

## COFINS E A VENDA DE IMÓVEIS POR EMPRESAS CONSTRUTORAS

Vittorio Cassone<sup>(\*)</sup>

1. Considerações preliminares. 2. A Lei Complementar n. 70/91.  
3. Conclusão.

### 1. Considerações preliminares

Um dos aspectos mais importantes da Ciência do Direito é, sem dúvida alguma, a **exegese**. Importante não só para o cientista do Direito, mas também para o advogado, o professor, o juiz, pois da correta interpretação das leis depende a prática da Justiça, vista sob a ótica do Estado de Direito.

Tal como sói acontecer com outros institutos jurídicos de prol, os métodos de interpretação das leis foram sendo edificados e aperfeiçoados, e hoje já não mais se poderá ter dúvida de que, para obter-se uma boa interpretação, o exegeta deve servir-se de todos os aspectos a ela inerentes, tais como o gramatical, o histórico, o lógico e o teleológico, complementados pelo método sistemático — em que este procura inserir a norma objeto da interpretação dentro de um determinado *sistema* jurídico que lhe diz pertinência, adequando-o e sintonizando-o, para, com isso, extrair-lhe o exato conteúdo, sentido e alcance.<sup>(1)</sup>

É esse o critério jurídico correto.

Por isso, não nos impressiona o fato de *Hans Kelsen* dizer que todos os métodos de interpretação até agora (época em que escrevia) elaborados conduzem sempre a um resultado apenas possível, nunca a um resultado que seja o único correto. É não nos impressiona por entender que, para o Direito, na verdade só uma é a interpretação correta: ou se tem direito, ou se não o tem; ou se está certo, ou errado; ou é devedor, ou não; ou é culpado, ou não; ou é constitucional, ou inconstitucional; ou é legal, ou ilegal. Porque o Direito separa nitidamente as coisas, aspecto que não deve ser confundido com as atenuantes ou agravantes, com as reduções ou exclusões, e assim por diante.

Do contrário, a *aberratio* do *direito alternativo* emergiria das profundezas do mar, em prejuízo daquilo que o Direito tem de mais belo e justo: a descoberta da verdade

---

(\*) Advogado, Prof. de Direito e Membro do IASP

jurídica, com a utilização de critério jurídico cientificamente adequado, em face do Direito positivo vigente que os homens, reunidos em sociedade organizada, decidiram convenicionar.

Mas, enquanto o Direito natural representa valor absoluto — p. ex., a moralidade não precisa estar inserida entre os princípios constitucionais, art. 37, para ser obrigatoriamente observada por todos — o Direito positivo é elaborado pelos homens, por isso que se diz da relatividade dos conceitos. E essa relatividade se observa na interpretação das leis, aspecto que nos dá a nítida idéia da relevância da utilização, pelo exegeta, de critérios jurídicos adequados ao princípio da legalidade e outros princípios constitucionais, para não cairmos na subjetividade.

Dentro dessa perspectiva, vamos interpretar a Lei Complementar n. 70/91, que instituiu a denominada Cofins, no que pertine à incidência, ou não, dessa contribuição social destinada à Seguridade Social, no produto da comercialização de imóveis por empresas construtoras, tendo em vista que se apresentam posições doutrinárias divergentes.

Com efeito, além das divergências doutrinárias — que serão vistas mais adiante — também a doutrina jurisprudencial é dividida, pois, enquanto a 2ª Seção do Tribunal Regional Federal (TRF) da 1ª Região decidiu pela *incidência*, a 2ª Seção do TRF da 3ª Região e a 1ª Turma do TRF da 5ª Região inclinaram-se pela *não-incidência* da Cofins em tais vendas.<sup>(2)</sup>

## 2. Lei Complementar n. 70/91

De início, cumpre reproduzir disposições pertinentes da Constituição Federal e da Lei Complementar n. 70/91, objeto da interpretação.

*CF/88:*

«Art. 195 — A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei (...).»

*LC n. 70/91:*

«Art. 1º — Sem prejuízo da cobrança das contribuições para o Programa de Integração Social — PIS e para o Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público — PASEP, fica instituída contribuição social para financiamento da Seguridade Social, nos termos do inciso I do artigo 195 da Constituição Federal, devida pelas pessoas jurídicas, inclusive as a elas equiparadas pela legislação do Imposto sobre a Renda, destinadas exclusivamente às despesas com atividades-fins da áreas de saúde, previdência e assistência social.

