



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 16327.001753/2010-70
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1302-007.129 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 16 de maio de 2024
Recorrente FUNDO DE INVESTIMENTO IMOBILIARIO PENINSULA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL (COFINS)

Ano-calendário: 2005

RETORNO DOS AUTOS DA INSTÂNCIA SUPERIOR. DETERMINAÇÃO ANÁLISE QUESTÕES NÃO ENFRENTADAS ANTERIORMENTE. LIMITE COGNIÇÃO ÀS MATÉRIA AINDA NÃO APRECIADAS. DILIGÊNCIA. ADOÇÃO DAS CONCLUSÕES.

Uma vez retornado os autos da instância superior, cabe analisar as matéria não apreciadas, conforme determinado. Impossibilidade de reanálise das matérias apreciadas e julgadas em sede de Recurso Especial pela CSRF. Em razão das conclusões da diligência, adotam-se seus apontamentos.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Ano-calendário: 2005

RETORNO DOS AUTOS DA INSTÂNCIA SUPERIOR. DETERMINAÇÃO ANÁLISE QUESTÕES NÃO ENFRENTADAS ANTERIORMENTE. LIMITE COGNIÇÃO ÀS MATÉRIA AINDA NÃO APRECIADAS. DILIGÊNCIA. ADOÇÃO DAS CONCLUSÕES.

Uma vez retornado os autos da instância superior, cabe analisar as matéria não apreciadas, conforme determinado. Impossibilidade de reanálise das matérias apreciadas e julgadas em sede de Recurso Especial pela CSRF. Em razão das conclusões da diligência, adotam-se seus apontamentos

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar as preliminares de nulidade suscitadas, e, no mérito, em dar provimento parcial ao recurso voluntário do sujeito passivo principal, apenas para reconhecer a dedução dos créditos relativos à depreciação, conforme Relatório de Diligência produzido pela Unidade de Origem. Acordam, ainda, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso voluntário do responsável tributário Banco Ourinvest S.A., nos termos do relatório e voto da relatora.

(documento assinado digitalmente)

Paulo Henrique Silva Figueiredo - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Maria Angélica Echer Ferreira Feijó - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Wilson Kazumi Nakayama, Maria Angelica Echer Ferreira Feijo, Marcelo Oliveira, Henrique Nimer Chamas, Rycardo Henrique Magalhaes de Oliveira (suplente convocado(a)), Paulo Henrique Silva Figueiredo (Presidente).

Relatório

No presente caso, a controvérsia possui origem na lavratura de Autos de Infração de PIS/COFINS (fls. 169-180) em face de Fundo de Investimento Imobiliário Península. Também foi lavrado Termo de Sujeição Passiva Solidária (fl. 181) contra a sua administradora, Banco Ouroinvest S/A, em razão de suposta falta/insuficiência no recolhimento das contribuições relativas ano-calendário 2005. O Termo de Verificação Fiscal (fls. 159 a 168) refere que o escopo da ação fiscal foi o de verificar a situação do fundo frente ao art. 2º da Lei 9.779/99, ou seja, se o fundo estaria sujeito ou não a tributação das pessoas jurídicas em virtude de ter um *único cotista* com investimento numa empresa por ele controlada.

A discussão deste caso, referente ao ano-calendário de 2005, são reflexos ao IRPJ e a CSLL (autuados no PA de n.º 16327.001752/2010-55), incidentes sobre a receita bruta do Fundo de Investimento, ora Recorrente. Em 2005, a totalidade das suas cotas pertencia ao Sr. Abílio Diniz, o qual teria “adquirido via alienação fiduciária” (cfe. TVF) sessenta imóveis da empresa Companhia Brasileira de Distribuição (CBD), a qual pertencia ao Grupo Pão de Açúcar. Nos anos-calendários seguintes, o Fundo emitiu novas quotas à empresa Reco Máster Empreendimento e Participações Ltda., cujo controle também é do Grupo Diniz.

A Fiscalização entendeu, com base na estrutura da operação, que a tipificação do art. 2º da Lei 9.779/99 estava presente. Assim, o Fundo sujeitar-se-ia às regras gerais de tributação, aquelas referentes aos fundos que investirem em empreendimento imobiliário que tenha como sócio pessoa detentora de mais de vinte e cinco por cento do próprio fundo.

