



DIREITO TRIBUTÁRIO

A opção pelo lucro presumido pelas securitizadoras de ativos empresariais

Ilegalidade do Parecer Normativo COSIT nº 5 de 2014

TÁCIO LACERDA GAMA

11/04/2019 07:00



Crédito: Pixabay

As empresas de securitização de ativos empresariais não se enquadram às regras subjetivas de vedação à opção pelo lucro presumido contidas no art. 14 da Lei 9.718/1998. Portanto, estão autorizadas a optar pelo lucro presumido desde que não lhes sejam aplicáveis as vedações gerais da legislação do IRPJ, isto é, desde que (i) não percebam lucros, rendimentos ou ganhos de capital oriundos do exterior; (ii) não usufruam de benefícios fiscais relativos à redução do IRPJ e (iii) não tenham auferido receita no ano anterior superior a 78 milhões de reais.

A equiparação dessas atividades às espécies típicas securitização de ativos – imobiliários, agrícolas e financeiros – e às atividades de *factoring*, realizada pelo PN COSIT 5/2014, é, portanto, ilegal. O ato normativo já foi, inclusive, superado por

recente Solução de Consulta publicada pela COSIT – SC COSIT 5/2014 -, que além de distinguir a securitização das atividades de *factoring*, reconheceu a ausência de identidade entre as *securitizações típicas* – obrigadas, estas sim, a optar pelo lucro real – e as demais, tais como as de ativos empresariais e tributários.

+JOTA: Assine o JOTA e não deixe de ler nenhum destaque!

Sobre a securitização de ativos empresariais e sua distinção das atividades de faturização

Na securitização, os ativos iniciais são transformados em instrumentos que podem ser vendidos a investidores. O titular de bens, direitos ou expectativas de direitos – denominado “originador” –, cede-os onerosamente para a companhia securitizadora, que aplica um deságio na transação, emitindo títulos ou valores mobiliários lastreados nesses ativos adquiridos. Em seguida, os investidores compram estes papéis emitidos, permitindo à securitizadora que obtenha capital para remunerar o originador do título. A remuneração de referidas sociedades consiste no deságio dos títulos adquiridos.

No Brasil, a atividade de securitização de ativos surgiu com a atuação de empresas não financeiras que realizavam atividades atípicas e que eram, por essa razão, equiparáveis. Isso mudou com a edição de leis e regulamentos que disciplinaram a atividade especificamente no caso de créditos imobiliários, agrícolas e financeiros:

1. **Créditos imobiliários:** lei 9.514/1997, que dispõe sobre o *Sistema Financeiro Imobiliário (SFI)* e Resolução CMN 2686/2000, que *estabelece condições para a cessão de créditos a sociedades anônimas de objeto exclusivo e a companhias securitizadoras de créditos imobiliários;*
2. **Créditos agrícolas:** lei 11.076/2004, que dispõe sobre a *securitização de direitos creditórios do agronegócio* (art. 36 e seguintes);
3. **Créditos financeiros:** resolução CMN 2836, que regulamenta a cessão de créditos financeiros e resolução CMN 2686, que autoriza a realização de *securitização de crédito financeiro, por sociedades anônimas que contenham em sua denominação a expressão Companhia Securitizadora de Créditos Financeiros.*

A securitização de ativos empresariais, por outro lado, remanesceu negócio jurídico atípico, não tendo sido objeto de regulamentação específica, tal como se deu para securitização de ativos tributários. Isso representou, para a securitização de ativos empresariais, a inexistência de submissão a regras regulamentares específicas

acima relacionadas, bem como a continuidade da utilização de debêntures para lastro das operações.

São também inconfundíveis com as atividades de faturização, ou *factoring*. Estas, de acordo com sua definição legal, consistem em prestação cumulativa e contínua de serviços, relacionados com a prestação *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*.

Não se trata, pois, de mera compra, emissão de ativos e venda no mercado – tal como as atividades de securitização -, mas de *administração de créditos* de forma personalizada, que caracteriza *obrigação de fazer* e, assim, verdadeira atividade *creditícia*. Essa atividade é, ainda, enquadrada como *prestação de serviços de intermediação e congêneres*, sujeitos à incidência de ISS nos termos do item 17.23 da lista anexa à LC 116/03.

Ilegalidade do Parecer Normativo COSIT 5/2014 e a SC Cosit 169/2018

No Parecer Normativo nº 5, de 11 de abril de 2014, a Coordenadoria-Geral de Tributação da RFB afirmou ser obrigatória a tributação pelo lucro real das pessoas jurídicas que exploram atividades de compras de direitos creditórios, *“ainda que se destinem à formação de lastro de valores mobiliários (securitização)”*.