Art. 2º — A contribuição de que trata o artigo anterior será de dois por cento e incidirá sobre o faturamento mensal, assim considerado a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviço de qualquer natureza.

Parágrafo único. Não integra a receita de que trata este artigo, para efeito de determinação da base de cálculo da contribuição, o valor:

a) do imposto sobre produtos industrializados, quando destacado em separado no documento fiscal;

b) das vendas canceladas, das devolvidas e dos descontos a qualquer título concedidos incondicionalmente.

Art. 5º — A contribuição será convertida, no primeiro dia do mês subsequente ao de ocorrência do fato gerador, pela medida de valor e parâmetro de atualização monetária diária utilizada para os tributos federais, e paga até o dia vinte do mesmo mês.

Art. 6º — São isentas da contribuição:

I — as sociedades cooperativas que observarem o disposto na legislação específica, quanto aos atos cooperativos próprios de suas finalidades;

II — as sociedades civis de que trata o artigo 1º do Decreto-Lei n. 2.397, de 21 de dezembro de 1987;

III — as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei.

Art. 7º — É ainda isenta da contribuição a venda de mercadorias ou serviços destinados ao exterior, nas condições estabelecidas pelo Poder Executivo.

Art. 11. — Fica elevada em oito pontos percentuais a alíquota referida no § 1º do artigo 23 da Lei n. 8.212, de 24 de julho de 1991, relativa à contribuição social sobre o lucro das instituições a que se refere o § 1º do artigo 22 da mesma lei, mantidas as demais normas da Lei n. 7.689, de 15 de dezembro de 1988, com as alterações posteriormente introduzidas.

Parágrafo único. As pessoas jurídicas sujeitas ao disposto neste artigo ficam excluídas do pagamento da contribuição social sobre o faturamento, instituído pelo artigo 1º desta Lei Complementar.»

Pois bem. Os juristas Sacha Calmon Navarro Coelho e Ricardo Mariz de Oliveira, além de outros bons argumentos, a meu ver, fundamentaram seu judicioso entendimento, basicamente, no art. 2º da LC 70/91, no sentido de que *imóveis não são mercadorias!* Com efeito.

Sacha Calmon Navarro Coelho:

«Sem perder de vista a severa discordância de Pontes de Miranda, para quem o imposto sobre circulação de mercadorias não devia se limitar aos bens móveis e que a 'pré-exclusão dos bens imóveis é romantismo tardio' não há como negar que o legislador desde sempre optou por consagrar o termo mercadoria em sentido 'estrito' qual seja o de vincular à palavra o conceito de corporabilidade e mobilidade.

Estando os imóveis excluídos do conceito de mercadoria, não pode o intérprete estender o conceito de faturamento estatuído no artigo 2º da Lei Complementar n. 70/91, para alcançar as empresas que praticam a venda de imóveis.

O conceito fornecido pelo direito privado à expressão 'mercadoria' foi incorporado pela Constituição ao colocá-la como componente da hipótese de incidência do ICMS e é sabido que sobre a venda de imóveis não há a incidência do ICMS. O malsinado artigo 2º, para abranger a receita proveniente da venda de imóveis, poderia utilizar, v.g., a expressão 'bens em geral' em substituição a mercadoria. (...)» (RJ-IOB, ementa 1/9272, bol. 22/95)

Ricardo Mariz de Oliveira:

«Tem sido objeto de intensa discussão a questão sobre se a venda de imóveis está ou não sujeita à contribuição social sobre o faturamento, instituída pela Lei Complementar n. 70, de 30/12/1991. Esta questão, na verdade, envolve três tipos de transações distintas, quais sejam: a venda pura e simples de imóveis como atividade especulativa, a venda de imóveis constantes do ativo permanente da pessoa jurídica, e a construção de imóveis como prestação de serviços para terceiros.

A resposta, em qualquer dos casos, está contida no art. 2º daquela lei, que define o fato gerador e a base de cálculo da contribuição expressando-se da seguinte forma:

'Art. 2º — A contribuição... incidirá sobre o faturamento mensal, assim considerado a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza.'

Vê-se, pois, que a lei restringe o alcance da contribuição às receitas de vendas de mercadorias, além das receitas de serviços.

Com isto, já se coloca uma fácil resposta à questão acima, quando voltada para a construção de imóveis como prestação de serviços, seja sob a forma de empreitada, seja sob a forma de administração.

Nestes casos, a receita da construtora é oriunda da prestação de serviços, compreendida no campo de incidência da contribuição, não apenas pela literalidade do art. 2º da Lei Complementar n. 70, mas também por todos os demais fundamentos que adiante serão expostos.