As Impugnações apresentadas (fls. 222 e 267) foram julgadas improcedentes pela 10ª Turma da DRJ/SPI, em 04 de julho de 2011, conforme Acórdão n.º 16-32.415 (fls. 362 a 386). Foram interpostos Recursos Voluntários (fls.393 e 442), os quais foram distribuídos equivocadamente para a 3ª Seção de Julgamento, que reconheceu sua incompetência no Acórdão n.º 3201-001.375, em 23 de julho de 2013. Quando da remessa dos autos à 1ª Seção, esta Turma deu provimento ao Recurso Voluntário do contribuinte, em 16 de fevereiro de 2017, no Acórdão n.º 1302-002.053 (fls. 739 a 766), ficando prejudica a análise sobre a solidariedade.

A Procuradoria interpôs **Recurso Especial** (fls. 768 a 796), o qual foi conhecido e provido no mérito (fls. 936-951), determinando a devolução à esta Turma. No retorno dos autos, o então Relator, Conselheiro Gustavo Guimarães da Fonseca propôs a conversão do julgamento em diligência, o qual foi aceito unanimemente por este Colegiado na Resolução n.º 1302-001.025 (fls. 979-984). A Unidade de Origem (Deinf/SPO/Difis) cumpriu a diligência, emitindo Relatório

Fiscal (fls. 1158-1159). Após ser intimado, o contribuinte juntou nove cópias do Acórdão emitido pela CSRF no presente caso (fls. 1172-1321).

Com a saída do antigo Relator deste Conselho, o processo foi a mim distribuído.

É o relatório.

Voto

Conselheira Maria Angélica Echer Ferreira Feijó, Relatora.

I – Do contexto processual deste processo

Quando este caso foi apreciado pela CSRF (Acórdão n.º 9101-004.580, fls. 936-951) foi determinado o retorno dos autos ao colegiado de origem, para apreciação das demais questões do recurso voluntário. Isso porque, restou verificado que o paradigma usado no Recurso Especial havia bem identificado que *o mesmo sujeito passivo, em relação à mesma operação*, já havia possuído julgamento de mérito em sentido oposto, em outro período de competência.

Quando do seu retorno a esta Turma, o então Relator fez o apanhado dos argumentos trazidos em sede de Recurso Voluntário:

”Em sua defesa a empresa atacou, como matéria de mérito, a caracterização propriamente da situação prevista pelo citado art. 2º da Lei 9.779/99. E aqui, ela dividiu as suas razões em três partes:

a) não haveria, na espécie, uma alienação fiduciária entre a CDB e o Fundo ora recorrente (algo aventado, como já dito, pela Fiscalização), de sorte que a CDB não deteria a posse do empreendimento. Defendeu, assim, que os imóveis teriam sido adquiridos pelo Fundo em operação simples de compra venda, hipótese em que os bens seriam detidos, fiduciariamente, por seu administrador (situação, pois, distinta daquela acusada pela Fiscalização);

b) superada a questão anterior, a CDB não seria detida pelo grupo econômico controlador do Fundo. A CDB seria, isto sim, controlada pelo grupo Pão de Açúcar e por empresa estrangeira denominada CASSINO, enquanto o Fundo e a empresa RECO seriam detidas pelo grupo Diniz (conformado por outras pessoas e empresas);

c) a figura do sócio, a que alude a Lei 9.779/99, teria que ser interpretada restritivamente o que afastaria, no caso, a possibilidade de tipificação da hipótese tratada pelo seu art. 2º.

Subsidiariamente arguiu a decadência do direito de constituir o crédito tributário (a luz do art. 150, § 4º, do Código Tributário Nacional) e, ainda, a necessidade de se abater do montante apurado, as importâncias atinentes aos dispêndios mensais com depreciação dos imóveis responsáveis pela geração da receita objeto da exigência fiscal.

O Banco Ourinvest, por sua vez, defendeu a sua irresponsabilidade.

A DRJ de São Paulo manteve, na íntegra, o lançamento, decisão contra a qual a interessada interpôs o competente recurso voluntário endereçado à este CARF, tendo

sido encaminhado, inicialmente, à 2ª Seção de Julgamentos. E esta, por meio do acórdão de e-fls. 586 e ss, declinou a competência para esta 1ª Seção.

