



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
TERCEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo nº 16327.000273/2010-91
Recurso nº 01 Voluntário
Acórdão nº 3301-01.308 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 14 de fevereiro de 2012
Matéria COFINS
Recorrente FUNDO DE INVESTIMENTO IMOBILIÁRIO SUPERQUADRA 311 NORTE
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Ano-calendário: 2004, 2005

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. RI-CARF. COMPETÊNCIA.

A apreciação de recurso voluntário consistente em exigência lastreada em fatos cuja apuração serviu para determinar a prática de infração à legislação pertinente à tributação do IRPJ, em procedimentos conexos, decorrentes ou reflexos, confinada está na competência da Primeira Seção do CARF, em conformidade com o RI-CARF, art. 2º, IV, do Anexo II, aprovado pela Portaria Ministerial nº 256, de 22/06/2009.

Recurso Não Conhecido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária da Terceira Seção de Julgamento, por unanimidade de votos, em não conhecer do recurso, para declinar da competência à Primeira Seção de Julgamento, nos termos do voto do Relator.

Rodrigo da Costa Pôssas

Presidente

Antônio Lisboa Cardoso

Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: José Adão Vitorino de Moraes, Antônio Lisboa Cardoso (relator), Maurício Taveira e Silva, Andrea Medrado Darzé, Maria Teresa Martínez López e Rodrigo da Costa Pôssas (Presidente).

Relatório

Cuida-se de recurso em face do acórdão nº 16-29.511 – 8, prolatado pela 8ª Turma da DRJ/SP1, que manteve procedente o Auto de Infração Complementar de Cofins não-cumulativa, apurada nos anos calendários de 2004 e 2005, cientificado à empresa em 18/06/2010, conforme sintetiza a respectiva ementa:

Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

Ano-calendário: 2004, 2005

AUTO DE INFRAÇÃO COMPLEMENTAR. PEDIDO DE DILIGÊNCIA PELO RESPONSÁVEL SOLIDÁRIO. INVIABILIZADO POR RECUSA DO CONTRIBUINTE, EM PRESTAR INFORMAÇÕES.

Pedido de diligência formulado pelo responsável solidário resta inviabilizado, senão por outras razões, pela recusa do contribuinte, a quem compete efetuar os registros contábeis e guardar a documentação relativa às operações, em prestar à autoridade fiscal informações complementares para a apuração dos tributos devidos.

NULIDADE. FALTA DE PREVISÃO LEGAL PARA LANÇAMENTO COMPLEMENTAR. INOCORRÊNCIA.

O instituto do lançamento complementar está expressamente previsto no artigo 18, parágrafo 3º do Decreto nº 70.235/72, que disciplina o Processo Administrativo Fiscal - PAF, para as hipóteses em que a autoridade fiscal, por ocasião de exame posterior de determinado lançamento, constata a existência de incorreção, omissão ou inexactidão que implique agravamento da exigência. In casu, trata-se de mero erro material na aplicação de alíquota no lançamento original.

SOBRESTAMENTO. IMPOSSIBILIDADE.

E prática reiterada observada pelas autoridades administrativas, não se sobrestar processo para aguardar julgamento em outro, mesmo havendo relação de dependência entre eles.

DECADÊNCIA. INOCORRÊNCIA.

O prazo decadencial para os créditos tributários sujeitos ao regime de lançamento por homologação, que não tenham sido objeto de qualquer pagamento antecipado, como também nos casos de fraude, é o estabelecido no artigo 173, inciso I, do CTN, com início no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

NAO SUJEIÇÃO A TRIBUTAÇÃO POR FALTA DE PERSONALIDADE JURÍDICA. DESCABIMENTO.

O fato de uma entidade não possuir personalidade jurídica não a exime de ser sujeito passivo tributário, sabendo-se que o artigo 2º da Lei 9.779/99 estipula que o fundo de investimento

imobiliário, que, pelo artigo 1º da Lei 8.668/93, não é pessoa jurídica, sujeita-se à tributação aplicável às pessoas jurídicas, quando aplica recursos em empreendimento imobiliário que tenha como incorporador ou construtor, quotista detentor de mais de vinte e cinco por cento das quotas do fundo.

SIMULAÇÃO. TRANSFERÊNCIA APARENTE DE QUOTAS PARA FRAUDAR NORMA DE LEI. OCORRÊNCIA.

