

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 549.843 - PE (2003/0097039-0)

RELATORA : **MINISTRA DENISE ARRUDA**
RECORRENTE : **FAZENDA NACIONAL**
PROCURADOR : **MARIA CLÁUDIA GONDIM CAMPELLO E OUTROS**
RECORRIDO : **S CARVALHO EMPREENDIMENTOS LTDA**
ADVOGADO : **MARA REGINA SIQUEIRA DE LIMA E OUTROS**

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. FINSOCIAL. LITISPENDÊNCIA. INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA E VENDA DE IMÓVEIS. ATIVIDADES MERCANTIS.

- 1. Tanto a venda de imóveis como a incorporação imobiliária são atividades mercantis das quais resulta o advento de receitas para as empresas que as praticam, não se distinguindo para efeito de verificação da ocorrência da hipótese de incidência da tributação sobre a receita ou faturamento.**
- 2. Litispendência reconhecida.**
- 3. Recurso especial provido.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Francisco Falcão, Luiz Fux e Teori Albino Zavascki votaram com a Sra. Ministra Relatora. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro José Delgado.

Brasília (DF), 25 de abril de 2006 (Data do Julgamento).

MINISTRA DENISE ARRUDA
Relatora

RECURSO ESPECIAL Nº 549.843 - PE (2003/0097039-0)

RELATORA : **MINISTRA DENISE ARRUDA**
RECORRENTE : **FAZENDA NACIONAL**
PROCURADOR : **MARIA CLÁUDIA GONDIM CAMPELLO E OUTROS**
RECORRIDO : **S CARVALHO EMPREENDIMENTOS LTDA**
ADVOGADO : **MARA REGINA SIQUEIRA DE LIMA E OUTROS**

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA DENISE ARRUDA (Relatora):

Trata-se de recurso especial interposto contra acórdão do TRF da 5ª Região assim ementado:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. FINSOCIAL SOBRE A COMERCIALIZAÇÃO DE IMÓVEIS. INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA. ATIVIDADES DISTINTAS. LITISPENDÊNCIA. INEXISTÊNCIA.

- Processo extinto sem exame de mérito face a litispendência, ao entendimento de identidade ontológica entre os conceitos de incorporação imobiliária e venda de imóveis.

- Embora se trate de conceitos próximos, há perfeita distinção entre eles.

- A jurisprudência desta Corte vem-se manifestando no mesmo sentido da distinção inadmitida.

- Apelação provida para anular a sentença, a fim de que o mérito seja examinado." (fl. 145)

Nas razões de recurso especial, a FAZENDA NACIONAL, amparada na alínea *a* do inciso III do art. 105 da Constituição Federal, aponta violação dos arts. 267, V, e 301, § 3º, do CPC, sustentando, em síntese, a ocorrência de litispendência entre a ação que pretende afastar a incidência do Finsocial sobre o faturamento decorrente de incorporação imobiliária e o da venda de imóveis, argumentando que "(...) É impossível separar, no interior da realidade econômica que é o faturamento, a receita oriunda da venda de imóveis da venda oriunda da incorporação" e que "(...) pretender afastar a incidência de uma contribuição sobre o faturamento decorrente de incorporação imobiliária é o mesmo que atacar sua incidência sobre o faturamento advindo da venda de imóveis" (fl. 151).

Em contra-razões (fls. 155-158), a recorrida pugna pela manutenção do acórdão impugnado.

Admitido o recurso, vieram os autos a este Tribunal.

É o relatório.

RECURSO ESPECIAL Nº 549.843 - PE (2003/0097039-0)

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA DENISE ARRUDA (Relatora):

O recurso especial merece provimento.

Verifica-se que a sentença monocrática, que reconheceu a ocorrência de litispendência, assim se posicionou a respeito do tema:

"A incorporação imobiliária encontra-se intimamente ligada à venda de unidades imobiliárias, não havendo como se afastar o resultado de sua causa." (fl. 97)

O Tribunal *a quo*, por outro lado, fundamentou que "(...) embora se cuide de conceitos próximos, há perfeita distinção entre a incorporação imobiliária, como atividade voltada para a realização do empreendimento, e a venda das unidades imobiliárias respectivas" (fl. 141), referindo, nesse sentido, jurisprudência daquela Corte da qual se depreende o entendimento de que imóvel não é mercadoria, não estando sujeito a tributação do Finsocial, e a incorporação imobiliária é atividade de prestação de serviço. Daí a distinção existente entre as mesmas, afastando a ocorrência da litispendência.

A atividade de incorporação imobiliária vem definida no art. 28 da Lei 4.591, de 16 de dezembro de 1964, que assim dispõe:

"Art. 28. As incorporações imobiliárias, em todo o território nacional, reger-se-ão pela presente lei.

Parágrafo único. Para efeito desta Lei, considera-se incorporação imobiliária a atividade exercida com intuito de promover e realizar a construção, para alienação total ou parcial, de edificações ou conjunto de edificações compostas de unidades autônomas, (vetado)."