O autos foram, então, distribuídos à este Colegiado que proferiu o Acórdão de nº 1302-002.053 (e-fls. 739 e ss) e que, após afastar a prejudicial de decadência, decidiu por dar provimento integral (à unanimidade) ao apelo, cancelando a exigência. **Só que este acórdão se debruçou, tão só, sobre a terceira parte dos argumentos trazidos em impugnação e reproduzidos no apelo, qual seja, aquele destacado na letra “c”, supra.**

Neste momento, frise-se, **os argumentos deduzidos em “a” e “b” e, ainda, o pedido subsidiário aventado na defesa, atinente ao aproveitamento de créditos com depreciação, não, foram, de qualquer forma, apreciados.** Também não foi objeto de análise, a **preliminar de nulidade** alegada pela recorrente.

(...)

Ao final do voto condutor do acórdão acima tratado, aquele Colegiado determinou o retorno do feito à esta Turma Ordinária para que os demais temas contidos no recurso fossem apreciados. Dentre tais temas, destaco **i) a preliminar de nulidade** do acórdão recorrido por força d'uma alegada inovação porventura intentada pela DRJ; **ii) os argumentos autônomos, concernentes à natureza da operação** praticada pelo Fundo, juntamente com a **CDB** (se seria ou não operação de alienação fiduciária) e, ainda, ao próprio controle desta última empresa (se se trataria de controle comum compartilhado entre a CDB e o Fundo, ora recorrente); **iii) a necessidade de apropriação de despesas com depreciação** dos bens componentes do fundo (e cujas receitas foram objeto da exigência em exame) na forma de créditos apropriáveis tal qual autorizariam as leis 10.637/02 e 10.833/03; e **iiii) a responsabilidade solidária** do administrador do fundo.”

[grifos nossos]

O antigo Relator desta Turma entendeu que seria importante a verificação da idoneidade dos documentos e escrituração contábil para fins de utilização da depreciação no cálculo das contribuições. Vejamos (fls. 983):

“Neste passo, voto por converter em diligência o julgamento a fim de solicitar à Unidade de Origem que intime o contribuinte a comprovar, por meio de documentos hábeis e idôneos, incluindo-se a sua escrituração contábil:

a) origem dos valores registrados nos balancetes de e-fls. 149/152, mormente se se referem tão só aos imóveis adquiridos ou se provêm também de benfeitorias feitas por terceiros que não a própria recorrente;

b) a luz da documentação exibida, quais foram as taxas de depreciação empregadas, mormente a luz das disposições da IN 162/98 e seus anexos.”

O relatório da diligência assim concluiu em relação à depreciação (fls. 1158-1159):

Da análise de todo o material apresentado, destaco a informação do sujeito passivo sobre a depreciação, onde foi empregada a taxa de 4% ao ano, na razão de 1/12 avos ao mês, tendo como base o saldo mensal da edificação registrada de cada imóvel, desconsiderando assim o valor de terreno conforme norma contábil aplicada à época.

Seguindo a orientação contida na retro citada Resolução do CARF, recalculamos as contribuições devidas, após dedução dos créditos referentes às despesas de depreciação demonstradas pelo sujeito passivo, conforme abaixo:

Cálculo dos créditos:

Mês	Despesa de Depreciação	Crédito de COFINS 7,6%	Crédito de PIS 1,65%
Agosto	635,40	48,29	10,48
Setembro	635,40	48,29	10,48
Outubro	1.786.331,60	135.761,20	29.474,47
Novembro	1.786.331,60	135.761,20	29.474,47
Dezembro	1.786.331,60	135.761,20	29.474,47

Cálculo das Contribuições Devidas:

Mês	COFINS apurada	Crédito	COFINS Devida	PIS apurado	Crédito	PIS Devido
Agosto	458,00	48,29	407,71	99,00	10,48	88,52
Setembro	458,00	48,29	407,71	99,00	10,48	88,52
Outubro	2.671.419,28	135.761,20	2.535.658,08	579.979,18	29.474,47	550.504,71
Novembro	747.785,85	135.761,20	612.024,45	162.348,20	29.474,47	132.873,73
Dezembro	932.843,98	135.761,20	797.082,78	202.525,33	29.474,47	173.050,86

Fra o que tínhamos a relatar

II – Do que já foi decidido por este Conselho em relação a esta mesma operação.