O fato do serviço ser relacionado a imóveis é absolutamente irrelevante para alterar esta afirmação.

Deixa-se claro que as receitas de intermediação da venda de imóveis também se sujeitam à contribuição, pelas mesmas razões.

Já quando se trata de receitas de vendas de imóveis, auferidas pelos respectivos vendedores, a questão assume contornos diferentes, porque a lei complementar refere-se a 'vendas de mercadorias', e imóveis não são mercadorias. (...)» (RJ-IOB, ementa 1/9369, bol. 24/95)

Todavia, apesar da percutiente análise do citado art. 2º, parece-me que pode ser oposta uma diferente argumentação, diria até mais «científica», pois por ela procuro analisar todos os elementos da hipótese de incidência, a fim de averiguar se o tipo tributário foi completado pela Lei Complementar.

Vou procurar me explicar:

Início pela Constituição, para que tenhamos presente a lição de Hamilton Dias de Souza, que, referindo o mestre da USP, José Afonso da Silva, disse por ocasião de sua exposição perante o 4º Simpósio Nacional IOB de Direito Tributário (*Maksoud Plaza Hotel*, S. Paulo, 23-24/11/95), que toda disposição da Constituição tem um mínimo de *eficácia*.

E o que nos diz a CF? Dispõe pragmaticamente que a seguridade social será financiada por *toda* a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei.

Apesar disso, porém, não podemos esquecer que não é a Constituição que *cria* a hipótese de incidência tributária. Ela estabelece, isto sim, princípios, e distribui a competência tributária entre U-E-DF-M. E são essas entidades que podem exigir, através de lei, os respectivos tributos. Em fase legislativa posterior, vem a lei (LC 70/91) para dizer, no art 1º, que «nos termos do inciso I do art. 195 da Constituição Federal, fica instituída contribuição social para financiamento da Seguridade Social *devida pelas pessoas jurídicas, inclusive as a elas equiparadas pela legislação do Imposto de Renda*» (grifei). E segue-se o art. 2º, como retro reproduzido.

Em Direito Tributário, diz-se que o tributo é do tipo «fechado». E o que significa isso?

Significa que a lei (e não a Constituição, tampouco o decreto) deve conter todos os elementos da hipótese de incidência tributária, porquanto se faltar um deles, não terá criado tributo algum. Se faltar, terá de completar com outra lei.

Resta-nos, então, analisar a LC 70/91, para verificarmos se ela contém todos esses elementos. Vejamos:

1) *Aspecto pessoal:*

- a) sujeito ativo: União Federal (art. 1º da LC 70/91 c.c. os arts. 149 e 195 da CF);
- b) sujeito passivo: as pessoas jurídicas, inclusive as a elas equiparadas pela legislação do I. Renda (art. 1º da LC 70/91 em consonância com o art. 195, *caput*, da CF);

2) *Aspecto espacial:* território nacional (por ser tributo da União, fato gerador praticado pelas pessoas jurídicas no território nacional); (princípio da territorialidade);

3) *Aspecto material:* contribuição social para financiamento da Seguridade Social (art. 1º da LC 70/91 c.c. o inciso I do art. 195 da CF);

4) *Aspecto temporal:* último dia de cada mês (art. 5º da LC 70/91);

5) *Aspecto quantitativo:*

- a) base de cálculo: faturamento mensal, assim considerado a receita bruta das vendas de mercadorias, e mercadorias e serviços, e de serviço de qualquer natureza (art. 2º da LC 70/91);

b) alíquota: 2% (art. 2º da LC 70/91).

Agora podemos dizer que temos um quadro, cientificamente (ou criteriosamente) elaborado, que nos fornece uma visão geral e ao mesmo tempo específica de cada elemento da hipótese de incidência tributária, indispensável para prosseguirmos na interpretação.

Sendo assim, constatamos que *todos* os elementos do chamado fato gerador estão contidos na hipótese legal de incidência. E este é ponto de partida de suma importância. Percorreremos o ordenamento jurídico (que é uno) para dele extrair e trazer junto a esse quadro as normas que se correlacionam com a hipótese de incidência criada pela LC 70/91, e, completado dessa forma o quadro normativo, analisá-lo-emos em face do sistema tributário, a fim de dar-lhe o exato conteúdo, sentido e alcance.

