

ACÇÃO ORDINÁRIA (PROCEDIMENTO COMUM ORDINÁRIO) Nº
2007.71.05.005400-3/RS

AUTOR : ROBERTO TESSELE DA SILVA ADVOGADOS
ASSOCIADOS
ADVOGADO : ROBERTO TESSELE DA SILVA
RÉU : UNIÃO - FAZENDA NACIONAL

SENTENÇA

(261001)

I - Relatório

Trata-se de ação ordinária ajuizada por **Roberto Tessele da Silva Advogados Associados** contra a **União - Fazenda Nacional**, objetivando provimento jurisdicional que: a) reconheça o seu direito no pagamento do PIS, nos moldes previsto na Lei Complementar nº 07/70, e a COFINS para o financiamento da Seguridade Social, nos moldes da Lei Complementar nº 70 de 30/12/1991, que determinam a sua incidência apenas sobre o faturamento (item 6 da fl. 03 da petição inicial); b) declare o direito da autora ao pagamento do tributo sem a incidência em receitas de aluguéis e rendimentos financeiros; e c) determine a compensação dos valores pagos a maior a título de PIS e COFINS.

Para tanto, inicialmente, alega que, como empresa prestadora de serviços, está sujeita ao recolhimento de PIS e COFINS sobre receitas operacionais derivadas da prestação dos serviços de advocacia, sendo optante pelo lucro presumido. Diz que auferir renda de aluguéis de imóveis de sua propriedade e insurge-se contra a exigência do pagamento de PIS e COFINS sobre esta renda, ao argumento de que a base de cálculo desses tributos é o faturamento da empresa, tido esse como os rendimentos de sua prestação de serviços. Menciona que foi autuada por não levar em conta na hora do recolhimento desses tributos as receitas recebidas a título de aluguéis. Diz que pagou o montante apontado como devido, no entanto, entende ser indevida a cobrança. Sustenta que o STF declarou a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/1998, entendendo que este dispositivo, ao ampliar o conceito de receita bruta para toda e qualquer receita, violou a noção de faturamento pressuposta no art. 195, inciso I, letra b, da CF/88. Aduz ser inconstitucional a alteração da alíquota prevista no § 1º do art. 8º da Lei nº 9.718/98. Refere que, em razão disso, a base de cálculo das contribuições (PIS e COFINS) continua sendo a definida pela legislação anterior. Fala acerca das disposições das Leis nºs 10.833/03 (COFINS) e 10.637/02 (PIS), dizendo que a inconstitucionalidade ainda persiste em relação aos contribuintes que não optaram pelo regime não-cumulativo. Pede a antecipação dos efeitos da tutela, a fim de ser desobrigada ao recolhimento da PIS e da COFINS incidentes sobre as receitas provenientes de aluguéis de imóveis de sua propriedade e rendimentos financeiros. Pleiteia autorização para efetuar o depósito judicial das parcelas vincendas. Por fim, pede a procedência dos pedidos e junta documentos (fls. 13/86).

Citada, a União apresenta contestação (fls. 91/111). Em preliminar, alega a ilegitimidade ativa da parte-autora, ao argumento de que não consta entre os objetivos

sociais da demandante a atividade relativa à locação de imóveis. No mérito, defende a incidência de PIS e COFINS sobre as receitas oriundas da locação de bens imóveis, uma vez que há faturamento. Diz ser impossível a compensação de tributos antes do trânsito em julgado. Alega a prescrição quinquenal das parcelas pleiteadas. Pede, por fim, a improcedência dos pedidos formulados na petição inicial.

O pedido de antecipação dos efeitos da tutela é indeferido (decisão das fls. 113/117).

A parte-autora apresenta réplica (fls. 119/123).

Vêm os autos conclusos para prolação da sentença.

II - Fundamentação

Preliminarmente

1. Da carência da ação (ilegitimidade ativa)

A União alega ser parte ilegítima a autora para veicular a pretensão que deduz nesta demanda, relativa a exclusão do pagamento de PIS e COFINS sobre receita auferida a título de aluguel, ao argumento de que não consta entre os objetivos sociais da demandante a atividade relativa à locação de imóveis e que o Estatuto da Ordem (art. 16) veda o exercício pelas sociedades de advogados de atividades estranhas à advocacia.

