



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

**Processo n°** 16327.720078/2011-62  
**Recurso n°** Voluntário  
**Acórdão n°** 3402-001.991 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária  
**Sessão de** 30 de janeiro de 2012  
**Matéria** PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL  
**Recorrente** FUNDO DE INVESTIMENTO IMOBILIÁRIO PENÍNSULA  
**Recorrida** DRJ SÃO PAULO I (SP)

**ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL**

Ano-calendário: 2006, 2007, 2008

Ementa:

À Primeira Seção de Julgamento do CARF cabe processar e julgar recursos de ofício e voluntário de decisão de primeira instância, quando houver 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.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da 4ª câmara / 2ª turma ordinária da terceira SEÇÃO DE JULGAMENTO, por unanimidade de votos, em não conhecer do recurso para declinar competência para 1ª Seção de Julgamento do CARF.

(assinado digitalmente)

GILSON MACEDO ROSENBERG FILHO – Relator e Presidente

Substituto.

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros João Carlos Cassuli Junior, Silvia de Brito Oliveira, Francisco Maurício Rabelo de Albuquerque Silva, Fernando Luiz da Gama Lobo D Eca e Mário César Fracalossi Bais (suplente)

## Relatório

Como forma de elucidar os fatos ocorridos até a decisão da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento, colaciono o relatório do Acórdão recorrido, *in verbis*:

### *DA AUTUAÇÃO*

*Conforme o Termo de Verificação Fiscal de fls. 163/171, em fiscalização empreendida junto à contribuinte acima identificada, relativa aos anos-calendário de 2006, 2007 e 2008, o Auditor-Fiscal autuante verificou em síntese que:*

*1. O objetivo da contribuinte, fundo de investimento imobiliário administrado pelo BANCO OURINVEST S/A, é adquirir imóveis comerciais de propriedade da Companhia Brasileira de Distribuição (CBD), com a finalidade de locar tais imóveis à própria CBD ou a empresas do mesmo grupo econômico.*

*2. O Fisco verificou se a contribuinte estaria sujeita à tributação das pessoas jurídicas, nos termos do art.2º, da Lei nº 9.779/99, abaixo transcrito, em virtude de ter um único quotista com investimento numa empresa controlada pelo próprio quotista.*

*3. A contribuinte adquiriu da CBD, em 2005, 60 imóveis para pagamento em 20 anos, sendo que a fonte principal de receita da contribuinte são os aluguéis recebidos da própria CBD. A empresa também auferir rendimentos de aplicações financeiras e suas despesas principais estão vinculadas ao pagamento dos imóveis adquiridos, incluídos os encargos de juros.*

*4. Cabe destacar que os fundos imobiliários têm uma estrutura tributária incentivada, de tal forma a serem isentos de impostos e contribuições, como PIS, COFINS e imposto de renda. Ademais, desde a entrada em vigor da Lei nº 11.196/2005, além da isenção de impostos para as atividades do fundo, os quotistas pessoas físicas de fundos imobiliários com mais de 50 participantes, em que nenhum detenha mais de 10% das quotas, estão isentos do imposto de renda na fonte e na declaração de ajuste anual sobre os rendimentos distribuídos.*

*5. O art.2º, da Lei nº 9.779/99, não diferencia o tratamento para os empreendimentos em curso e imóveis prontos. Por sua vez, na regulamentação expedida pela CVM, por meio do art.2º, da Instrução nº 205/94, foi definido que o conceito de empreendimento imobiliário abrange a aquisição de imóveis prontos.*

*6. No caso em tela, a cumulação da posição jurídica é clara. A contribuinte foi inicialmente constituída tendo um único quotista, sendo que, em 2006, empresa controlada pelo mesmo quotista ingressou no fundo com a maior parte das cotas. A última posição dos controladores da contribuinte aponta a empresa em questão como única participante. Além disso, o citado quotista é um dos controladores do grupo CBD.*

7. O instrumento utilizado para a transferência dos 60 imóveis da CBD para a contribuinte foi o “Compromisso Irrevogável e Irretratável de Compra e Venda de Bem Imóvel” em caráter fiduciário (fls.78/88), por intermédio do qual os imóveis continuam vinculados à CBD.

8. O sujeito passivo da relação individual e concreta é a contribuinte, uma vez que o fundo de investimento foi equiparado às pessoas jurídicas, por força do art.2º, da Lei nº 9.779/99.

