

As perguntas abaixo foram formuladas pelo SINAENCO para Natal & Locatelli Advogados Associados S/C, escritório responsável pela ação contra a Cofins interposta pelo sindicato (respostas atualizadas em 24/11/05):

1- Distribuímos um mandado de segurança em maio de 2003; a partir daí, as empresas associadas já conquistaram algum direito concreto?

O mandado de segurança coletivo impetrado pelo Sindicato Nacional das Empresas de Arquitetura e Engenharia Consultiva (SINAENCO) em face do Sr. Secretário da Receita Federal foi distribuído em 22.05.2003 à 21ª Vara Federal da Subseção Judiciária do Distrito Federal.

Em 05.06.2003 foi indeferida a medida liminar pleiteada, motivo por que, em 13.06.2003, foi interposto o Recurso de Agravo de Instrumento perante a 4ª Turma do Tribunal Regional Federal de Brasília, ao Desembargador Federal Mário César Ribeiro. O pedido formulado pelo Sindicato também foi negado nesse Recurso.

Paralelamente, após o trâmite regular do mandado de segurança coletivo, sobreveio sentença de primeira instância, julgando improcedente o pedido formulado pelo SINAENCO. Contra essa decisão foi interposto, em 22.10.2003, Recurso de Apelação do Sindicato, sendo que os autos foram distribuídos à 8ª Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região em 25/02/2004.

Em 05/05/2004 os autos foram redistribuídos ao Desembargador Federal Carlos Fernando Mathias.

Em 21/11/05 foi publicado no Diário da Justiça da União o resultado do julgamento ocorrido em 18 de outubro de 2005.

Com efeito, a 8ª Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, nos termos do voto do Desembargador Relator, deu provimento à apelação do SINAENCO.

Entretanto, é necessário aguardar a publicação da íntegra do acórdão para se saber qual a extensão e o alcance da decisão. Conforme acompanhamento diário efetuado a decisão na íntegra foi encaminhada à imprensa oficial em 22 de novembro de 2005. Portanto, nos próximos dias teremos maiores informações acerca da concretude do direito dos associados.

2- Qual a atual situação da ação? Quais os próximos passos?

Como se pode perceber pelas informações arroladas no item 1, o processo encontra-se na segunda instância, aguardando publicação da íntegra da decisão favorável ao SINAENCO, prolatada em 18 de outubro de 2005.

3- Qual a previsão de tempo até o trânsito em julgado, até a sentença definitiva?

O processo ainda deverá tramitar por, pelo menos, mais dois anos até o trânsito em julgado.

4- A sentença definitiva deverá dar que direito às empresas do setor? A todas as empresas ou apenas às sócias do SINAENCO?

A sentença definitiva, ACASO MANTIDA, deverá assegurar às empresas associadas ao Sindicato o direito à isenção da Cofins, resguardando-lhes de qualquer investida do Fisco federal tendente à cobrança desse tributo. Ressaltamos que apenas as empresas associadas que preencham os requisitos legais (constituídas apenas por pessoas físicas, registradas no Registro Civil das Pessoas Jurídicas e cuja atividade seja o exercício de profissão legalmente regulamentada) terão esse direito resguardado, o qual abrangerá, inclusive, as que se associarem posteriormente à propositura da ação, porém antes da sentença definitiva.

5- É necessário esperar o trânsito em julgado, a sentença definitiva, para ingressar com ação individual? Que ação é essa e como deve proceder cada empresa?

Não é necessário aguardar o trânsito em julgado do mandado de segurança coletivo para as empresas ingressarem com ações individuais para discutir restituição dos valores recolhidos indevidamente.

6- Que montante pode ser recuperado? Últimos 10 ou 5 anos?

Para os que ajuizaram ações antes do início da vigência da Lei Complementar nº 118/05, até 08 de junho de 2005, o prazo prescricional para efeito de recuperação de valores é de 10 (dez) anos contados da data do ajuizamento da ação. Contudo, as empresas que ajuizaram as ações após a data acima mencionada, bem como aquelas que pretendem ajuizar no futuro suas ações, o prazo de recuperação ficou limitado a 5 (cinco) anos contados da data da propositura da ação.