No caso, verificando os documentos das fls. 23/85, constato que a parte-autora - Roberto Tessele da Silva Advogados Associados, foi autuada pelo não pagamento de PIS e COFINS incidentes sobre receitas recebidas a título de aluguel. Diante disso, considerando que a parte-ré considerou a sociedade-autora parte legítima para o pagamento das contribuições (PIS e COFINS) sobre as receitas auferidas a título de aluguel, autuando-a, entendo que não há falar em ilegitimidade da autora para pleitear o afastamento da cobrança das referidas exações. Assim, mesmo que inexista no contrato social da autora previsão do exercício da atividade geradora da renda utilizada como base de cálculo para a cobrança das contribuições (aluguéis de imóveis de sua propriedade), entendo que persiste a legitimidade da parte-autora.

A esse passo, rejeito a preliminar argüida.

2. Da Inexigibilidade do PIS e da COFINS sobre RENDIMENTOS FINANCEIROS

A autora pretende ver-se desonerada do pagamento do PIS e da COFINS sobre os rendimentos financeiros. Todavia, não explicita quais rendimentos financeiros ela auferir, bem como a sua importância monetária. Tais rendimentos não fazem parte da notificação fiscal juntada aos autos, de forma que não há documentos a eles relativos nos autos.

Entendo que o pedido, nos moldes em que formulado, não permite a exata compreensão seja para oportunizar a defesa da Fazenda, seja para julgamento. Assim, declaro inepto esse pedido e extingo o feito, nessa parte, com base no art. 267, inciso I, do CPC c/c art. 295, incisos I e II, do CPC.

No mérito

Da prejudicial de mérito - prescrição

Alega a parte impetrada que, não obstante o disposto nos artigos 3º e 4º da Lei Complementar 118/2005, o art. 168, I, do CTN, já limitava em 05 anos, contados da extinção do crédito tributário (pagamento), o prazo para os contribuintes pleitearem a restituição/compensação de indébito, razão pela qual requer o reconhecimento da prescrição dos créditos extintos há mais de cinco anos.

Com efeito, a repetição do indébito tributário possui prazo prescricional para ser pleiteada judicialmente, nos termos do artigo 168 do Código Tributário Nacional, qual seja, 5 anos desde a data da extinção do crédito, consoante o disposto naquela norma, cujo teor é o seguinte:

"Art. 168. O direito de pleitear a restituição extingue-se com o decurso do prazo de 5 (cinco) anos, contados:

I - nas hipóteses dos incisos I e II do art. 165, da data da extinção do crédito tributário;
II - na hipótese do inciso III do art. 165, da data em que se tornar definitiva a decisão administrativa ou passar em julgado a decisão judicial que tenha reformado, anulado, revogado ou rescindido a decisão condenatória".

As contribuições em tela tratam-se de tributos sujeitos ao regime de lançamento por homologação. Desta forma, o crédito tributário extinguir-se-á quando da ocorrência de duplice requisito, ou seja, do pagamento antecipado por parte do contribuinte e da posterior homologação do respectivo lançamento por parte do Fisco, consoante o inciso VII do artigo 156 do Código Tributário Nacional.

Já o disposto no artigo 3º da Lei Complementar nº 118/2005 somente se aplica aos fatos geradores ocorridos após a sua vigência:

Art. 3º Para efeito de interpretação do inciso I do art. 168 da Lei no 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional, a extinção do crédito tributário ocorre, no caso de tributo sujeito a lançamento por homologação, no momento do pagamento antecipado de que trata o § 1º do art. 150 da referida Lei.

Isso porque, não obstante tal norma faça menção de que se destina a corroborar com a correta interpretação do disposto no art. 168 do Código Tributário Nacional - CTN, a mesma encerra comando de natureza material a reger as relações de cunho tributário, mormente porque dispunha sobre prescrição em matéria tributária, representando, em verdade, inovação legislativa. Nesse sentido tem se manifestado o Superior Tribunal de Justiça, consoante se tira do seguinte precedente:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO - IMPOSTO DE RENDA - VERBAS INDENIZATÓRIAS - PRESCRIÇÃO - TESE DOS "CINCO MAIS CINCO" - ORIENTAÇÃO DA PRIMEIRA SEÇÃO - EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA - INADMISSÃO - SÚMULA 168/STJ - LC 118/2005 - APLICAÇÃO RETROATIVA - IMPOSSIBILIDADE - AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. (...)