9. Foram então apuradas as bases de cálculo do PIS e da COFINS, apresentadas na tabela de fls.169/170, conforme as Leis nº 10.637/02 e 10.833/03, ou seja, o regime de não-cumulatividade. As receitas financeiras não foram computadas nas respectivas bases de cálculo, em respeito à disposição do Decreto nº 5.442/05, expedido com base no art.27, §2º, da Lei nº 10.865/04.

Em decorrência das constatações feitas, foram lavrados Autos de Infração de COFINS (fls.172/186) e PIS (fls.188/202), dos quais a contribuinte tomou ciência em 07/02/2011 (fls.173 e 189), com os valores a seguir discriminados:

(...)

#### DA SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA

Em 07/02/2011, a fiscalização lavrou Termo de Sujeição Passiva Solidária contra o BANCO OURINVEST S/A (fls.204/205).

Sustenta a fiscalização que restou caracterizada a sujeição passiva solidária, nos termos do art.124, do CTN, e do art.4º, da Lei nº 9.779/99.

#### DA IMPUGNAÇÃO DA CONTRIBUINTE

A contribuinte apresentou a impugnação de fls.216/233, protocolizada em 03/03/2011 e acompanhada dos documentos de fls.234/276, expondo, em síntese, que:

1. A norma de equiparação à pessoa jurídica constante do art.2º, da Lei nº 9.779/99, é inaplicável à contribuinte, pelo fato de não existirem, no seu caso, as figuras do incorporador, do construtor ou do sócio.

1.1. Uma sociedade só existe se a aplicação de recursos foi efetuada por mais de uma pessoa ligadas por contrato de sociedade, isto é, uma pluralidade de adquirentes ligados por contrato de sociedade. Só nesta hipótese pode ocorrer a cumulação a que se refere o art.2º, da Lei nº 9.779/99, ou seja, a concomitante posição de quotista relevante da contribuinte e de sócio do empreendimento em que se investe.

1.2. Para que a alegada cumulação pudesse ter ocorrido seria necessário que a contribuinte tivesse realizado a aquisição do imóvel conjuntamente com, no mínimo, outro investidor com o qual contribuísse com bens ou serviços e partilhasse os

*resultados do empreendimento, o que não ocorreu no caso concreto.*

*1.3. O BANCO OURINVEST S/A, na qualidade de administrador da contribuinte, é o adquirente único dos imóveis, não existindo, pois, nenhum sócio nesse empreendimento.*

*2. Inexistiu participação da CBD na aquisição dos imóveis e nos resultados do empreendimento. Este é explorado exclusivamente pela contribuinte, que, por meio de seu administrador, é a única adquirente dos imóveis e também a única que participa dos frutos do empreendimento (aluguéis).*

*2.1. Por ser apenas a vendedora dos imóveis e a pagadora dos aluguéis, a CBD não pode ser qualificada como sócio do empreendimento imobiliário explorado pela contribuinte.*

*3. A impugnante protesta pela apresentação posterior de novos documentos, alegações e quaisquer outras provas necessárias.*

#### *DA IMPUGNAÇÃO DO RESPONSÁVEL SOLIDÁRIO*

*Em 03/03/2011, o responsável solidário BANCO OURINVEST S/A apresentou a impugnação de fls.277/288, acompanhada dos documentos de fls.289/324, alegando em síntese que:*

*1. O art.124 do CTN não é aplicável ao presente caso, pois o BANCO OURINVEST S/A não é, juntamente com a empresa autuada, contribuinte das obrigações tributárias constantes do auto de infração. O único contribuinte das obrigações tributárias é a autuada, que foi quem obteve as receitas.*

*1.1. O BANCO OURINVEST S/A não é contribuinte dos tributos, é um simples terceiro na relação tributária, ao qual, tendo em vista a sua condição de administrador da contribuinte, a lei atribuiu responsabilidade solidária. É o responsável pelo cumprimento das obrigações da contribuinte, como resulta do art.4º, da Lei nº 9.779/99.*

*1.2. Trata-se da responsabilidade de terceiro, prevista no art.134, do CTN, que difere da figura da solidariedade, já que naquela há sempre subsidiariedade da obrigação do responsável face à obrigação do devedor principal, subsidiariedade essa consistente no benefício de ordem.*

*1.3. A solidariedade prevista no art.124, do CTN, só pode existir entre contribuintes e não depende do benefício de ordem, pelo que jamais poderá existir nas relações entre contribuinte e terceiro responsável.*