7- O valor recolhido será recuperado com juros e correção monetária?

Sim, o valor será recuperado com a aplicação da UFIR até a competência de dezembro de 1995 e, a partir de então, com a aplicação da Taxa Selic.

8- Até quando as empresas precisam ingressar em juízo? Esse direito prescreve?

Não existe uma data limite para a propositura da ação judicial, mas, a cada mês transcorrido, a empresa perde, em razão da prescrição, o valor recolhido indevidamente na mesma competência do décimo ano imediatamente anterior. Assim, os valores recolhidos em outubro de 2000 só poderão ser questionados caso a empresa proponha a ação até outubro de 2005.

9- Que documentos as empresas devem ter em mãos ou providenciar?

Para a propositura da ação são necessárias apenas duas cópias do contrato social e alterações posteriores, procuração assinada pelo representante legal da empresa e guias de recolhimento da Cofins dos últimos dez anos (Código de recolhimento 2172).

10- A modificação da forma societária (novo Código Civil) das antigas sociedades civis implica na perda do objeto da ação para suspensão do recolhimento desse tributo e recuperação dos créditos passados (Súmula 276 - STJ)?

Não, a modificação da forma societária a partir do novo Código Civil não prejudica a discussão a respeito da isenção outorgada pela Lei Complementar nº 70/91 às sociedades de profissão regulamentada, isso porque qualquer análise nesse campo deve partir da finalidade pretendida pelo dispositivo que assegurou a isenção às sociedades exercentes de profissão regulamentada em lei.

Dessa forma, a isenção prevista no artigo 6º, II, da Lei Complementar nº 70/91 visa a beneficiar as sociedades que exercem atividade legalmente regulamentada, e não todas as sociedades constituídas sob a forma civil.

Por esse motivo, mesmo antes da entrada em vigor do Novo Código Civil, para que uma sociedade fizesse jus à isenção da Cofins, as suas atividades deveriam se enquadrar dentre as previstas no artigo 647 do Regulamento do Imposto de Renda, que elenca as sociedades de “prestação de serviços caracterizadamente de natureza profissional”.

Deve-se salientar, ainda, que o Parecer Normativo nº 15/83 reconhece que a forma societária adotada pouco importa para fins de caracterização das atividades desenvolvidas pela pessoa jurídica, pois o atributo civil ou comercial decorre do seu objeto societário, e não da inscrição da sociedade no registro civil ou comercial.

Assim, tendo em vista o fato de que a Lei Complementar nº 70/91 pretendeu isentar as sociedades prestadoras de serviços legalmente regulamentados, e não simplesmente as sociedades civis, verificamos que a mudança societária prevista no Novo Código Civil não prejudica a discussão judicial para o reconhecimento do direito isentivo.

11- Com base na nova lei 10.833, alguns clientes (Petrobras, por exemplo) estão retendo na fatura Cofins, PIS e outros tributos? Está correto? Como a empresa deve proceder caso já tenha recolhido o tributo?

As empresas tomadoras dos serviços descritos no artigo 30 da Lei nº 10.833/03 e no artigo 647 do Regulamento do Imposto de Renda devem reter o PIS, a COFINS e a CSSL, sem prejuízo da retenção do Imposto de Renda. O artigo 30 da Lei nº 10.833/03 determina que a pessoa jurídica que efetuar pagamento ou crédito a outra pessoa jurídica, pela prestação de serviços de limpeza, conservação, manutenção, segurança, vigilância, transporte de valores e locação de mão-de-obra, bem como pela remuneração de serviços profissionais, deverá efetuar a retenção.

O conceito de serviços profissionais deve ser pesquisado no artigo 647 do Regulamento do Imposto de Renda de 1999, que prevê, no seu § 1º, item 5, o serviço de arquitetura, e no item 17 o serviço de engenharia.

