimidade ou veracidade dos títulos negociados, ou seja, se houver dado causa ao inadimplemento dos títulos cedidos.

O próprio Superior Tribunal de Justiça já pacificou o entendimento da impossibilidade da ação de regresso em título executivo, em obrigações dessa natureza:

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FOMENTO MERCANTIL - FACTORING. RESPONSABILIDADE DO CEDENTE. 1.- Na linha dos últimos precedentes desta Corte o faturizado não pode ser demandado regressivamente pelo pagamento da dívida. 2.- Agravo Regimental a que se nega provimento. (STJ - AgRg no REsp 1305454/SP, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, 3.ª T., julgado em 14/08/12, DJe 04/09/12).

COMERCIAL - "FACTORING" - ATIVIDADE NÃO ABRANGIDA PELO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL - INAPLICABILIDADE DOS JUROS PERMITIDOS AS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. I - O "FACTORING" DISTANCIA-SE DE

INSTITUIÇÃO FINANCEIRA JUSTAMENTE PORQUE SEUS NEGOCIOS NÃO SE ABRIGAM NO DIREITO DE REGRESSO E NEM NA GARANTIA REPRESENTADA PELO AVAL OU ENDOSSO. DAÍ QUE NESSE TIPO DE CONTRATO NÃO SE APPLICAM OS JUROS PERMITIDOS AS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS E QUE AS EMPRESAS QUE OPERAM COM O "FACTORING" NÃO SE INCLUEM NO AMBITO DO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. II - O EMPRESTIMO E O DESCONTO DE TITULOS, A TEOR DE ART. 17, DA LEI 4.595/64, SÃO OPERAÇÕES TIPICAS, PRIVATIVAS DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS, DEPENDENDO SUA PRATICA DE AUTORIZAÇÃO GOVERNAMENTAL. III - RECURSO NÃO CONHECIDO. (STJ - REsp 119.705/RS, Rel. Ministro WALDEMAR ZVEITER, 3.^a T., julgado em 07/04/98, DJ 29/06/98, p. 161).

RECURSO DE "HABEAS CORPUS". EXAME APROFUNDADO DE PROVAS. CRIME. APELAÇÕES PRIVATIVAS DE INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. "FACTORING". RECURSO IMPROVIDO. 1. O EMPRESTIMO E O DESCONTO DE TITULOS, A TEOR DO ART. 17, DA LEI 4.595/1964, SÃO OPERAÇÕES TIPICAS, PRIVATIVAS DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS, DEPENDENDO SUA PRATICA DE AUTORIZAÇÃO GOVERNAMENTAL. 2. O "FACTORING" DISTANCIA-SE DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA JUSTAMENTE PORQUE SEUS NEGOCIOS NÃO SE ABRIGAM NO DIREITO DE REGRESSO E NEM NA GARANTIA REPRESENTADA PELO AVAL OU ENDOSSO. 3. [...] 4. RECURSO ORDINARIO IMPROVIDO. (STJ - RHC 6.394/RS, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, 6.^a T., julgado em 09/06/97, DJ 30/06/97, p. 31083).

Diferentemente das alegações do impugnante, nas cópias de contratos apresentadas na defesa constam cláusulas que deixam claro que a contratante dos serviços responsabiliza-se não apenas pela existência, validade e vícios redibitórios, mas também pela solvência do sacado-devedor. (cláusula 6^a, §1º) (fls. 1133/1136). A cláusula 10º combinada com a cláusula 15º obriga a contratante recomprar os títulos em caso de inadimplemento do sacado-devedor. Trechos transcritos a seguir:

[...]

Ressalta-se que as cláusulas transcritas acima constam em todos os contratos apresentados na peça recursal. Corroborando a afirmação contida na resposta ao Termo de Intimação nº 0003 item 1, "sim em todos os contratos existem cláusula de recompra" (fl. 89).

Fato é que, a obrigatoriedade de recompra dos títulos por parte dos contratantes pelo simples inadimplemento do sacado-devedor, e não apenas quando der causa à inadimplência, como nos casos de títulos viciados, transformou a operação em desconto bancário, atividade privativa das instituições financeiras.

Sendo assim, conclui-se pela correção do procedimento fiscal ao caracterizar as operações da Impugnante como privativas de instituições financeiras.

Desta forma, pode-se concluir que fica afastada a possibilidade de tributação do contribuinte sob as regras aplicáveis às empresas de factoring, quando constatado, em procedimento fiscal que de fato realizou descontos bancários de forma habitual e sistemática, atividade própria de instituição financeira. [...]