Constitui típica operação de simulação, a celebração de contrato de mútuo, sem propósito negocial e sem transferência efetiva de numerário, envolvendo vultosa soma de dinheiro "emprestada" da empresa quotista a funcionário, com o único fito de fraudar artigo de lei que torna tributáveis as operações de Fundo Imobiliário.

ARBITRAMENTO. DESCABIMENTO.

O arbitramento é cabível, entre outras, na hipótese de os registros contábeis se mostrarem imprecisos para a apuração das bases de cálculo dos tributos, imprecisão esta que não se verificou no presente processo.

ADIÇÃO INDEVIDA DE VENDAS CANCELADAS NA BASE DE CÁLCULO. INOCORRÊNCIA.

É da lógica da contabilidade tributária, sob pena de redução indevida de tributos, que valores de "vendas canceladas" somente possam ser lançados a débito em conta de receitas, com redução de bases tributáveis, se tais receitas canceladas tiverem sido tributadas no exercício atual ou em anterior.

NÃO DEDUÇÃO DOS CRÉDITOS DE CUSTOS NO REGIME NÃO-CUMULATIVO. RECUSA PARA PRESTAR INFORMAÇÕES ADEQUADAS.

Inexistindo informações adequadas, -in casu-, individualizadas por unidade imobiliária vendida -, por recusa do contribuinte em fornecê-las, inviabiliza-se a eventual dedução de créditos relativos a custos, na base de cálculo da COFINS, consoante previsto no regime não-cumulativo.

JUROS DE MORA SOBRE A MULTA DE OFÍCIO. EXIGÊNCIA NÃO CONSTANTE DO LANÇAMENTO.

Descabe a arguição de cobrança indevida de juros de mora sobre a multa de ofício, quando tal exigência não consta do lançamento fiscal litigado.

MULTA AGRAVADA. ERRO DE IDENTIFICAÇÃO DE SUJEITO PASSIVO PARA O AGRAVAMENTO. INOCORRÊNCIA.

Na hipótese de simulação de transferência de quotas realizada por quotista majoritário com o fim de manter isenção tributária de Fundo de Investimento Imobiliário, inexistente erro de identificação de sujeito passivo quando a multa agravada é

lançada contra o Fundo, porque, nesse caso não se pode negar que o próprio Fundo, através do órgão supremo de deliberação, a Assembleia Geral dos quotistas, onde o fraudador assento, teve conhecimento e aprovou a simulação feita.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

De acordo com o Relatório de Verificação Fiscal (fls. 62 a 79), ratificado pelo acórdão recorrido, o lançamento complementar decorreu dos seguintes fatos:

i) o lançamento complementar para os anos-calendário de 2004 e 2005, refere-se ao Auto de Infração objeto do PAF nº 16327.000973/2009-42 (IRPJ e outros tributos decorrentes), que teria utilizado, erroneamente, a alíquota de 3% ao invés da de 7,6%, aplicável à cobrança não cumulativa da COFINS a que estava sujeito o autuado naqueles anos;

ii) para o lançamento teria sido recalculada a COFINS de 12/2004 e 12/2005, à alíquota de 7,6%, excluindo-se os valores das receitas financeiras, não tributáveis a partir de agosto de 2004, conforme detalhamento apresentado no quadro "Demonstrativo do Crédito Tributário - COFINS não-cumulativa" (fl. 72);

iii) o agravamento da exigência tributária, com aplicação de multa de 150%, teria sido efetuado em consonância com o lançamento da COFINS objeto do PAF 16327.000973/2009-42 e o Acórdão 16-24.413 (fls. 41 a 58), de 25/02/2010, da DRJ/SP1 (que julgou o referido processo), tendo se caracterizado o dolo pelo fato de:

a) o suposto empréstimo celebrado entre a construtora POII Ltda (principal quotista do Fundo) e o Sr. Sebastião Luís Ferreira Sobrinho (Sr. SLFS), envolvendo a transferência de quotas do FII SQN 311 teria tido como objetivo, unicamente, afastar a incidência do artigo 2º da Lei nº 9.779/99 sobre as atividades do autuado;

b) o Sr. SLFS teria o papel de interposta pessoa da empresa POII Ltda, o que se enquadraria no artigo 167, caput e parágrafo 1º, inciso I, do Novo Código Civil, que trata de simulação por interposição de pessoa;