Vea-se que observamos uma perfeita consonância entre o art. 1º da LC 70/91 e o art. 195, *caput*, da CF, no sentido de que *todas* as pessoas jurídicas foram submetidas à tributação (... *inclusive* as a elas equiparadas pela legislação do Imposto de Renda...).

Ainda: o dispositivo cerne (aspecto material), ou seja, o elemento mais importante que «puxa» os demais, é o art. 1º, o qual não deixa dúvida, por referir-se expressamente ao inciso I do art. 195 (do ponto de vista jurídico-interpretativo seria até dispensável), ou seja, o *faturamento*, conceito a que o Supremo Tribunal Federal deu significado genérico (amplo), e não técnico (restrito). E assim é, porque a Constituição não entra nos detalhes tal como o faz a lei ordinária, mas limita-se a fixar princípios, os quais no momento oportuno fazem valer sua força — desde que pertinentes ao caso, obviamente.

Apesar dessa minha linha de interpretação, devo reconhecer que ainda restariam dúvidas sobre a integralidade (completeza) da base de cálculo, pois tipo tributário fechado significa que a lei deve prever não só todos os elementos do fato gerador, como também que eles sejam *completos e suficientes*.

Pois bem. Alega-se, então, que essa «peninha», isto é, o fato de que *imóveis* não são (ou não seriam) *mercadorias*, afasta a incidência, por faltar-lhe, então, a base de cálculo. E, se se lerem atentamente os estudos doutrinários de Sacha Calmon Navarro Coelho e Ricardo Mariz de Oliveira (*vide-os no Repertório IOB de Jurisprudência*, Caderno 1), constatar-se-á que os argumentos por eles expendidos são bastante fortes e convincentes.

Contudo, a meu ver, nesse momento a utilização do método sistemático da interpretação das leis nos leva até ao *sistema* ou *ordenamento* jurídico, onde encontramos, no Direito positivo brasileiro, a Lei n. 4.068/72, cujo art. 1º diz textual e expressamente: «São comerciais as empresas de construção civil», facultando-lhes a emissão de duplicata.<sup>(3)</sup>

### 3. Conclusão

Em face do exposto, resulta que, na interpretação da LC 70/91, devemos trazer à colação os princípios constitucionais a ela aplicáveis (do art. 195 já referido; da legalidade; da competência tributária; da anterioridade e outros, se pertinentes), e as demais normas, gerais ou ordinárias, que servem de modo contextual e sistemático ao caso em exame. Sopesadas criteriosamente, constatando que todos os elementos do fato gerador

estão previstos na hipótese legal de incidência, *concluo* que a Cofins *incide* no faturamento objeto da venda de imóveis por empresas construtoras.<sup>(4)</sup>

Ademais, partindo daquele princípio constitucional expresso no *caput* do art. 195 (no sentido de que a Seguridade Social será financiada por *toda* a sociedade, nos termos da lei), considerando que a sobrevinda lei estabelece, no seu principal artigo (1º), que será a Cofins devida pelas pessoas jurídicas, inclusive a elas equiparadas pela legislação do Imposto de Renda, considerando que as empresas de construção civil são pessoas jurídicas, e considerando a existência da Lei n. 4.068/62 ainda vigente (cuja eficácia é desencadeada no momento da interpretação da LC 70/91), que me leva a considerar o conceito amplo (e não restrito) do termo «mercadorias» a que se refere o art. 2º da LC 70/91 (em função ou em atrelamento ao art. 1º da mesma LC 70/91), chego à *mens legislatoris* (Savigny) pela incidência.

E, por fim, mais um argumento a favor da incidência: se a CF, embora de modo pragmático, mas enfaticamente (daí a *potencialidade* de sua eficácia no momento oportuno) estabelece que *toda* a sociedade é chamada a contribuir com a Seguridade Social; se a LC 70/91, em função dessa premissa, estabelece no art. 1º, claro e expressamente, que são contribuintes da Cofins *todas* as pessoas jurídicas; e se a exclusão é operada de modo expresso (pela imunidade: CF, art. 195, § 7º; pela isenção: LC 70/91, art. 6º; pela exclusão na base de cálculo: LC 70/91, arts. 7º e 11), não vejo como interpretar a Lei Complementar em exame tão-somente sob o ângulo isolado do art. 2º, a meu ver com a agravante de desconsiderar a Lei n. 4.068/62.