O presente caso trata da *mesma operação*, deste *mesmo contribuinte e solidário*, julgados em outros processos dentro deste Conselho, inclusive o Acórdão 9101-006.005 da 1ª Turma da CSRF em relação a este mesmo ano-calendário. Ocorre que, quando este caso foi apreciado pela CSRF (Acórdão n.º 9101-004.580, fls. 936-951) foi determinado o retorno dos autos ao colegiado de origem, para apreciação das demais questões do recurso voluntário. Desta forma, entendo que esta Turma está vinculada ao cumprimento fiel da determinação encartada no Acórdão proferido pela CSRF neste caso, e não no correlato ao ano-calendário.

Por tais razões, consigno que a cognição desta Turma abarca somente as matérias não decididas pela CSRF.

Ademais, quanto à discussão a respeito de decadência, consigno que tal matéria já havia sido afastada em momento anterior (Acórdão 1302-002.053 – FL. 752), e, nesse ponto, não houve reforma da decisão no posterior julgamento da CSRF. Assim, entendo que a matéria está preclusa, não sendo cabível nova análise.

III – Mérito: das questões remanescentes para julgamento.

Importante destacar que não será objeto de análise a interpretação do art. 2º da Lei n.º 9.779/99, pois tal tema já foi enfrentado pela CSRF neste caso, no Acórdão n.º 9101-004.580. Neste momento analisaremos os demais argumentos pendentes – conforme determinado pela CSRF – que correspondem às alegações: (a) nulidade, (b) natureza da operação, (c) apropriação do crédito das despesas com depreciação e (d) responsabilidade solidária.

II.A – Da alegação de nulidade

Em síntese, nas razões recursais, o Fundo afirma nulidade da decisão da DRJ, vez que: *(i)* teria ocorrido modificação do fundamento da autuação fiscal, assim como *(ii)* erro de direito na consideração de que teria ocorrido operação de alienação fiduciária em relação aos imóveis.

Não vislumbro procedência em nenhum dos argumentos da defesa.

Sobre o primeiro argumento, o que resta claro é que tanto o fundamento exposto no TVF, quanto na decisão de primeira instância administrativa tem por base o contexto que demonstra a existência de *conexão entre a CBD e o quotista do fundo autuado* para determinar a cumulação das posições de quotista e de sócio do empreendimento imobiliário. Ambos atos administrativo deste processo deixam claro que a cumulação se dá em decorrência de que todas as empresas envolvidas na operação estão sob o mesmo controle administrativo e acionário.

Em relação ao segundo argumento, sobre existir ou não erro de direito, fato ou lógica ligada à controversa existência de operação de alienação em relação aos imóveis, tal questão se confunde com um dos argumentos autônomos de mérito que serão analisados. Assim, deixo para melhor analisa-los em tópico específico.

Desta forma, me filio aos mesmos fundamentos constantes nos precedentes acima referidos:

Acórdão n.º 1402-002.320,

PA n.º 16327.720078/2011-62,

Relator: Conselheiro Fernando Brasil de Oliveira Pinto

“Nesse sentido, o termo de verificação fiscal e também a decisão de primeira instância apontam haver cumulação de posição jurídica em razão de que todas as empresas envolvidas na operação estão sob o mesmo controle administrativo e acionário. Desse modo, tanto o lançamento, quanto o acórdão guerreado baseiam-se nas mesmas circunstâncias de fato e idênticos fundamentos jurídicos.” (fl. 8 do Acórdão)

Acórdão n.º 3401-007.236,

PA n.º 16327.721226/2013-28,

Relator: Conselheiro Carlos Henrique de Seixas Pantarolli

“Não se tem, portanto, a introdução de um conceito inovador sequer ventilado pela autuação, verdadeiro fundamento diverso do que consta no lançamento de ofício, pois discorre o acórdão de piso sobre a mesma circunstância ensejadora da aplicação do art. 2º da Lei n.º 9.779/99: o fato de, no vértice das organizações que atuam como quotista do fundo imobiliário ou como sócia do empreendimento imobiliário, estar o Sr. Abílio Diniz, o que configuraria a cumulação de posições jurídicas.” (fl. 12 do Acórdão)

Por estas razões, voto por rejeitar as preliminares de nulidade.

