

## RECEITA FEDERAL ENTENDE QUE RECEITAS FINANCEIRAS DEVEM SER INCLUÍDAS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS PARA AS EMPRESAS TRIBUTADAS PELO LUCRO REAL

Em manifestação a pedido de habilitação de crédito por decisão judicial transitada em julgado (Mandado de Segurança impetrado pelo Sinduscon-DF), formulado por uma empresa associada, para a autorização de compensação dos valores de receitas financeiras incluídos na base de cálculo do PIS e da Cofins, a Receita Federal do Brasil decidiu por não aceitar a habilitação de tais valores, após a edição da Lei nº 10.637/02 (dispõe sobre a não-cumulatividade na cobrança do PIS) e da Lei nº 10.833/03 (dispõe sobre a não-cumulatividade na cobrança da Cofins).

Com efeito, a Receita Federal alega, para tanto, que *“De fato, o entendimento firmado no STF tem eficácia apenas até a edição das Medidas Provisórias nº 66, de 29/08/2002 (convertida na Lei nº 10.637, de 30/12/2002), e 135, de 30/10/2003 (convertida na Lei nº 10.833, de 29/12/2003), pois essas novas normas jurídicas corrigiram o vício de inconstitucionalidade apontado pelo STF e não foram objeto de julgamento pela Corte Suprema, não estando, portanto, alcançadas pelos efeitos da coisa julgada (limites objetivos), consoante previsto no artigo 468 do CPC. Ressalte-se que o entendimento de que houve a correção do vício de inconstitucionalidade pelos novos atos legais vem se consolidando judicialmente, como demonstra o arresto firmado no julgamento da AMS nº 2000.33.00.000832-0-BA, Rel. Des. Federal Carlos Fernando Mathias, DJ de 28/07/2006, p.102. Assim, a inconstitucionalidade do alargamento da base de cálculo perdurou no período de fevereiro de 1999 a novembro de 2002 para a contribuição para o PIS/Pasep, e no período de fevereiro de 1999 a janeiro de 2004 para a Cofins.”*

A Receita Federal tem razão quando afirma que referida ação mandamental ataca, somente, a Lei nº 9.718/98, a qual foi objeto de decisão e análise pelo STF — isto é fato!

Agora, as demais argumentações que se seguiram a partir daí restam totalmente inadequadas ao setor da construção civil, onde tais fatos geradores ou operações não podem ser tratados pelo regramento geral de incidência constantes da Lei nº 10.637/02 e da Lei nº 10.833/03.

Nesse sentido, é de se destacar os aspectos que se seguem:

(1º) Em relação à sistemática da não-cumulatividade do PIS e da Cofins incidente sobre as empresas tributadas com base no regime de apuração pelo Lucro real, exclusivamente, é de se esclarecer que, ao contrário do afirmado pela Receita Federal junto ao referido pedido de habilitação de crédito, a própria legislação é inequívoca ao determinar que:

- retornam ao regime da cumulatividade (ou seja, à Lei nº 9.718/98), para fins do PIS e da Cofins, as receitas relativas às atividades de revenda de imóveis, desmembramento ou loteamento de terrenos, incorporação imobiliária e construção de prédio destinado a venda, quando decorrentes de contratos de longo prazo firmados antes de 31.10.2003 (inclusão do inciso XXVI ao art. 10 da Lei nº 10.833/03 pelo art. 43 da Lei nº 11.196/05) - contratos de longo prazo anteriores a 31/10/03;

- permanecem sujeitas ao PIS e à Cofins na modalidade cumulativa (ou seja, à Lei nº 9.718/98) as receitas relativas aos contratos firmados anteriormente a 31.10.03 (art. 10, XI, alíneas “b” e “c”, e 15, V, da Lei nº 10.833/03): (a) com prazo superior a 1 (um) ano, de construção por empreitada ou de fornecimento, a preço predeterminado, de bens ou serviços; e, (b) de construção por empreitada ou de fornecimento, a preço determinado, de bens ou serviços contratados com pessoa jurídica de direito público, empresa pública, sociedade de economia mista ou suas subsidiárias, bem como contratos posteriormente firmados decorrentes de propostas apresentadas, em processo licitatório, até aquela data; e,

- permanecem sujeitas ao PIS e à Cofins na modalidade cumulativa (ou seja, à Lei nº 9.718/98) as receitas decorrentes de execução por administração, empreitada ou subempreitada de obras de construção civil, até 31 de dezembro de 2008.

E, desta forma, é de conclusão forçosa que todas as operações ou fatos geradores, na forma descrita acima, estão sujeitas ao PIS e a Cofins na modalidade cumulativa (ou seja, à Lei nº 9.718/98), onde as receitas financeiras são sim excluídas da base de cálculos destas contribuições.

Ademais, por outro aspecto, é de se mencionar que, ainda segundo disposição legal, não integram a base de cálculo do PIS e da Cofins as receitas sujeitas à alíquota 0 (zero).

E, nesta linha de raciocínio, o artigo 1º do Decreto nº 5.442/05 estabelece que ficam reduzidas a zero as alíquotas do PIS e da Cofins incidentes sobre as receitas financeiras auferidas pelas pessoas jurídicas sujeitas ao regime de incidência não-cumulativa das referidas contribuições, com exceção aos juros sobre capital próprio.

Em continuidade, no inciso II, do parágrafo único, do Decreto tem-se que a redução à alíquota zero aplica-se às pessoas jurídicas que tenham apenas parte de suas receitas submetidas ao regime de incidência não-cumulativa do PIS e da Cofins.

(2º) É de se destacar que mesmo que não se verificassem todas essas hipóteses de permanência ou retorno à sistemática da cumulatividade do PIS e da Cofins frente às operações ou fatos geradores que a própria norma legal específica, mesmo, assim, o entendimento da Receita Federal em tratar tais incidências de forma geral ou globalizada resta passível de ataque e discussão por parte das empresas que, tributadas pelo Lucro real, não estejam abarcadas pelas referidas hipóteses de retorno à Lei nº 9.718/98, posto que:

- não há entendimento dominante e, muito menos, pacificado em nossos tribunais quanto às Leis nº 10.637/02 e 10.833/03;

- tanto a Lei nº 10.637/02 (dispõe sobre a não-cumulatividade na cobrança do PIS) quanto a Lei nº 10.833/03 (dispõe sobre a não-cumulatividade na cobrança da Cofins), tudo como base no regime de apuração pelo Lucro real, encontram-se evadidas por vícios de ilegalidade / inconstitucionalidade invencíveis; e,

- fazem distinção entre atividades, como por exemplo, a imobiliária, onde tal tratamento dissociado não encontra fundamento ou guarida nos princípios basilares do direito tributário, além de outras questões de inconstitucionalidade que maculam referidas normas legais.

Entendemos, ainda, que todas as empresas tributadas pelo imposto de renda com base no lucro presumido ou arbitrado estão sob o regramento da Lei nº 9.718/98.

Por fim, as empresas tributadas pelo Lucro real, com operações que permaneceram ou, então, retornaram ao regime cumulativo do PIS e da Cofins estão regidas, nestas hipóteses, pela Lei nº 9.718/98 e, quando abarcadas pelo mencionado Mandado de Segurança Coletivo, estarão sim desobrigadas a incluírem na base de cálculo destas contribuições as receitas financeiras.

No entanto, as associadas que, porventura, estiverem com algum problema junto à Receita Federal quanto às questões aqui expostas, poderão entrar em contato com esta Assessoria Jurídica para buscarem referido direito, inclusive, judicialmente, se for o caso.