c) teria havido ação dolosa tendente a impedir a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, configurando fraude;

iv) dado o exposto, a empresa POII Ltda seria, então, responsável solidária pela exigência lançada; por isso, teria sido lavrado o Termo de Sujeição Passiva Solidária, cujas razões constam do item IV - Responsabilidade Solidária" do Relatório de Verificação Fiscal do PAF nº 16327.000973/2009-42 (onde também foi lavrado o Termo de Sujeição Passiva Solidária);

v) conforme consta do referido Relatório de Verificação Fiscal do PAF nº 16327.000973/2009-42, notícia divulgada no sítio da Procuradoria da República no Distrito Federal dá conta de que o Ministério Público teria ajuizado, em 20/05/2005, Ação Civil de Responsabilidade por Ato de Improbidade Administrativa" (Processo Original nº 2005.34.00.014853-8, atualmente no STF sob nº PET/3439) contra 39 pessoas, entre as quais a POII Ltda e Paulo Octávio Alves Pereira, presidente da relacionada à participação da Fundação dos Economistas Federais -FUNCEF, na condição de quotista, no FII instituído para construção da SQN 311; conforme os procuradores, inúmeras manobras dos quotistas, comprovadas por auditoria, teriam tido por objetivo fraudar o Fundo em detrimento da FUNCEF; desde sua fundação, o

Fundo teria apresentado várias irregularidades, todas com a intenção de propiciar ganhos aos construtores-quotistas em detrimento do quotista FUNCEF.

De acordo com o voto condutor do acórdão recorrido, para justificar o lançamento complementar seria, sustentando que houve mero erro de fato, "O que ocorreu no referido lançamento do PAF 16327.000973/2009-2\ foi típica incorreção , que não representou erro de qualificação jurídica dos fatos lançados, ou entendimento ou interpretação equivocada de norma legal de incidência. Isto porque na descrição dos fatos e enquadramento legal a autoridade lançadora não tratou a COFINS em questão, em nenhum momento, como se estivesse sujeita ao *regime cumulativo* cuja alíquota de incidência fosse de 3 % . Ao contrário, a autoridade fiscal, ao lançar a exigência consignou expressamente, conforme excerto a seguir reproduzido, no item 2.5.2 do Relatório de Verificação Fiscal (fls . 21 e 22) do PAF 16327.000273/2010-91 , que a COFINS lançada nos anos de 2004 e 2005 estava sujeita à *sistemática não cumulativa*.

Em que pese a aparente razoabilidade da argumentação do autuado quanto à possibilidade de decisões conflitantes entre o PAF nº 16327.000973/2009-42, - já julgado por esta Turma e atualmente pendente de julgamento no Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF (fl . 383) -, e o presente processo, cabe notar que, no âmbito administrativo, é *prática usual* não se sobrestar processo para se aguardar julgamento em outro processo, mesmo havendo relação de dependência entre eles.

Quanto à alegação de decadência, o acórdão tratou afastar a decadência, pelo fato gerador objeto do presente lançamento, ocorrido em 31/12/2004 , teve término de prazo decadencial em 31/12/2010 , enquanto os fatos geradores ocorridos no período 28/02/2005 a 31/12/2005, teriam termino de prazo decadencial em 31/12/2011. O fato gerador mais antigo, de 31/12/2004 , cujo crédito somente poderia ser constituído a partir de 01/2005 , teve inicio da contagem para fins de decadência, pelo artigo 173, inciso I, do CTN , somente no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, a saber, em 01/01/2006, com fim de contagem , portanto 5 anos após, em 31/12/2010 . Em consequência, a ciência do lançamento, dada ao autuado em 18/06/2010, ocorreu dentro do prazo legal para constituição dos créditos tributários pertinentes aos referidos anos. Desta forma, não procede a arguição de decadência formulada pelo autuado com respeito à constituição dos créditos da COFINS para o período de 31/12/2004 a 31/05/2005.