II.B – Da natureza da operação

Conforme destaque no relatório da Resolução retro, em relação à natureza da operação, havia três argumentos de defesa:

a) não haveria, na espécie, uma alienação fiduciária entre a CDB e o Fundo ora recorrente (algo aventado, como já dito, pela Fiscalização), de sorte que a CDB não deteria a posse do empreendimento. Defendeu, assim, que os imóveis teriam sido adquiridos pelo Fundo em operação simples de compra venda, hipótese em que os bens seriam detidos, fiduciariamente, por seu administrador (situação, pois, distinta daquela acusada pela Fiscalização);

b) superada a questão anterior, a CDB não seria detida pelo grupo econômico controlador do Fundo. A CDB seria, isto sim, controlada pelo grupo Pão de Açúcar e por empresa estrangeira denominada CASSINO, enquanto o Fundo e a empresa RECO seriam detidas pelo grupo Diniz (conformado por outras pessoas e empresas);

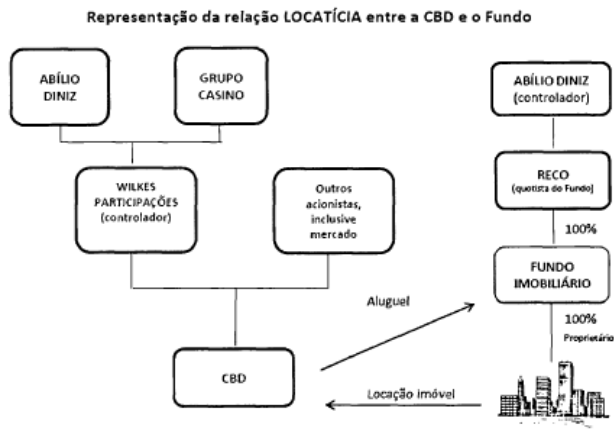
c) a figura do sócio, a que alude a Lei 9.779/99, teria que ser interpretada restritivamente o que afastaria, no caso, a possibilidade de tipificação da hipótese tratada pelo seu art. 2º.

O item “c” foi enfrentado no Acórdão da CSRF. Já os itens “a” e “b” devem ser aqui enfrentados.

De acordo com o art. 2º e art. 3º, I, do Regulamento do Fundo de Investimento Imobiliário Península, a sua finalidade era a aquisição de imóveis comerciais de propriedade da Companhia Brasileira de Distribuição – CBD para, ato contínuo, efetuar a locação desses imóveis à própria CBD. O fato do fundo ter como único objetivo a aquisição dos sessenta imóveis de propriedade da CBD, cumulada à exclusividade de locação conferida à mesma empresa, revelam o quão intrínseca é a participação de ambas na realização do empreendimento imobiliário. É fato incontroverso que ambos os lados da operação imobiliária possuem a mesma pessoa no comando, ainda que de forma indireta, pois a CBD é controlada pelo Grupo Diniz.

No desenho da operação, a CBD, antes proprietária dos imóveis em que exerce suas atividades empresariais, passou à condição de locatária. Assim, incorre agora em despesas de aluguéis que reduzem o resultado levado à tributação. Já o FUNDO passou a auferir tais receitas de aluguéis sob a pretensa isenção prevista no art. 16 da Lei n.º 8.668/93.

A ilustração trazida pela defesa (fl. 465) ajuda a entender – *ao contrário da sua pretensão recursal* – que no *vértice* das organizações que atuam, sejam como quotista do fundo imobiliário ou como sócia do empreendimento imobiliário, está o Sr. Abílio Diniz, o que configura a cumulação de posições jurídicas. E é essa questão – já decidida no âmbito da CSRF – que nos ajuda a entender a natureza da operação aqui realizada, no sentido de ter características de alienação, tal como constatado no TVF.