O renomado doutrinador Caio Mário da Silva Pereira concebe a atividade de incorporação imobiliária como essencialmente empresarial, pois visa a realização econômica e financeira da empresa incorporadora. Nesse sentido, extraem-se os seguintes excertos da sua obra **Condomínio e Incorporações** (10ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2000):

"A atividade da incorporação tem natureza empresarial, pois a finalidade de lucro é da essência, pouco importando seja o incorporador pessoa física ou jurídica.

A finalidade lucrativa é, obviamente, a contrapartida dos riscos que o incorporador assume, em razão da sua iniciativa e das ações que empreende até a consecução do negócio, com a averbação da edificação do Registro de Imóveis. Sem essa caracterização, em que ressalta a índole empresarial da atividade de incorporador, um empreendimento imobiliário não poderá ser qualificado como incorporação, pois, repita-se, o traço característico da incorporação é a mercancia." (p. 12)

Superior Tribunal de Justiça

"Trata-se de atividade finalística: visa o incorporador realizar a incorporação, donde seu propósito é vender e apropriar-se do correspondente resultado econômico e financeiro. Traço marcante da incorporação imobiliária é a realização de ações necessárias para a produção de edificações coletivas, sua venda e entrega aos futuros adquirentes." (p. 15)

"Entendido, como entendemos, que a incorporação de edifício é uma atividade empresarial e conceituando o incorporador como empresa (ou empresário, segundo alguns), não é o fato de operar com imóvel que lhe tira a capitulação de mercantil." (p. 241)

Da mesma forma, o mencionado autor prenuncia que a venda de imóveis é atividade mercantil, afirmando que: "Uma corrente de juristas nacionais e estrangeiros, repudiando o preconceito acolhido por Carvalho de Mendonça, aceita hoje a tese de que o imóvel pode ser objeto de comércio, assim em terreno de pura ciência, como à luz do direito positivo." (Ob. cit., p. 240). Com esse mesmo entendimento, pode-se mencionar a seguinte jurisprudência do STJ:

"TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS, COMERCIALIZAÇÃO DE IMÓVEIS. INCIDÊNCIA.

1. É entendimento pacífico no STJ o de que o PIS e a COFINS incidem sobre o faturamento resultante da comercialização de imóveis.

2. Agravo de instrumento conhecido para, desde logo, negar seguimento ao recurso especial (CPC, arts. 544, § 3º, c/c 557, caput)."

(Ag 622.024/PE, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 18.2.2005)

Conclui-se, portanto, que tanto a incorporação imobiliária como a venda de imóveis são atividades mercantis das quais resulta o advento de receitas para as empresas que as praticam, não as distinguindo para efeito de se verificar a hipótese de incidência da contribuição ao Finsocial sobre a receita (ou faturamento) advinda da venda de mercadorias, na forma do art. 1º do Decreto-Lei 1.940/82. Vejam-se, a esse respeito, os julgados abaixo:

"TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. COFINS. COMPRA E VENDA DE IMÓVEIS. INCIDÊNCIA.

A compra e venda de imóveis por empresa de construção e incorporação imobiliária está sujeita à incidência da COFINS, porquanto caracteriza compra e venda de mercadorias, no sentido amplo empregado pela legislação de regência. Precedentes."

(AgRg no REsp 354.478/PE, 1ª Turma, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 14.10.2002)

"TRIBUTÁRIO - COFINS - LC N. 70/91 - IMÓVEIS - INCIDÊNCIA - PRECEDENTE.

Incidência da COFINS sobre as receitas oriundas de construção, incorporação e venda de imóveis, por se tratar de resultado econômico da atividade empresarial.

A noção de mercadoria do Código Comercial não é um instituto, e sim um conceito que não pode servir de fundamento para a não-incidência de um segmento empresarial que exerce o comércio.

Superior Tribunal de Justiça

*Precedente da Primeira Seção desta Corte (REsp n. 166.374/PE).
Recurso especial improvido."
(REsp 96.453/PR, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 4.2.2002)*

Assim, verifica-se a ocorrência da litispendência entre as ações mencionadas, como estabelecido pelo Juízo de primeira instância de jurisdição.

Diante do exposto, dá-se provimento ao recurso especial para restabelecer a sentença monocrática.

É o voto.



**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
PRIMEIRA TURMA**

Número Registro: 2003/0097039-0

REsp 549843 / PE

Números Origem: 9600067996 9705271267

PAUTA: 25/04/2006

JULGADO: 25/04/2006

Relatora

Exma. Sra. Ministra **DENISE ARRUDA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **TEORI ALBINO ZAVASCKI**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **DEBORAH MACEDO DUPRAT DE BRITTO PEREIRA**

Secretária

Bela. **MARIA DO SOCORRO MELO**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR : MARIA CLÁUDIA GONDIM CAMPELLO E OUTROS
RECORRIDO : S CARVALHO EMPREENDIMENTOS LTDA
ADVOGADO : MARA REGINA SIQUEIRA DE LIMA E OUTROS

ASSUNTO: Tributário - Contribuição - Social - FINSOCIAL

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia PRIMEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Francisco Falcão, Luiz Fux e Teori Albino Zavascki votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro José Delgado.

Brasília, 25 de abril de 2006

MARIA DO SOCORRO MELO
Secretária