Cientificada em 28/02/2011 (AR – fl. 422), a Recorrente interpôs o recurso voluntário de fls. 423/525 Em 29/03/2011, reiterando as alegações constantes de sua impugnação, em síntese o seguinte:

I - DAS PRELIMINARES IMPOSSIBILIDADE DE LANÇAMENTO DA COFINS MEDIANTE "LANÇAMENTO COMPLEMENTAR"

Conforme demonstrado alhures, em razão do nítido erro cometido pela Fiscalização, que indevidamente aplicou a alíquota de 3% para fins de constituição do crédito tributário de COFINS apurado no regime não-cumulativo, nos autos do processo administrativo nº 16327.000973/2009-42, a Fiscalização pretende, no presente caso, lançar a suposta diferença dessa contribuição social, mediante a aplicação da alíquota de 4,6% sobre as receitas auferidas no período compreendido entre dezembro de 2004 e dezembro de 2005.

No entanto, não há qualquer possibilidade de a Fiscalização suprir tal erro por meio do auto de infração ora combatido e constituir a diferença da COFINS calculada à alíquota de 4,6%, porquanto não há previsão legal para a aplicação de outra alíquota diferente daquela prevista para a incidência da COFINS no regime não-cumulativo, qual seja, a alíquota de 7,6%.

Tal procedimento está em absoluta desconformidade com a regra-matriz de incidência dessa contribuição social, eis que foi desrespeitado o critério quantitativo dessa norma de estrutura, razão pela qual não há possibilidade de incidência do tributo indevidamente intitulado pela Fiscalização como "COFINS".

Antes, porém, de se demonstrar a impossibilidade de lançamento da COFINS à alíquota de 4,6%, como fez, indevidamente, a Fiscalização no presente caso, faz-se necessário, inicialmente, tecer breves considerações sobre a fenomenologia da incidência tributária.

Nesse sentido, cite-se, novamente, Paulo de Barros Carvalho, *verbis*.

"O objeto sobre o qual converge o nosso interesse é a fenomenologia da incidência tributária em sentido estreito ou regra-matriz de incidência tributária. Nesse caso, diremos que houve a subsunção, quando o conceito do fato (fato jurídico tributário) guardar absoluta identidade com o conceito desenhado normativamente na hipótese (hipótese tributária)".

Contudo, não foi o que ocorreu no presente caso. De fato, a alíquota eleita pela Fiscalização para efetuar o lançamento da COFINS (4,6%) está em total desconformidade com a alíquota prevista no artigo 2º da Lei nº 10.833/03 (7 , 6 %).

2. DA NECESSIDADE DE SUSPENSÃO DO PRESENTE PROCESSO ADMINISTRATIVO OU DO JULGAMENTO EM CONJUNTO

Ainda que a preliminar arguida anteriormente não seja acolhida por essa C. Turma Julgadora, o que se alega a título meramente argumentativo, deve-se determinar a suspensão do presente processo até o desfecho do processo administrativo nº 16327.000973/2009-42 ou o julgamento em conjunto de ambos os processos, em razão da nítida relação de dependência entre eles.

Isso porque, nos termos do artigo 265, inciso IV, do Código de Processo Civil ("CPC"), suspende-se o processo quando a sentença de mérito *"depende do julgamento de outra causa, ou da declaração da existência ou inexistência da relação jurídica, que constitua o objeto principal de outro processo pendente"*, (g.n.)

De acordo com a regra acima transcrita, o Julgador deve suspender o julgamento do processo sempre que o mérito depender do encerramento de outra causa, que constitua o objeto principal do processo pendente de análise.

"PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - RECURSOS DE OFÍCIO E VOLUNTÁRIO - SOBRESTAMENTO DA APRECIÇÃO DO LITÍGIO – Com fundamento no inciso IV, do artigo 265, do CPC, aplicável subsidiariamente ao processo administrativo fiscal, suspende-se o processo, quando a apreciação do mérito do litígio depender do julgamento de outra causa, ou da declaração da existência ou inexistência da relação

jurídica, que constitua o objeto principal de outro processo pendente." (Ac. 105-14.270, gn.)

"PAF - NORMAS PROCESSUAIS - RESTITUIÇÃO/COMPENSAÇÃO - QUESTÃO PREJUDICIAL - SOBRESTAMENTO DO FEITO - O julgamento de lançamentos de ofício derivados de negativa a pleito de restituição/compensação, por dependerem da solução que a final venha se dar no julgamento do direito creditório, não pode ser levado a termo senão após a solução dada ao direito creditório controvertido. Recurso Provido." (Ac. 107-08101 - 7ª Câmara do 1º CC-g.n.)

