

A COFINS E AS EMPRESAS QUE TÊM POR OBJETO A VENDA E A INCORPORAÇÃO DE IMÓVEIS

MARCELO DA FONSECA GUERREIRO

*Juiz Federal no Rio de Janeiro e Professor de Direito Constitucional
da Faculdade de Direito Moraes Júnior*

Tributaristas renomados vêm sustentando que as empresas que têm por objeto a venda e a incorporação de imóveis não estariam sujeitas ao reconhecimento da contribuição social sobre o faturamento – COFINS, por não constituírem os imóveis em mercadorias. Assim, segundo salientam, não teriam essas empresas receita bruta de venda de mercadorias e por esse motivo estariam desobrigadas do pagamento da exação fiscal. Não haveria para eles, *in casu*, o aspecto material do fato gerador da COFINS.

A seguir exporemos nossa opinião sobre a matéria.

A contribuição social sobre o faturamento instituída pela União Federal, através da Lei Complementar n. 70/91, com suporte no art. 195, I, da Super lei, editada com o propósito de substituir a contribuição denominada FINSOCIAL, tem como fato imponible o ato revelador de capacidade contributiva consistente em auferir faturamento mensal, entendido este como a receita bruta das vendas de mercadorias, e serviços e de qualquer natureza.

A sua base de cálculo é o faturamento. Faturamento é o ato de faturar e, de maneira genérica, o total das receitas de venda e/ou serviços. São contribuintes dessa exação fiscal as pessoas jurídicas e aquelas a elas equiparadas pela legislação do Imposto de Renda.

A arrecadação dessa contribuição social para manutenção da seguridade social é feita pela Secretaria da Receita Federal, de acordo com os arts. 11 e 33 da Lei nº 8.212/91.

Importante é salientar que há manifestação vinculativa do Supremo Tribunal Federal, na Ação Declaratória da Constitucionalidade 1/1DF, no sentido de que a COFINS, instituída pela Lei Complementar n. 70/91 é constitucional.

Feitas essas colocações, passemos ao tema proposto.

As empresas que exercem atividade de compra, venda e incorporação de imóveis, em nosso entender, são prestadoras de serviços, e como tais estão sujeitas ao recolhimento da COFINS. Sem dúvida, as receitas de vendas e incorporação de imóveis são receitas de serviços e portanto, formam a base de calculo da COFINS.

Realmente, essas empresas não vendem mercadorias. Mas, entretanto, prestam serviços. E a base de calculo da COFINS não é apenas a receita bruta da venda de mercadorias, mas também a receita bruta decorrente da prestação de serviços, a teor do art. 2º. da Lei Complementar nº 70/91.

As atividades de incorporação, compra e venda de imóveis encontram-se nos itens 32 e 50 da lista de serviços tributáveis pelo ISS do Decreto-Lei nº 406/68, com redação dada pela Lei Complementar nº 56/58.

DECRETO-LEI Nº 406-68

LISTA DE SERVIÇOS

Serviços:

32- Execução, por administração, empreitada ou subempreitada, de construção civil, de obras hidráulicas e

outras obras semelhantes e respectiva engenharia consultiva, inclusive serviços auxiliares ou complementares (exceto o fornecimento de mercadorias produzidas pelo prestador de serviços, fora do local da prestação dos serviços, que fica sujeito ao ICM).

50- Agenciamento, corretagem ou intermediação de bens móveis e imóveis não abrangidos nos itens 45,46, 47 e 48.”

De salientar que a exigência da exação tributária pela Receita Federal não configura, na hipótese, violação de receita bruta de serviços de incorporação e compra e venda de imóveis ao conceito de faturamento inserto no art.2º. da Lei Complementar 70/91.

Destaca Ricardo Lobo Torres (in Curso de Direito Financeiro e Tributário, Rio de Janeiro, Renovar, 1993, pp. 93 e 94) que :

No campo da aplicação do Direito tributário a tipicidade significa a subsunção do fato à forma e ao conceito. Só haveria imposição fiscal se o fato, previamente qualificado pelo intérprete se subsumir, exata e precisamente, em todos os aspectos da definição abstrata da lei. A doutrina alemã da a essa tipicidade o nome de tatbestandmassigkeit (literalmente: conformidade com o fato gerador).

A seguir, jurisprudência que endossa o entendimento até aqui esposado:

“Tributário. COFINS. Incidência. Venda de Mercadorias. LPC 58/87 e LCP 70/91. DEL 406/88.

A empresa, exercendo atividade de compra, venda e incorporação de imóveis, é prestadora de serviços, e como tal está obrigada ao pagamento da cofins. Inexistência de ofensa ao princípio da tipicidade. (trf-4ª .região -1ª. Turma- reo 0453865-95-pr – relator: juiz Vladimir Passos de Freitas – decisão : 26.03.96).

Tributário cofins. Exigibilidade.

Empresa incorporadora de imóveis.

As atividades de incorporação e compra de venda de imóveis encontram-se nos itens 32 e 50, enquadrando-se a impetrante como empresa prestadora de serviços, incidindo, portanto, a COFINS. (TRF- 4ª região – 1ª turma – AC N. 0439983-96- PR – RELATOR: Juiz Luiz Carlos de Castro Lugon – Decisão: 08-10-96).

Ademais, é importante registrar que descabe ao intérprete distorcer o comando legal para que a vontade da lei corresponda à sua vontade interior, por melhor que ela seja. Não foi vontade da lei (LC nº 70/91) excluir da incidência da COFINS as empresas que incorporam e vendem imóveis, pois o art. 1º da referida lex preceitua que são contribuintes da COFINS as pessoas jurídicas, sem fazer distinção quanto à natureza da atividade econômica explorada. Se a lei não distingue não cabe ao intérprete distinguir.

Bom lembrar que a base de cálculo do extinto FINSOCIAL (definida na alínea “a” do § 1.º do art. 1.º do Decreto-lei nº 1940/82, com a redação dada pelo art. 22 do Decreto-lei nº 239/87) e que as empresas que vendem imóveis, segundo a Instrução Normativa SRF Nº 41/89, sujeitavam-se ao FINSOCIAL com base na receita bruta da venda de imóveis, apurada mensalmente segundo os critérios da legislação do Imposto de Renda a elas aplicáveis.

Concluindo, entendemos que as empresas que incorporam e vendem imóveis estão sujeitas ao recolhimento da COFINS, por serem empresas prestadoras de serviços.

BIBLIOGRAFIA

A Constituição na visão dos Tribunais: interpretação e julgados art. por art.- Brasília: Tribunal Regional Federal da 1º. Região, Gabinete da Revista: São Paulo: Saraiva, 1997.

BARROSO, Luiz Roberto. Interpretação da Constituição. São Paulo: Saraiva, 1996.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. Comentários à Constituição de 1998: sistema tributário. Rio de Janeiro : Forense, 1997.

MACHADO, Hugo de Brito. Curso de Direito Tributário. São Paulo: Malheiros Editores, 1993.

TORRES, Ricardo Lobo. Curso de Direito Financeiro e Tributário. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.