Constata-se, assim, que o procedimento adotado pela autoridade fazendária encontra guarida na legislação de regência, notadamente Leis e Decretos, os quais são, igualmente, de observância obrigatória por este Colegiado.

Observe-se, que a contribuinte em seu recurso voluntário não apresentou novos documentos e/ou razões capazes de rechaçar o entendimento do julgador recorrido, se limitando a fazer referência aos documentos colacionados aos autos na impugnação, além de suscitar a improcedência do Acórdão recorrido, de onde restou claro que a documentação referenciada, isoladamente, não tem o condão de rechaçar a pretensão fiscal.

Ademais, tratando-se de matéria de fato, caberia ao contribuinte ao ofertar a sua defesa produzir a prova em contrário através de documentação hábil e idônea. Não o fazendo, é de se manter o Acórdão recorrido.

Neste sentido, não se cogita em improcedência do feito, tendo em vista que o fiscal autuante agiu da melhor forma, com estrita observância da legislação tributária aplicável à espécie, impondo a manutenção da decisão recorrida em sua plenitude.

DA ANÁLISE DE CONSTITUCIONALIDADE/ILEGALIDADE

Destarte, relativamente às questões de inconstitucionalidades arguidas pelo contribuinte, além dos procedimentos adotados pela fiscalização, bem como a multa e juros ora exigidos encontrarem respaldo na legislação de regência, cumpre esclarecer, no que tange a declaração de ilegalidade ou inconstitucionalidade, que não compete aos órgãos julgadores da Administração Pública exercer o controle de constitucionalidade de normas legais.

Note-se, que o escopo do processo administrativo fiscal é verificar a regularidade/legalidade do lançamento à vista da legislação de regência, e não das normas vigentes frente à Constituição Federal. Essa tarefa é de competência privativa do Poder Judiciário.

A própria Portaria MF nº 1.634/2023, que aprovou o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF, é por demais enfática neste sentido, impossibilitando o afastamento de leis, decretos, atos normativos, dentre outros, a pretexto de inconstitucionalidade ou ilegalidade, nos seguintes termos:

“Art. 98. Fica vedado aos membros das Turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou decreto que:

I - já tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária transitada em julgado do Supremo Tribunal Federal, em sede de controle concentrado, ou em controle difuso, com execução suspensa por Resolução do Senado Federal; ou II - fundamente crédito tributário objeto de:

- a) Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 103-A da Constituição Federal;
- b) Decisão transitada em julgado do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, proferida na sistemática da repercussão geral ou dos recursos repetitivos, na forma disciplinada pela Administração Tributária;
- c) dispensa legal de constituição, Ato Declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional ou parecer, vigente e aprovado pelo Procurador-Geral da Fazenda Nacional, que conclua no mesmo sentido do pleito do particular, nos termos dos arts. 18 e 19 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002;
- d) Parecer do Advogado-Geral da União aprovado pelo Presidente da República, nos termos dos arts. 40 e 41 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993; e
- e) Súmula da Advocacia-Geral da União, nos termos do art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 1993.”

Observe-se, que somente nas hipóteses contempladas no parágrafo único e incisos do dispositivo regimental encimado poderá ser afastada a aplicação da legislação de regência, o que não se vislumbra no presente caso.

A corroborar esse entendimento, a Súmula CARF nº 02, assim estabelece:

“O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.” E, segundo o artigo 123, e parágrafos, do Regimento Interno do CARF, as Súmulas, que são o resultado de decisões unânimes, reiteradas e uniformes, serão de aplicação obrigatória por este Conselho.”

Finalmente, o artigo 102, I, “a” da Constituição Federal, não deixa dúvida a propósito da discussão sobre inconstitucionalidade, que deve ser debatida na esfera do Poder Judiciário, senão vejamos:

“Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I – processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de Lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de Lei ou ato normativo federal;

[...]

Dessa forma, não há como se acolher a pretensão do contribuinte, também em relação à ilegalidade e constitucionalidade de normas ou atos normativos que fundamentaram o presente lançamento.

No que tange a jurisprudência trazida à colação pelo recorrente, mister elucidar, com relação às decisões exaradas pelo Judiciário, que os entendimentos nelas expressos sobre a matéria ficam restritos às partes do processo judicial, não cabendo à extensão dos efeitos jurídicos de eventual decisão ao presente caso, até que nossa Suprema Corte tenha se manifestado em definitivo a respeito do tema.