O referido ato normativo afirma estar sujeita à apuração pelo lucro real toda e qualquer pessoa jurídica que explore atividade de compra de direitos creditórios. Não faz as necessárias ressalvas com relação à sua abrangência: como destacado, a disposição do art. 14, VII da Lei 9.718/98 se aplica tão somente à securitização de créditos *imobiliários, financeiros e agrícolas*.

Além disso, o Parecer Normativo 05/2014 confunde as atividades de securitização e faturização. Sendo distintas essas atividades e inexistindo norma legal específica que obrigue as securitizadoras de ativos empresariais a optarem pelo lucro real – como há com relação às faturizadoras –, não há fundamento legal para imposição da referida obrigação.

Mas aplicar regime jurídico a situação que não se amolda à descrição normativa hipotética implica, no entanto, violação ao princípio da legalidade, cujos fundamentos são constitucionais (art. 150, I) e legais (art. 97 do CTN). Além disso, o

art. 108 do CTN, em seu §1º, estabelece vedação ao recurso da analogia que resulte em incidência de regime tributário mais oneroso à atividade.

Recentemente, a situação assumiu novos contornos.

A Receita Federal, por meio de ato normativo vinculante publicado em 2018 – a Solução de Consulta COSIT 169, de 26 de setembro de 2018 -, firmou posição diversa da expressa no citado PN 5/14. Na ocasião, afirmou que securitizadoras de créditos tributários, por não se enquadrarem às hipóteses dos incisos do art. 14 da Lei 9.718/98, poderão apurar o lucro por meio do regime presumido. Assim, teve-se o reconhecimento, pela RFB: (i) da distinção entre atividades de *factoring* e as de securitização; e (ii) da não extensão da disposição do inciso VII às empresas que não sejam de securitização de créditos *imobiliário, financeiro ou agrícola*.¹

Portanto, nos termos do novo entendimento da Receita Federal empresa securitizadora “*pode, em princípio, optar pelo regime de tributação com base no lucro presumido, desde que não se enquadre nas hipóteses de obrigatoriedade de apuração do lucro real.*” De forma objetiva, e ainda que implicitamente, a SC 169/18 afirmou que *securitização e faturização* não são sinônimos e, ainda, que a obrigatoriedade de apuração pelo lucro real não se estende a outras securitizadoras que não aquelas expressamente citadas pelo inciso VII do art. 14 da Lei 9.718/98. Exatamente como sustentado no tópico anterior a respeito da ilegitimidade do PN 5/14.

E por se tratar de ato normativo posterior editado pelo mesmo órgão, conforme a mesma competência regulamentar, mas que manifesta posição distinta, esse ato normativo – SC 169/18 – promoveu a superação do Parecer Normativo 5/14. Tem-se, pois, novo critério normativo de interpretação da norma expressa no art. 14, VII da Lei 9.718/98, agora compatível com as disposições legais da Lei 9.718/98 e com o princípio da legalidade.

Referências

ANDERLE, Ricardo. A insegurança jurídica tributária que ameaça a atividade de securitização de créditos empresariais. *Revista Dialética de Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, n. 2015. P. 161, 2013.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS ENTIDADES DOS MERCADOS FINANCEIROS E DE CAPITAIS. Disponível em: <http://www.anbima.com.br/pt_br/index.htm>

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DAS SECURITIZADORAS DE ATIVOS EMPRESARIAIS. Disponível em: <<http://www.ansae.com.br/>>

CAMINHA, Uinie. *Securitização*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CARRAZZA, Roque Antonio. *Imposto sobre a renda perfil constitucional e temas específicos*. São Paulo: Malheiros, 2009.

LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. O conceito de *security* no direito americano e o conceito análogo no direito brasileiro. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, ano XIII, v. 14, p. 60, 1974.

¹⁷ Nos termos do ato normativo “*Empresa securitizadora que explore a atividade de aquisição de direitos creditórios de titularidade de ente público, originários de créditos tributários e não tributários, objeto de parcelamentos administrativos ou judiciais, e a estruturação e implementação de operações que envolvam a emissão e distribuição de valores mobiliários ou outra forma de obtenção de recursos junto ao mercado de capitais – lastreadas nos referidos direitos creditórios –, pode, em princípio, optar pelo regime de tributação com base no lucro presumido, desde que não se enquadre nas hipóteses de obrigatoriedade de apuração do lucro real.*”

TÁCIO LACERDA GAMA – Professor de Direito Tributário, graduação, mestrado e doutorado da PUC-SP e do IBET. Advogado.

Os artigos publicados pelo JOTA não refletem necessariamente a opinião do site. Os textos buscam estimular o debate sobre temas importantes para o País, sempre prestigiando a pluralidade de ideias.