3. DA AUSÊNCIA DE FRAUDE PRATICADA PELO IMPUGNANTE

Conforme se extrai das informações contidas no "Relatório de Verificação Fiscal", integrante do auto de infração ora combatido, verifica-se que o Sr. Agente Fiscal entendeu que o Impugnante teria agido com fraude, razão pela qual foi aplicada a multa agravada de 150% sobre os valores de "COFINS" ora exigidos.

Para fundamentar a prática de atos fraudulentos, o Sr. Agente Fiscal simplesmente referendou as razões expostas pela DRJ na decisão proferida no processo administrativo nº 16327.000973/2009-42.

3.1. DA CORRETA DESCRIÇÃO DA ATIVIDADE OPERACIONAL DO IMPUGNANTE - FALSAS PREMISAS ADOTADAS NA DECISÃO PROFERIDA PELA DRJ NO PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 16327.000973/2009-42

4. DA AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE PELA MULTA AGRAVADA DE 150%

Em razão do caráter personalíssimo da multa, somente o quotista Paulo Octávio Investimentos Imobiliários Ltda, que supostamente praticou o ato fraudulento conforme relatado pelo próprio Sr. Agente Fiscal, poderia ser responsabilizado pela multa agravada no percentual de 150%, mas, jamais, o Impugnante.

5. DECADÊNCIA DO DIREITO DO FISCO LANÇAR PARTE DOS CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS DE "COFINS"

Conforme demonstrado anteriormente, restou comprovada a impossibilidade de atribuição da prática fraudulenta ao Impugnante e, conseqüentemente, da imposição da multa agravada no percentual de 150%.

Dessa forma, não se aplica, ao presente caso, a regra decadencial prevista no artigo 173, inciso I do CTN, como entendeu, equivocadamente, a Fiscalização no presente caso, com base na decisão proferida pela DRJ no processo administrativo nº 16327.000973/2009-42,

III - DO MÉRITO

1. DO EVIDENTE ERRO MATERIAL COMETIDO PELA FISCALIZAÇÃO/DA ILIQUIDEZ E CERTEZA DA AUTUAÇÃO FISCAL

Ainda que as preliminares argüidas anteriormente não sejam acolhidas por essa C. Turma Julgadora, o que se alega a título meramente argumentativo, não merece prosperar a autuação fiscal em razão da evidente iliquidez e incerteza dos créditos tributários ora exigidos. É o que se passará a demonstrar.

Assim, com a edição das Leis 10.637/2002 e 10.833/2003, a sistemática de cálculo e recolhimento da Contribuição ao PIS e à COFINS foi alterada para o regime não-cumulativo, mantendo-se sua incidência sobre o faturamento mensal e majorando-se a alíquota, respectivamente, para 1,65% e 7,6%.

Observa-se, assim, que as Leis nº 10.637/02 e 10.833/03, de um lado, determinaram a incidência da Contribuição ao PIS e da COFINS para as pessoas jurídicas (em geral) à alíquota majorada, mas de forma não-cumulativa, ou seja, permitindo, em contrapartida, a utilização de créditos para fins de abatimento do valor devido a título das referidas contribuições.

Pois bem, transpondo-se o que se expôs até aqui para a autuação objeto do presente processo, nota-se facilmente que o Sr. Agente Fiscal houve por bem desconsiderar a aplicação correta dos dispositivos que regulamentam a aplicação do regime da não-cumulatividade ao (i) não excluir, e sim adicionar, as vendas canceladas à bases de cálculo da COFINS e (ii) não deduzir os custos incorridos pelo Impugnante em suas atividades. É o que se passará a demonstrar.

2. DA ILEGALIDADE DA COBRANÇA DE JUROS SOBRE A MULTA

Ainda que se entenda correta a utilização da taxa Selic para cobrança dos juros de mora incidentes sobre o tributo supostamente devido, o que se alega apenas a título argumentativo, é certo que os juros calculados com base nessa taxa não poderão ser exigidos sobre a multa de ofício lançada, por absoluta ausência de previsão legal. É o que se passará a demonstrar.