Além disso, há inegável relação entre o CBD e o Sr. Abílio. A reconstituição desta conexão é muito bem descrita no precedente acima referido da 1ª Seção, o qual reproduzo pela pertinência:

Acórdão nº 1402-002.320,

PA nº 16327.720078/2011-62,

Relator: Conselheiro Fernando Brasil de Oliveira Pinto

“Ressaltase que a própria Recorrente afirma que a aquisição de imóveis para locação representou a atividade imobiliária e que a melhor forma para empreender essa atividade seria por meio da constituição do Fundo de Investimento Imobiliário. E tal fundo tem como seu controlador indireto o, o Grupo DINIZ (na realidade, o próprio Sr. Abílio Diniz), cujo objetivo é empreender a atividade de aquisição de imóveis para locação.

Pois bem, se os imóveis foram transferidos para o controle do Sr. Abílio Diniz (ainda que de forma indireta), e ele pretendeu, na forma acordada na reestruturação do controle societário da CBD, locais para a própria CBD, a meu sentir, se comprovado que Abílio Diniz ainda controlava CDB, resta evidente que Abílio Diniz teria atuado tanto como empreendedor do negócio declarado (“aquisição de imóveis prontos para locação”), como beneficiário desse mesmo empreendimento imobiliário, ainda que por intermédio de Reco, quotista única do Fundo de Investimento Imobiliário constituído.

(...)

Portanto, a questão que entendo ser crucial à análise do caso concreto é se há hipótese de ligação, nos termos do parágrafo único do art. 2º da Lei nº 9.779/99, entre Abílio Diniz (ou mesmo Reco Máster) e CBD, qual seja: em relação à Abílio Diniz: se CBD era empresa sob seu controle ou de qualquer de seus parentes até o segundo grau; em relação a Reco Máster: se CBD era sua controladora, controlada ou coligada, conforme definido nos §§ 1º e 2º do art. 243 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976.

(...)

Segundo a Recorrente o Sr. Abílio Diniz sequer seria controlador da CBD, já que havia vendido o controle em 2005 para o Grupo CASINO e detinha apenas 24% do capital total da empresa (contra 76% do CASINO). Além disso, o Sr. Abílio Diniz estaria impedido de votar, na CBD, sobre

qualquer assunto relacionado à locação dos imóveis, nos termos da Cláusula 6.3. do Acordo de Acionista celebrado entre Grupo Diniz e o Casino de 27 de novembro de 2006:

6.3.1. O GRUPO AD obrigase a se abster de votar em qualquer Assembléia Geral da WILKES ou da CBD ou em qualquer reunião dos Conselhos de Administração, no que tange a qualquer operação envolvendo o Grupo CBD e a RECo, bem como em operações entre o Grupo CBD e o GRUPO AD ou qualquer de seus integrantes.

Pois bem, tal cláusula do Acordo de Acionista somente limita o poder de Abílio Diniz somente no que tange “a qualquer operação envolvendo o Grupo CBD e a RECo, bem como em operações entre o Grupo CBD e o GRUPO AD ou qualquer de seus integrantes”, não tendo o condão, como quis fazer crer a Recorrente, de retirar todo e qualquer poder sobre a administração de CBD.

Aliás, nesse mesmo Acordo de Acionistas, consta na cláusula 5.1.3.4.1 que o Chairman do Conselho de Administração de CBD, desde aquela data até 21 de junho de 2012, seria nomeado pelo Grupo Abílio Diniz entre o próprio o próprio Abílio Diniz, quaisquer de seus herdeiros ou qualquer outra pessoa nomeada pelo Grupo Abílio Diniz. Vejase:

(...)

Logo, resta evidente que o controle de CBD mantevese nas mãos de Abílio Diniz durante o período a que se refere a presente exigência.

E matérias publicadas no ano de 2012 demonstram que somente a partir daí o controle de CBD saiu das mãos de Abílio Diniz, que ainda assim manteve a posição de Presidente do Conselho de Administração. (fls. 15-18 do Acórdão)

Por estas razões, não acolho os argumentos da Recorrente e mantenho o Acórdão da DRJ neste ponto, conforme fundamentação acima.