3. Por outro lado, mesmo que afastado esse óbice, cumpre ressaltar que esta Primeira Seção, no julgamento dos EREsp 327.043-DF - sessão do dia 27.4.2005 -, sufragou o entendimento de que as disposições da LC 118/2005 não possuem caráter interpretativo, pois representam inovações no plano normativo, razão pela qual não podem ser aplicadas retroativamente.

(...) - omissis e grifos meus. (AgRg nos EREsp nº 639.083/PR, Rel. Min. Denise Arruda, 1ª Seção, DJ 20.06.2005)

Ora, constituindo-se, esse ato normativo, de inovação no mundo jurídico, o mesmo somente pode ser aplicado aos suportes fáticos ocorridos após o início de sua vigência, que, por força do disposto em seu art. 4º, ocorreu 120 dias após a sua publicação (09 de junho de 2005). Nesse sentido também tem se manifestado o Superior Tribunal de Justiça, como se tira do seguinte precedente:

"TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. VERBAS INDENIZATÓRIAS. IMPOSTO DE RENDA. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. LC Nº 118/2005. ART. 3º. NORMA DE CUNHO MODIFICADOR E NÃO MERAMENTE INTERPRETATIVA. INAPLICAÇÃO RETROATIVA. ENTENDIMENTO DA 1ª SEÇÃO. (...)

3. Quanto à LC nº 118/2005, a 1ª Seção deste Sodalício, no julgamento dos EREsp nº 327043/DF, finalizado em 27/04/2005, posicionou-se, à unanimidade, contra a nova regra prevista no art. 3º da referida Lei Complementar. Decidiu-se que a LC inovou no plano normativo, não se acatando a tese de que a mencionada norma teria natureza meramente interpretativa, restando limitada a sua incidência às hipóteses verificadas após a sua vigência, em obediência ao princípio da anterioridade tributária. (...)

4. "O art. 3º da LC 118/2005, a pretexto de interpretar esses mesmos enunciados, conferiu-lhes, na verdade, um sentido e um alcance diferente daquele dado pelo Judiciário. Ainda que defensável a "interpretação" dada, não há como negar que a Lei inovou no plano normativo, pois retirou das disposições interpretadas um dos seus sentidos possíveis, justamente aquele tido como correto pelo STJ, intérprete e guardião da legislação federal. Tratando-se de preceito normativo modificativo, e não simplesmente interpretativo, o art. 3º da LC 118/2005 só pode ter eficácia prospectiva, incidindo apenas sobre situações que venham a ocorrer a partir da sua vigência" (EREsp nº 327043/DF, Min. Teori Albino Zavascki, voto-vista).

(...)- omissis e grifos meus. (EResp nº 555.038, 1ª Seção, Rel. Min. José Delgado, DJ 13.06.2005)

Assim, na espécie, é de se aplicar as regras de prescrição vigentes à época da ocorrência de cada fato gerador.

E nesse sentido, em se tratando de tributo sujeito à homologação e à falta desta, em relação as parcelas referentes ao período que antecede a vigência da LC nº 118/2005 (no caso: 09/2001 a 09/06/2005), a prescrição ocorre decorridos cinco anos desde a ocorrência de cada fato gerador, acrescidos de outros cinco anos, contados do termo final do prazo deferido ao Fisco para apuração do tributo. Aplica-se ao caso, por analogia, o entendimento exarado no Egrégio Superior Tribunal de Justiça na decisão dos Embargos de divergência em Resp. nº 42.720-5-RS, do qual foi Relator o Ministro Humberto Gomes de Barros, publicado no DJU de 17.04.95, *in verbis*:

"Tributário. Empréstimo Compulsório. Consumo de combustível. Repetição de Indébito. Decadência. Prescrição. Inocorrência.

O tributo arrecadado a título de empréstimo compulsório sobre o consumo de combustíveis é daqueles, sujeitos a lançamento por homologação. Em não havendo tal homologação, faz-se impossível cogitar em extinção do crédito tributário. À falta de homologação, a decadência do direito de repetir o indébito tributário somente ocorre, decorridos cinco anos, desde a ocorrência do fato gerador, acrescidos de outros cinco anos, contados do termo final do prazo deferido ao Fisco, para apuração do tributo devido."