Quanto às demais alegações da contribuinte, não merece aqui tecer maiores considerações, uma vez não serem capazes de ensejar a reforma da decisão recorrida, especialmente quando desprovidos de qualquer amparo legal ou fático, bem como já devidamente rechaçadas pelo julgador de primeira instância. A propósito da matéria, aliás, o Supremo Tribunal Federal exarou decisão, em sede de Repercussão Geral, nos autos do Agravo de Instrumento nº 791292/PE, firmando entendimento que, de fato, o Acórdão deve ser devidamente fundamentado, mas sem determinar, no entanto, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas.

Assim, no mérito, escorreita a decisão recorrida devendo nesse sentido ser mantido o lançamento na forma ali decidida, uma vez que a contribuinte não logrou infirmar os elementos colhidos pela Fiscalização que serviram de base para constituição do crédito tributário, atraindo para si o *ônus probandi* dos fatos alegados. Não o fazendo razoavelmente, não há como se acolher a sua pretensão.

LANÇAMENTO DECORRENTE. CSLL. PIS. COFINS.

O decidido para o lançamento matriz de IRPJ estende-se às autuações que com ele compartilham os mesmos fundamentos de fato e de direito, sobretudo inexistindo razão de ordem jurídica que lhes recomende tratamento diverso, em face do nexo de causa e efeito que os vincula

Por todo o exposto, estando o Acórdão recorrido parcialmente em consonância com os dispositivos legais que regulam a matéria, VOTO NO SENTIDO DE CONHECER DO RECURSO VOLUNTÁRIO, rejeitar a preliminar de nulidade do lançamento e, no mérito, NEGAR-LHE PROVIMENTO, mantendo incólume a decisão de primeira instância, pelos seus próprios fundamentos.

Assinado Digitalmente

Ricardo Henrique Magalhães de Oliveira

DECLARAÇÃO DE VOTO

Conselheiro Diljesse de Moura Pessoa de Vasconcelos Filho

Não obstante o bem fundamentado do Relator, manifestei interesse em realizar declaração de voto para fins de registrar objetivamente as razões que me levaram a divergir em relação ao mérito, no que diz respeito à descaracterização da atividade desenvolvida pela Recorrente como “factoring” e seu reenquadramento como “desconto bancário”.

Como bem relatado, o fato que ensejou o entendimento da fiscalização no sentido de requalificar a atividade desempenhada pela empresa – de *factoring* para desconto bancário – foi o de que existia “cláusula de recompra” em todos os contratos (modelo-padrão) celebrados pelo sujeito passivo:

Sendo assim, conforme se identifica na legislação e na jurisprudência dominante, verifica-se que a existência de cláusula de Recompra (que conforme referido anteriormente, estava presente em todos os ajustes supostamente de fomento celebrados pelo sujeito passivo) descaracteriza o contrato de Factoring. Fazendo com que, materialmente, as operações realizadas pela fiscalizada sejam equivalentes ao desconto bancário (modalidade de empréstimo). Essa situação evidencia as efetivas receitas auferidas pelo contribuinte no período fiscalizado como próprias de instituições financeiras.

Com todas as vêrias à conclusão adotada pela fiscalização e igualmente pela maioria deste Colegiado, que acompanhou o substancioso voto do Relator, entendo ter sido inadequada a descaracterização da atividade da Recorrente.

Em primeiro lugar, pelo fato de que não é a mera existência de uma “cláusula de recompra”, em um contrato-padrão feito pela empresa, que necessariamente descaracteriza o negócio jurídico.

A atividade de *factoring* é, no Brasil, contrato atípico, isto é, não tem seus elementos básicos e contornos expressamente previstos em lei. A doutrina o qualifica como um contrato complexo, de natureza mista, eis que a relação jurídica que dele decorre é caracterizada pela prestação de serviços (como assessoria creditícia, mercadológica, gestão de crédito, seleção de riscos, administração de contas a pagar e a receber) e pela compra de direito creditório.

A Lei 9.249/1995 (artigo 15, § 1º, III, “d”), por sua vez, ao cuidar do tratamento tributário, define *factoring* como a 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*).

Ou seja: é um contrato atípico, sem forma legal definida, que se caracteriza pelo conjunto das obrigações recíprocas, e cuja delimitação conceitual é feita basicamente pela doutrina e pela praxe empresarial.