De fato, o artigo 13 da Lei 9.065/95, que prevê a cobrança dos juros de mora com base na taxa Selic, remete ao artigo 84 da Lei 8.981/95, que, por sua vez, estabelece a cobrança de tais acréscimos apenas sobre tributos, *verbis*

Nesse sentido já decidiu o antigo Conselho de Contribuintes, atual Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, a exemplo do Acórdão a seguir transcrito:

"INCIDÊNCIA DE JUROS SOBRE A MULTA DE OFÍCIO – INAPLICABILIDADE - Não incidem os juros com base na taxa Selic sobre a multa de ofício, vez que o artigo 61 da Lei n.º 9.430/96 apenas impõe sua incidência sobre débitos decorrentes de tributos e contribuições. Igualmente, não incidem os juros previstos no artigo 161 do CTN sobre a multa de ofício."
(Acórdão n.º 101-96.523, g.n.)

Frise-se também que a Câmara Superior de Recursos Fiscais já pacificou o entendimento quanto à não incidência dos juros de mora sobre a multa de ofício (acórdão CSRF/02-03.133 ainda não formalizado), conforme se extrai do resultado do julgamento do processo nº 18471.001680/2004-30, *verbis*:

"Por maioria de votos, NÃO CONHECER da preliminar de perda de objeto do recurso em face do trânsito em julgado da decisão judicial quanto ao mérito, suscitada pela Conselheira Maria Teresa Martinez Lopez. Vencidos os Conselheiros Maria Teresa Martinez Lopez e Manoel Coelho Arruda Júnior (Substituto convocado); 2) Por maioria de votos, ACOLHER a preliminar de decadência até os fatos geradores do mês de outubro de 1999, vencidos os Conselheiros Josefa Maria Coelho Marques, Gilson Macedo Rosenburg Filho, Júlio César Vieira Gomes e Elias Sampaio Freire que não acolhiam; 3) por maioria de votos CONHECER do recurso quanto a incidência sobre a multa de ofício dos juros à taxa SELIC, vencidos os Conselheiros Henrique Pinheiro Torres (Relator), Gilson Macedo Rosenburg Filho e Leonardo Siade Manzan, e por maioria de votos DAR provimento nessa parte, vencidos os conselheiros Henrique Pinheiro Torres (Relator) e Antonio Praga, que mantinham essa incidência. Designada para redigir o voto vencedor a Conselheira Maria Teresa Martinez Lopez. Fez sustentação oral o advogado da recorrente Dr. Ricardo Krakowiak, OAB/SP 138.192."

É o relatório.

Voto

Conselheiro Antônio Lisboa Cardoso, Relator

O recurso é tempestivo e encontra-se revestido das demais formalidades legais.

Conforme relatado, no presente processo se discute o auto de infração complementar referente à diferença de alíquota de 7,6% e 3%, da COFINS dos anos-calendários de 2004 e 2005.

Às fls.41/58, consta cópia da decisão da DRJ, nos autos do Processo 16327.000973/2009-42 (Acórdão n.º 16-24.413), no qual está sendo exigido o IRPJ, COFINS e PIS dos anos-calendários 2004 e 2005, sobre os mesmos fatos que deram origem ao presente auto de infração complementar, como se depreende do referido acórdão, sintetizado na seguinte ementa:

Processo nº: 16327.000973/2009-42

*FUNDO DE INVESTIMENTO IMOBILIÁRIO SUPERQUADRA
311 NORTE*

(...)

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2004, 2005

*PEDIDO DE DILIGÊNCIA PELO RESPONSÁVEL
SOLIDÁRIO.*

*INVIABILIZADO POR RECUSA, DO CONTRIBUINTE, EM
PRESTAR INFORMAÇÕES.*

Pedido de diligência formulado pelo responsável solidário resta inviabilizado, senão por outras razões, pela recusa do contribuinte, - a quem compete efetuar os registros contábeis e guardar a documentação relativa às operações -, em prestar à autoridade fiscal informações complementares para a apuração dos tributos devidos.

DECADÊNCIA. INOCORRÊNCIA.

O prazo decadencial para os créditos tributários sujeitos ao regime de lançamento por homologação, que não tenham sido objeto de qualquer pagamento antecipado, como também nos casos de fraude, é o estabelecido no artigo 173, inciso I, do CTN, com início no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

*MÉRITO. SIMULAÇÃO. TRANSFERÊNCIA APARENTE DE
QUOTAS PARA FRAUDAR NORMA DE LEI. OCORRÊNCIA.*

Constitui típica operação de simulação, a celebração de contrato de mútuo, sem propósito negocial e sem transferência efetiva de numerário, envolvendo vultosa soma de dinheiro "emprestada" da empresa quotista a funcionário, com o único fito de fraudar artigo de lei que torna tributáveis as operações de Fundo Imobiliário.