Já em relação às parcelas referentes ao período que prospera à vigência da LC nº 118/2005, ou seja, após, a 10/06/2005, a prescrição ocorre decorridos cinco anos do momento do pagamento antecipado de que trata o § 1º do artigo 150 do Código Tributário Nacional.

Pelo exposto e considerando que a ação foi proposta em 22.10.2007 (interrupção da prescrição, nos termos do art. 219, caput e § 1º do CPC), tenho que as parcelas anteriores a 22.10.1997 estão prescritas.

Do mérito

Incidência das contribuições ao PIS e da COFINS sobre a receita oriunda de locação de bens imóveis

A parte-autora pretende o reconhecimento da não incidência de cobrança de PIS e COFINS **sobre as receitas auferidas com aluguéis de imóveis** de sua propriedade, ao argumento de que a base de cálculo desses tributos é o faturamento da empresa, tido esse como os rendimentos de sua prestação de serviços ou venda de mercadorias. Assim, embora pronunciada a inconstitucionalidade do conceito de faturamento veiculado pela Lei nº 9.718/98, cumpre examinar se essas receitas de aluguéis podem (ou não) ser tributadas pelo PIS e pela COFINS.

De plano, cabe analisar a legislação referente à base de cálculo dos tributos em questão. Em primeiro lugar, a Lei Complementar nº 07/70 estabeleceu em seus artigos 1º e 3º que:

Art. 1.º - É instituído, na forma prevista nesta Lei, o Programa de Integração Social, destinado a promover a integração do empregado na vida e no desenvolvimento das empresas.

(...)

Art. 3.º - O Fundo de Participação será constituído por duas parcelas:

a) a primeira, mediante dedução do Imposto de Renda devido, na forma estabelecida no § 1.º deste artigo, processando-se o seu recolhimento ao Fundo juntamente com o pagamento do Imposto de Renda;

b) a segunda, com recursos próprios da empresa, calculados com base no faturamento, como segue:

(...)

Já a Lei Complementar nº 70/91, que instituiu a COFINS, determinou que:

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.

Por fim, a Lei 9.718/98, que teve sua inconstitucionalidade parcialmente reconhecida pelo STF, dispõe o seguinte:

Art. 2º - As contribuições para o PIS /PASEP e a COFINS, devidas pelas pessoas jurídicas de direito privado, serão calculadas com base no seu faturamento, observadas a legislação vigente e as alterações introduzidas por esta Lei.

Art. 3º O faturamento a que se refere o artigo anterior corresponde à receita bruta da pessoa jurídica.

§ 1º Entende-se por receita bruta a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, sendo irrelevantes o tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil adotada para as receitas. (...)

Todavia, entendo que a questão pode ser solucionada sem a declaração da (in)constitucionalidade da Lei nº 9.718/98, já que a autora limita seu pedido às receitas oriundas de aluguéis de imóveis de sua propriedade. Nesse particular, saliento que a jurisprudência pátria tem entendido que **as receitas oriundas da locação de imóveis equiparam-se àquelas oriundas de vendas de mercadorias e de prestação de serviços para fins de incidência do PIS e da COFINS**, por integrarem o faturamento da empresa, compreendido como tal o resultado econômico da atividade empresarial exercida. Nesse sentido, colaciono os seguintes precedentes:

RECURSO. EXTRAORDINÁRIO. COFINS . LOCAÇÃO DE BENS IMÓVEIS .

Incidência. Agravo regimental improvido. O conceito de receita bruta sujeita à exação tributária envolve, não só aquela decorrente da venda de mercadorias e da prestação de serviços, mas a soma das receitas oriundas do exercício das atividades empresariais.

(STF - RE-AgR nº 371258/SP, rel. Juiz Cezar Peluso, DJU 27/10/2006, pág. 59).

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. PIS E COFINS. LEIS N. 70/91 E 9.718/88. INCIDÊNCIA SOBRE A RECEITA ADVINDA DA COMERCIALIZAÇÃO DE IMÓVEIS. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OFENSA AO ART. 535 DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA.