Quanto à premissa jurídica de que a cláusula descharacteriza necessariamente o contrato, recorro às palavras precisas da Conselheira Livia de Carli Germano no voto condutor do Acórdão 9101-005.164 da Câmara Superior de Recursos Fiscais, por bem resumirem o ponto central de cautela que há de se ter em casos como o presente (grifos nossos):

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

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

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

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

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

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

(...)

Além disso, também **cabe menção ao argumento de que o fomento mercantil é baseado num contrato de risco e, por isso, o faturizador não**

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

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

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

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

Naquele caso, a CSRF proferiu acórdão que restou a seguir ementado e cuja tese fixada é plenamente aplicável ao presente caso:

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

Considera-se resultado da atividade de fomento mercantil (factoring), passível de tributação pela presunção prevista no artigo 15, §1º, III, “d”, da Lei nº 9.249/1995, as receitas decorrentes da atividade operacional, sendo assim também

consideradas as receitas dos contratos cujas cláusulas imponham regresso e transfiram os riscos da atividade ao cedente em caso de inadimplemento do devedor. O fato de o contrato de factoring conter cláusula de coobrigação ou de regresso contra o cedente não desnatura a operação, nem faz com que as receitas daí decorrentes deixem de poder ser tributadas como receita bruta da atividade da pessoa jurídica.

Note-se que, como bem observado naquele caso, tampouco na cessão de crédito “simples” há vedação a que o cedente responda pela solvência do devedor. Pelo contrário, a regra expressamente admite estipulação em contrário, como prevê o artigo 296 do Código Civil:

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

Portanto, não me parece – com as devidas vêrias – suficientemente segura a premissa jurídica da fiscalização de que a mera existência de uma cláusula de regresso em uma minuta padrão possa efetivamente – e sozinha – descharacterizar a atividade empresarial desempenhada pela Recorrente.

Para além disso, há outras considerações que entendo pertinentes ao caso.

De fato, a possibilidade de existência do direito de regresso em contratos de fomento mercantil não é matéria controversa doutrinaria e jurisprudencialmente especialmente no âmbito do Direito Privado. Disso não há dúvidas.

Entretanto, a meu ver, sua presença ou ausência não podem ser, sozinhas, elemento capaz de – em absoluto e incontornavelmente – descharacterizar o negócio jurídico **para fins tributários**, como feito no presente caso.

Em outras palavras, a simples existência de uma cláusula contratual é um elemento periférico em relação ao que é nuclear do contrato, sobretudo para fins de justificar a requalificação da natureza jurídica **em lançamento tributário**, cujo ônus argumentativo e probatório é ainda mais significativo.

Há de se ter certa cautela em tais situações, sobretudo em razão da possibilidade de que – na realidade da atividade comercial desempenhada pelas empresas, especialmente aquelas de menor porte – constem em contratos atecniais ou cláusulas precariamente redigidas. E o lançamento tributário se reputa aos fatos, não às denominações.

Caberia, para tanto, um muito maior esforço da fiscalização no aprofundamento da sua tese, a fim de efetivamente demonstrar que a essência das obrigações fixadas contratualmente e materialmente desempenhadas pela Recorrente é incompatível com a atividade de *factoring*. De que os atos efetivamente praticados são incoerentes com a causa do negócio jurídico. Tal esforço não foi empreendido nestes autos.

Ao contrário, o entendimento da fiscalização baseou-se na *simples existência* da cláusula contratual na minuta, sem ter investigado a sua real utilização e volume recomprado, por

exemplo. Não houve intimação ou diligência nesse sentido, o que me parece seria necessário para fins de subsidiar, de forma suficientemente sólida, o entendimento de descaracterização da natureza jurídica da atividade da Recorrente.

Retorno, com isso, à consideração inicial de que a desconsideração da natureza jurídica de um negócio jurídico, em lançamento tributário, depende de um ônus probatório e de motivação do ato administrativo (do qual entendo não ter se desincumbido a fiscalização no presente caso). E, com a devida vênia, a **mera existência** de uma cláusula contratual em uma minuta-padrão parece-me não ser capaz de assumir sozinha esse encargo.

Assim, à luz de tais breves considerações, votei por dar provimento ao recurso voluntário, especificamente para afastar a descaracterização da atividade desempenhada pela empresa, divergindo do Relator.

Assinado Digitalmente

Diljesse de Moura Pessoa de Vasconcelos Filho