*MULTA AGRAVADA. ERRO DE IDENTIFICAÇÃO DE
SUJEITO PASSIVO PARA O AGRAVAMENTO.
INOCORRÊNCIA.*

Na hipótese de simulação de transferência de quotas realizada por quotista majoritário com o fim de manter isenção tributária de Fundo de Investimento Imobiliário, inexistente erro de identificação de sujeito passivo quando a multa agravada é lançada contra o Fundo, porque, nesse caso, não se pode negar que o próprio Fundo, através do órgão supremo de deliberação, a Assembléia Geral dos quotistas, onde o fraudador tem assento, teve conhecimento e aprovou a simulação feita.

*IRPJ E CSLL. ADIÇÃO INDEVIDA DE VENDAS CANCELADAS
NA BASE DE CÁLCULO. INOCORRÊNCIA.*

É da lógica da contabilidade tributária, sob pena de redução indevida de tributos, que valores de "vendas canceladas" somente possam ser lançados a débito em conta de receitas, com redução de bases tributáveis, se tais receitas canceladas tiverem sido tributadas no exercício atual ou em anterior.

*APROVEITAMENTO DO IRRF NO LANÇAMENTO.
IMPOSSIBILIDADE.*

Falece legitimidade ativa ao contribuinte Fundo Imobiliário para pleitear o eventual aproveitamento, contra créditos constituídos no lançamento, de valores de IRRF alegadamente recolhidos por ocasião de pagamentos feitos aos quotistas, em razão do fato de tal

direito, se existir, pertencer aos beneficiários dos rendimentos, não à fonte pagadora.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Ano-calendário: 2004, 2005

INEXISTÊNCIA DE SUJEIÇÃO PASSIVA. DESCABIMENTO.

*O fato de uma entidade não possuir personalidade jurídica não a exime de ser sujeito passivo tributário, sabendo-se que o artigo 2.º da Lei 9.779/99 estipula que o fundo de investimento imobiliário, - que, pelo artigo 1.º da Lei 8.668/93, não é pessoa jurídica -, **sujeita-se à tributação aplicável às pessoas jurídicas**, quando aplica recursos em empreendimento imobiliário que tenha como incorporador ou construtor, quotista detentor de mais de vinte e cinco por cento das quotas do fundo.*

REGIME CUMULATIVO. NÃO DEDUÇÃO DOS CRÉDITOS DE CUSTOS NO REGIME NÃO-CUMULATIVO. RECUSA PARA PRESTAR INFORMAÇÕES.

Inexistindo informações adequadas, por recusa do contribuinte em fornecê-las, para eventual aplicação do regime cumulativo, ou para dedução de créditos relativos a custos no regime não-cumulativo, deve ser aplicado o regime prevalente de tributação normal das pessoas jurídicas, que, tratando-se de Fundo Imobiliário, é o não-cumulativo, no caso, sem dedução de eventuais créditos de custos.

ARBITRAMENTO. DESCABIMENTO.

O arbitramento é cabível, entre outras, na hipótese de os registros contábeis se mostrarem imprecisos para a apuração das bases de cálculo dos tributos, imprecisão esta que não se verificou no presente processo.

ADIÇÃO INDEVIDA DE VENDAS CANCELADAS NA BASE DE CÁLCULO. INOCORRÊNCIA.

É da lógica da contabilidade tributária, sob pena de redução indevida de tributos, que valores de "vendas canceladas" somente possam ser lançados a débito em conta de receitas, com redução de bases tributáveis, se tais receitas canceladas tiverem sido tributadas no exercício atual ou em anterior.

RECEITAS FINANCEIRAS. ALÍQUOTA ZERO. CABIMENTO.

As alíquotas da contribuição para o PIS/PASEP e da COFINS incidentes sobre as receitas financeiras auferidas pelas pessoas jurídicas sujeitas ao regime de não-cumulatividade foram reduzidas a zero, a partir de 02/08/2004, pelo Decreto 5.164/2004.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE

SOCIAL - COFINS

Exercício: 2004, 2005

INEXISTÊNCIA DE SUJEIÇÃO PASSIVA. DESCABIMENTO.