1. A teor das disposições constantes nas Leis n. 70/91 e 9.718/88, as receitas decorrentes de atividade de comercialização e de locações de bens imóveis, por se inserirem no conceito de faturamento da empresa, sujeitam-se à incidência do PIS e da cofins .

2. A teor do disposto no art. 535 do CPC, inexistindo omissão, obscuridade ou contradição a ser sanada no acórdão embargado, devem ser os embargos declaratórios rejeitados. O recurso especial não constitui via própria para o exame de questões constitucionais.

3. Recurso não provido. (REsp 662.397/PE, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 05.10.2004, DJ 01.02.2005 p. 530)(grifei)

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 535, I E II, DO CPC. INEXISTÊNCIA. PIS E COFINS . LEI N. 9.718/88. INCIDÊNCIA SOBRE A RECEITA

ADVINDA DA COMERCIALIZAÇÃO DE IMÓVEIS. SÚMULAS N. 282 E 356 DO STF. EXAME DE QUESTÃO CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE.

1. Não viola os arts. 458 e 535, I e II, do CPC acórdão que expede motivação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia suscitada.

2. A teor das disposições constantes na Lei n. 9.718/88, as receitas decorrentes de atividade de comercialização e de locação de bens imóveis, por se inserirem no conceito de faturamento da empresa, sujeitam-se à incidência do PIS e da cofins .

3. Incidem os óbices previstos nas Súmulas n. 282 e 356 do STF na hipótese em que a questão infraconstitucional suscitada não foi enfocada no acórdão recorrido, nem, a respeito, foram opostos embargos declaratórios.

4. O recurso especial não se presta para o exame de questões constitucionais.

5. Recurso parcialmente conhecido e, nessa parte, não-provido. (REsp 796.286/PR, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 04.05.2006, DJ 28.06.2006 p. 248)

TRIBUTÁRIO. ALUGUEL DE IMÓVEL PRÓPRIO. COFINS.

- A locação de imóvel próprio, de regra, não dava ensejo à incidência da COFINS.

- Contudo, em se tratando de empresa que tenha sua receita decorrente majoritariamente da venda ou aluguel de imóveis , de modo a caracterizá-los como objeto da atividade empresarial, a incidência da COFINS se impõe. Precedentes." (TRF4 - AC nº 200104010300343/PR, rel. Leandro Paulsen, DJU 01/10/2003, pág. 387).

Dessarte, tenho que, embora a atividade principal da empresa-autora seja a prestação de serviços advocatícios, os valores recebidos a título de aluguel de imóvel de sua propriedade fazem parte de seu faturamento, sendo cabível, portanto, a incidência do PIS e da COFINS. Ressalte-se, ainda, que de acordo com o art. 118 do Código Tributário Nacional a definição legal do fato gerador é interpretada com abstração da validade jurídica dos atos efetivamente praticados pelos contribuintes, responsáveis ou terceiros, bem como da natureza do seu objeto ou dos seus efeitos.

Por conseguinte, impõe-se a improcedência do pleito.

III - Dispositivo

Ante o exposto, PRELIMINARMENTE, rejeito a preliminar de carência de ação por ilegitimidade de parte e, de ofício, declaro inepto o pedido de inexigibilidade do PIS e da COFINS sobre rendimentos financeiros, extinguindo o feito, nessa parte, com base no art. 267, inciso I, do CPC c/c art. 295, incisos I e II, do CPC. **NO MÉRITO, julgo improcedente** o pedido formulado na petição inicial, extinguindo o processo com resolução do mérito, na forma do art. 269, inciso I, do CPC.

Condeno a autora no pagamento de honorários advocatícios de sucumbência, os quais fixo em R\$ 800,00. Condeno-a, ainda, ao pagamento das custas processuais finais. Sem reexame necessário.

Havendo recurso (s) tempestivo(s), intime(m)-se a(s) parte(s) contrária(s) para apresentação de contra-razões, no prazo legal. Juntados os eventuais recursos e as respectivas contra-razões apresentadas no prazo legal devem ser os autos remetidos ao Egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

Após o trânsito em julgado, arquivem-se estes autos, com baixa na distribuição.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Santo Ângelo, 20 de maio de 2008.

Fábio Vitório Mattiello
Juiz Federal