II.C – Despesa com depreciação

Outro argumento trazido pela Recorrente e que precisa ser analisado diz respeito aos créditos de PIS e COFINS decorrentes dos encargos de depreciação dos imóveis. Segundo as razões recursais estes foram ilegalmente desconsiderados nos cálculos realizados por se tratarem de bens usados.

Neste caso, considerando as razões já trazidas no momento da Resolução proferida por esta Turma, entendo que há parcela de razão na insurgência recursal. O antigo Relator deste caso já havia consignado:

“Pois bem. O direito ao creditamento, no caso, é patente. E, outrossim, o argumento apresentado pelo acórdão recorrido é para lá de despropositado. Com efeito, segundo a Turma a quo, a recorrente não teria identificado, sequer, quais imóveis teriam gerado as despesas com depreciação e, que, demais a mais, não teria comprovado o preenchimento dos requisitos descritos pelo art. 31 da Lei 10.865/2004 (que limitou o gozo dos dispêndios com depreciação de imóveis adquiridos a partir de maio de 2004).”

Em razão da similitude dos casos e para evitar interpretações divergentes, adoto os fundamentos do precedente já referido da 3ª Seção, que se debruçou sobre este tema:

Acórdão n.º 3401-007.236,

PA n.º 16327.721226/2013-28,

Relator: Conselheiro Carlos Henrique de Seixas Pantarolli

“Considerando que os imóveis adquiridos pelo FUNDO compunham o ativo imobilizado da CDB, sobre sua venda não incidiu PIS e COFINS nos termos do art. 1º, §3º, VI da Lei n.º 10.637/2002 e art. 1º, §3º, II da Lei n.º 10.833/2003, devendo-se destacar que a aquisição de bens não sujeitos ao pagamento das contribuições não gera crédito, nos termos do art. 3º, § 2º, II das Leis n.º 10.637/02 e 10.833/03.

Entretanto, verifica-se que a legislação autoriza a pessoa jurídica a descontar créditos de PIS e COFINS calculados em relação a edificações ou benfeitorias em imóveis próprios ou de terceiros, quando o custo, inclusive de mão-de-obra, tenha sido suportado pela locatária:

Lei 10.637/2002

Art. 3o Do valor apurado na forma do art. 2o a pessoa jurídica poderá descontar créditos calculados em relação a:

(...) VII - edificações e benfeitorias em imóveis de terceiros, quando o custo, inclusive de mão-de-obra, tenha sido suportado pela locatária;

§ 1º O crédito será determinado mediante a aplicação da alíquota prevista no caput do art. 2º desta Lei sobre o valor:

(...) III - dos encargos de depreciação e amortização dos bens mencionados nos incisos VI, VII e XI do caput, incorridos no mês;

Lei 10.833/2003

Art. 3o Do valor apurado na forma do art. 2o a pessoa jurídica poderá descontar créditos calculados em relação a:

(...) VII - edificações e benfeitorias em imóveis próprios ou de terceiros, utilizados nas atividades da empresa;

§ 1º Observado o disposto no § 15 deste artigo, o crédito será determinado mediante a aplicação da alíquota prevista no caput do art. 2º desta Lei sobre o valor:

(...) III - dos encargos de depreciação e amortização dos bens mencionados nos incisos VI, VII e XI do caput, incorridos no mês;

Destarte, a despeito da aquisição dos imóveis não gerar direito a crédito, as despesas de depreciação incorridas mensalmente permitem o creditamento, independentemente de os imóveis terem sido adquiridos novos ou usados, pois tal vedação não se aplica às edificações e benfeitorias que são utilizados nas atividades da empresa, de modo que deve ser acolhida a pretensão da Recorrente para que sejam contabilizados os créditos resultantes das despesas de depreciação dos imóveis incorridas no período, conforme o demonstrativo juntado pelo FUNDO às fls. 1.659.” (fls. 21-22 do Acórdão)

Assim, imperioso adotar as conclusões do Relatório da Diligência realizada nestes autos (fls. 1158-1159):

Da análise de todo o material apresentado, destaco a informação do sujeito passivo sobre a depreciação, onde foi empregada a taxa de 4% ao ano, na razão de 1/12 avos ao mês, tendo como base o saldo mensal da edificação registrada de cada imóvel, desconsiderando assim o valor de terreno conforme norma contábil aplicada à época.