*O fato de uma entidade não possuir personalidade jurídica não a exime de ser sujeito passivo tributário, sabendo-se que o artigo 2.º da Lei 9.779/99 estipula que o fundo de investimento imobiliário, - que, pelo artigo 1.º da Lei 8.668/93, não é pessoa jurídica -, **sujeita-se à tributação aplicável às pessoas jurídicas**, quando aplica recursos em empreendimento imobiliário que tenha como incorporador ou construtor, quotista detentor de mais de vinte e cinco por cento das quotas do fundo.*

REGIME CUMULATIVO. NÃO DEDUÇÃO DOS CRÉDITOS DE CUSTOS NO REGIME NÃO-CUMULATIVO. RECUSA PARA PRESTAR INFORMAÇÕES.

Inexistindo informações adequadas, por recusa do contribuinte em fornecê-las, para eventual aplicação do regime cumulativo, ou para dedução de créditos relativos a custos no regime não-cumulativo, deve ser aplicado o regime prevalente de tributação normal das pessoas jurídicas, que, no caso de Fundo Imobiliário, é o não-cumulativo, no caso, sem dedução de eventuais créditos de custos.

ARBITRAMENTO. DESCABIMENTO.

O arbitramento é cabível, entre outras, na hipótese de os registros contábeis se mostrarem imprestáveis para a apuração das bases de cálculo dos tributos, imprestabilidade esta que não se verificou no presente processo.

ADIÇÃO INDEVIDA DE VENDAS CANCELADAS NA BASE DE CÁLCULO. INOCORRÊNCIA.

É da lógica da contabilidade tributária, sob pena de redução indevida de tributos, que valores de "vendas canceladas" somente possam ser lançados a débito em conta de receitas, com redução de bases tributáveis, se tais receitas canceladas tiverem sido tributadas no exercício atual ou em anterior.

RECEITAS FINANCEIRAS. ALÍQUOTA ZERO. CABIMENTO.

As alíquotas da contribuição para o PIS/PASEP e da COFINS incidentes sobre as receitas financeiras auferidas pelas pessoas jurídicas sujeitas ao regime de não-cumulatividade foram reduzidas a zero, a partir de 02/08/2004, pelo Decreto 5.164/2004.

MULTA DE OFÍCIO. INCIDÊNCIA DE JUROS. INOCORRÊNCIA.

Improcede a alegação de incidência de juros de mora sobre a multa de ofício, quando no lançamento fiscal tais encargos estão incidindo apenas sobre o tributo, calculados a partir das datas dos respectivos vencimentos.

Impugnação Procedente em Parte

Crédito Tributário Mantido em Parte

Desta forma, considerando que no presente processo se discute tão somente o auto de infração complementar, sobre eventuais diferenças de COFINS (diferença de alíquota de 7,6% e 3%) dos anos-calendário 2004 e 2005 tendo como base de cálculo os mesmos fatos apurados no processo nº 16327.000973/2009-42, entendo ser necessário que o presente processo seja redistribuído para o mesmo colegiado para o qual aquele processo foi distribuído, no caso, para a Primeira Seção do CARF, nos termos do art. 2º, IV, do Anexo II, do RI-CARF, aprovado pela Portaria Ministerial nº 256, de 22/06/2009, com alterações posteriores, *in verbis*:

Art. 2º À Primeira Seção cabe processar e julgar recursos de ofício e voluntário de decisão de primeira instância que versem sobre aplicação da legislação de:

I - Imposto sobre a Renda das Pessoas Jurídicas (IRPJ);

II - Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL);

III - Imposto de Renda Retido na Fonte (IRRF), quando se tratar de antecipação do IRPJ;

IV - demais tributos, quando procedimentos conexos decorrentes ou reflexos, assim compreendidos os referentes às exigências que estejam lastreadas em fatos cuja apuração serviu para configurar a prática de infração à legislação pertinente à tributação do IRPJ; (grifado)

Em face do exposto, voto no sentido de declinar da competência para a Primeira Seção, em razão da conexão com o processo nº 16327.000973/2009-42, devendo o presente processo ser distribuído ao mesmo relator e Colegiado, nos termos do art. 2º, IV, do Anexo II, do RI-CARF.

Sala das Sessões, em 14 de fevereiro de 2012

Antônio Lisboa Cardoso

Relator