Também os mestres Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho (RJ-IOB, ementa 1/9270, bol. 22/95) e José Wilson Ferreira Sobrinho (RJ-IOB, ementa 1/9271, bol. 22/95) escreveram sobre o mesmo assunto, ambos entendendo que a Cofins *incide* sobre o faturamento pela venda de imóveis por empresas construtoras.

Por outro lado, se prevalecer o entendimento de que a análise do tão-somente art. 2º é suficiente para caracterizar a não-incidência, e que o conceito de «mercadoria» ali posto deve ser entendido de modo estrito — aí a não-incidência estará caracterizada.

A questão é posta a debates. Quem descobrir a *mens legis* através de adequado critério jurídico, terá seguramente demonstrado a melhor das interpretações possíveis. E para o Direito, só uma delas será a correta.

É o que entendo, s.m.j.

- (1) Não é sem razão que em meu *Sistema Tributário Nacional*, Atlas, S. Paulo, 4ª ed., 1995, dedico diversas páginas ao capítulo da «Interpretação das leis».
- (2) cf. *Repertório IOB de jurisprudência*, ementas n. 1/9222, 1/9178 e 1/9320, respectivamente.
- (3) Fábio Konder Comparato, mestre da USP, bem explica que o conceito de «mercadoria», inicialmente concebido no sentido de referir a coisas móveis, objeto de comércio, por grosso ou a retalho, do produtor ou do comerciante que as adquire para revender a outro comerciante ou a consumidor (vide RE 79.954-SP, RTJ 78/215), tem evoluído através dos tempos, alcançando, hodiernamente, pontos à época inexistentes. Esse mestre das Arcadas, ao tratar das «Empreitadas de construção imobiliárias e o art. 138 do Código Comercial» (*Revista de Direito Mercantil* n. 56, out-dez/84, Ed. Revista dos Tribunais, S. Paulo)

demonstra tal evolução, tanto no Direito italiano e francês quanto na doutrina, legislação e jurisprudência brasileiras.

Diz esse renomado mestre das Arcadas que a multiplicação de grandes metrópoles e a renovação da indústria de construção civil, no século passado, deram ao aparecimento de negócios imobiliários especulativos e de profissionais dedicados a esses ramos de atividade, surgindo, pouco a pouco, empresas de especulação com imóveis, fazendo com que o Código de Comércio italiano, de 1882, fosse o primeiro diploma legislativo a aceitar a mudança econômica, ao reputar como objetivamente mercantis «as compras e vendas de bens imóveis, feitas no intuito de especulação comercial» (art. 3º, alínea 3ª). No Brasil, foi preciso aguardar meio século para que ocorresse a primeira mudança legislativa, pela Lei n. 4.068/62, a qual, tanto no enunciado quanto no art. 1º, dispõe: «São comerciais as empresas de construção», facultando-lhes a emissão de duplicatas.

A jurisprudência foi quase silente. Todavia, registra-se acórdão unânime de 14/11/68, da Sexta Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, cuja ementa é vazada nos seguintes termos: «Falência. Sociedade de incorporação e administração imobiliária. Natureza comercial. Aplicação da Lei n. 4.068, de 1962». O Relator, em seu voto, asseverou que «Ora, a partir do advento da Lei n. 4.068, de 1962, passaram a ser comerciais as empresas de construção...»

Observo ainda que a CF de 67/69 utilizou-se do conceito de «comércio», para o fim da imunidade do ITBI «sobre a transmissão de bens ou direitos incorporados ao patrimônio da pessoa jurídica na realização de capital, nem sobre a transmissão de bens e direitos decorrentes de fusão, incorporação ou extinção de capital de pessoa jurídica, salvo se a atividade preponderante dessa entidade for o comércio desses bens ou direitos ou a locação de imóveis» (grifei).

- (4) Meu primeiro trabalho sobre esta questão foi publicado no *Informativo Dinâmico IOB*, edição n. 70, de out/93, pp. 964/5, e na *Revista dos Tribunais*, Caderno de Direito Tributário e Finanças Públicas n. 4, pp. 97/100, cujo entendimento foi adotado (e reproduzido em seu voto) pelo emérito Juiz Homar Cais, Relator nos AMS 155.646-SP, do TRF da 3ª região.

Lembro, ainda, que o IVA (*Imposta sul Valore Aggiunto*) incide sobre a cessão de bens móveis e imóveis (vide meu trabalho intitulado «O IVA na Itália — noções básicas», publicado no livro editado pela IOB Informações Objetivas para o 4º Simpósio Nacional IOB de Direito Tributário, realizado em S. Paulo dias 23-24/11/95, e que subcoordenei).