No que se refere aos serviços de engenharia, o Parecer Normativo nº 8/86 exclui da retenção pelo Imposto de Renda os pagamentos efetuados a título de serviços preliminares de engenharia (tais como viabilidade e elaboração de projetos),

execução física de construção civil ou obras assemelhadas e fiscalização de obras, entendimento que, a princípio, pode ser estendido às hipóteses de retenção criadas pela Lei nº 10.833/03.

Em relação à retenção, deve-se salientar que a lei nº 10.925/04 passou a prever a dispensa da retenção da CSLL, do PIS e da COFINS no caso de pagamento igual ou inferior a R\$ 5.000,00 por mês. Havendo mais de um pagamento no mesmo mês à mesma pessoa jurídica, deverá ser efetuada a soma de todos os valores pagos para efeito de cálculo do novo limite.

12- Há disposições diferentes para regime de lucro presumido e de lucro real. Como orientar corretamente as empresas associadas ao SINAENCO?

A Lei nº 10.833/03 prevê que deverão se submeter às suas disposições (apuração da Cofins não-cumulativa à alíquota de 7,6%) as sociedades que apuram o Imposto de Renda pela sistemática do lucro real, mantendo na antiga sistemática de recolhimento (alíquota de 3% sobre o total das receitas auferidas) as pessoas jurídicas que efetuam o recolhimento do Imposto de Renda pelo lucro presumido. Ressalve-se, no entanto, que todas as pessoas jurídicas arroladas no artigo 30 acima citado deverão sofrer a retenção da Cofins, do PIS e da CSLL, independentemente da sistemática de apuração do Imposto de Renda.

13- Como orientar as empresas para não pagarem excessivamente? Quais insumos podem ser creditados?

O aproveitamento de todas as possibilidades de crédito previstas na Lei nº 10.833/03 é a única forma de tentar minimizar o impacto tributário da nova sistemática de recolhimento da Cofins sobre as empresas associadas ao Sindicato. Para tanto, deve-se ressaltar que a pessoa jurídica submetida à sistemática da não-cumulatividade da Cofins poderá apurar créditos calculados em relação a:

- (i) bens adquiridos para revenda, exceto aqueles submetidos à incidência monofásica ou ao regime de substituição tributária;
- (ii) bens e serviços utilizados como insumo na prestação de serviços e na produção ou fabricação de bens ou produtos destinados à venda, inclusive combustíveis e lubrificantes;
- (iii) energia elétrica consumida nos estabelecimentos da pessoa jurídica;
- (iv) aluguéis de prédios, máquinas e equipamentos, pagos a pessoa jurídica, utilizados nas atividades da empresa;
- (v) valor das contraprestações de operações de arrendamento mercantil de pessoa jurídica;
- (vi) máquinas, equipamentos e outros bens incorporados ao ativo imobilizado adquiridos para utilização na produção de bens destinados à venda, ou na prestação de serviços;
- (vii) edificações e benfeitorias em imóveis próprios ou de terceiros, utilizados nas atividades da empresa;
- (viii) bens recebidos em devolução cuja receita de venda tenha integrado o faturamento do mês anterior, e tributada conforme o disposto nesta lei;

Pelo rol acima, verificamos que os prestadores de serviços, como é o caso dos escritórios de engenharia e arquitetura consultivas, terão poucas possibilidades de

crédito para abater do valor devido mensalmente a título de Cofins, já que o valor pago à mão-de-obra de pessoa física, que é o principal insumo desse setor, não gera crédito. Essa vedação está contida no artigo 3º, § 2º, da Lei nº 10.833/03. Por esse motivo, torna-se ainda mais interessante a discussão para ver reconhecido o direito à isenção previsto na Lei Complementar nº 70/91.

Por fim, ressaltamos que as considerações formuladas têm o objetivo de dirimir sucintamente aspectos de interesse das filiadas ao Sindicato, não sendo regra impositiva a todos os associados nem abarcando situações específicas em que se encontrem determinadas sociedades. Para maiores esclarecimentos, sugerimos que seja agendada reunião pessoal.