Seguindo a orientação contida na retro citada Resolução do CARF, recalculamos as contribuições devidas, após dedução dos créditos referentes às despesas de depreciação demonstradas pelo sujeito passivo, conforme abaixo:

Cálculo dos créditos:

Mês	Despesa de Depreciação	Crédito de COFINS 7,6%	Crédito de PIS 1,65%
Agosto	635,40	48,29	10,48
Setembro	635,40	48,29	10,48
Outubro	1.786.331,60	135.761,20	29.474,47
Novembro	1.786.331,60	135.761,20	29.474,47
Dezembro	1.786.331,60	135.761,20	29.474,47

Cálculo das Contribuições Devidas:

Mês	COFINS apurada	Crédito	COFINS Devida	PIS apurado	Crédito	PIS Devido
Agosto	458,00	48,29	407,71	99,00	10,48	88,52
Setembro	458,00	48,29	407,71	99,00	10,48	88,52
Outubro	2.671.419,28	135.761,20	2.535.658,08	579.979,18	29.474,47	550.504,71
Novembro	747.785,85	135.761,20	612.024,45	162.348,20	29.474,47	132.873,73
Dezembro	932.843,98	135.761,20	797.082,78	202.525,33	29.474,47	173.050,86

Fra o que tínhamos a relatar

Por tais razões, acolho a dedução dos créditos relativos à depreciação, conforme Relatório de Diligência produzido pela Unidade de Origem.

II.D – Do Recurso Voluntário do Solidário

O principal argumento da Administradora, o Banco Ourinvest, é a de que ela é responsável pelo cumprimento das obrigações do Fundo, o que não lhe transformaria em devedor solidário, não sendo hipótese de aplicação do art. 124, II do CTN.

Não vislumbro procedência no seu arrazoado.

É que, considerando a hipótese do art. 124, II, do CTN, não há como afastar a solidariedade. Isso porque:

- a) Segundo o art. 41, II, da Instrução Normativa n.º 205 da CVM, de 1994, dispõe que constituirão encargos do Fundo as “taxas, impostos ou contribuições federais, estaduais, municipais ou autárquicas que recaiam ou vierem a recair sobre os bens, direitos e obrigações que compõem o patrimônio do Fundo”;
- b) Segundo o art. 1º, caput, da Lei n.º 8.668/93, o Fundo de Investimento, embora não possua personalidade jurídica, pratica atos através da Administração do Fundo e da Assembleia Geral dos Quotistas;
- c) Por meio do art. 5º, da Lei n.º 8.668/93, criou-se a instituição administradora responsável pela gestão do fundo.

Não há como negar que é a administradora a responsável pela gerência e consecução de toda a atividade do fundo e, exceto em relação à responsabilidade da fonte pagadora pela retenção do imposto sobre os rendimentos de que trata o art. 16-A da Lei n.º 8.668/93, é a administradora quem responde também pelo cumprimento das demais obrigações tributárias, inclusive acessórias, do fundo, nos termos do art. 4.º da Lei n.º 9.779/99.

Não estamos diante da hipóteses do art. 134, conforme afirma a Recorrente, e que tal fundamento de solidariedade teria ocorrido pela mudança de critério jurídico pelo Acórdão Recorrido. Contudo, tal alegação não merece procedência. O art. 134 se aplica no caso da atuação regular de terceiro – o que não é o caso – pois aqui estamos diante da atuação irregular da Administradora que permitiu comportar-se como instituição isenta aquela que continha um quotista com mais de 25% do fundo.

Por fim, ressalto que em nenhum dos precedentes já mencionados aqui, sobre a mesma operação, houve o afastamento da responsabilidade solidária da Ourinvest.

Por tais razões, mantenho a solidariedade.

IV – Conclusões

Ante o exposto, voto por dar **PARCIAL PROVIMENTO** ao Recurso Voluntário do sujeito passivo, apenas em relação à possibilidade de dedução dos créditos relativos à depreciação, conforme Relatório de Diligência produzido pela Unidade de Origem e **NEGO PROVIMENTO** ao Recurso Voluntário da Responsável Solidária.

(documento assinado digitalmente)

Maria Angélica Echer Ferreira Feijó