*1.4. O BANCO OURINVEST S/A não é devedor solidário das obrigações tributárias da contribuinte, sendo, nos termos do art.4º, da Lei nº 9.779/99, um terceiro responsável pelas obrigações tributárias da contribuinte, responsabilidade essa que é sempre subsidiária.*

*1.5. Não sendo o BANCO OURINVEST S/A devedor solidário, mas responsável, não cabe imputar-lhe sujeição passiva.*

A 10ª Turma de Julgamento da DRJ em São Paulo (SP) julgou improcedente a impugnação, nos termos do Acórdão nº 16-32416, de 04 de julho de 2011, cuja ementa abaixo reproduzo, *verbis*:

*ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO*

*Ano-calendário: 2006, 2007, 2008*

*SÓCIO DE EMPREENDIMENTO IMOBILIÁRIO. NEGÓCIO JURÍDICO INTRAGRUPPO. SUJEIÇÃO À TRIBUTAÇÃO DAS PESSOAS JURÍDICAS. ART.2º, DA LEI 9.779/99.*

*Verificando-se que os quotistas de um fundo de investimento imobiliário são também sócios do empreendimento imobiliário, na figura dos empresários responsáveis pela gestão comum do grupo econômico, conseqüentemente o fundo sujeita-se ao controle determinado pelo caput do art.2º, da Lei nº 9.779/99.*

*RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA.*

*São solidariamente obrigadas as pessoas expressamente designadas por lei. São pessoalmente responsáveis pelos créditos tributários resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, os mandatários, prepostos e empregados e os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.*

*ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL*

*Ano-calendário: 2006, 2007, 2008*

*PRODUÇÃO DE PROVAS APÓS A IMPUGNAÇÃO. PROVA DOCUMENTAL. PRECLUSÃO.*

*A prova documental deve ser apresentada na impugnação, precluindo o direito de a impugnante fazê-lo em outro momento processual, a menos que fique demonstrada a ocorrência de algumas das hipóteses previstas no §4º do art. 16 do Decreto nº 70.235/72.*

*Impugnação Improcedente*

*Crédito Tributário Mantido*

Irresignado com a decisão da primeira instância administrativa, o Banco Ourinvest S.A, fls. 356/372, e o Fundo de Investimento Imobiliário FII Península, fls. 396/417 protocolaram recursos voluntários ao CARF.

A Procuradoria Geral da Fazenda Nacional apresentou contrarrazões às fls. 480/500.

É o relatório.

## Voto

Conselheiro Gilson Macedo Rosenburg Filho, Relator.

O recurso foi apresentado com observância do prazo previsto.

Quanto aos demais requisitos de admissibilidade, passo a apreciá-los.

Para passarmos à análise de mérito da matéria delimitada no momento da impugnação, deve-se investigar se foram observados os requisitos mínimos impostos por lei, cuja ausência implica a pronta inadmissão da peça recursal, sem que se investigue ser procedente ou improcedente a própria irresignação veiculada no recurso.

As atividades do julgador direcionadas para aferição da presença desses pressupostos recebem o nome de juízo de admissibilidade. Esse juízo antecede lógica e cronologicamente um outro subsequente juízo, qual seja o juízo de mérito, no qual é analisada a pretensão recursal.

O professor Barbosa Moreira observa que *a questão relativa à admissibilidade é, sempre e necessariamente, preliminar à questão de mérito. A apreciação desta fica excluída se àquela se responde em sentido negativo.*

Os requisitos viabilizadores do exame do mérito recursal são divididos pelo professor Barbosa Moreira em duas categorias: “requisitos intrínsecos (concernentes à própria existência do poder de recorrer) e requisitos extrínsecos (relativos ao modo de exercê-lo)”. Alinham-se no primeiro grupo o cabimento, a legitimidade para recorrer, o interesse recursal e a inexistência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer. O segundo grupo é composto pela tempestividade, a regularidade formal e o preparo.

Temos a consciência de que nem todos os requisitos de admissibilidade devem ser observados no âmbito do processo administrativo. Contudo, ao examinar a possibilidade de seguimento do recurso, o julgador administrativo deve estar atento para alguns dos requisitos, a saber: o interesse recursal, a legitimidade, a inexistência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer, a regularidade formal e a tempestividade. Atendidos todos eles, fica permitida a análise do *meritum causae*.

Retornando aos autos, temos a informação de que foi lavrado auto de infração para exigência do IRPJ e da CSLL também com fulcro no art. 2º da Lei nº 9.779/99, os quais se encontram em discussão no processo administrativo nº 16327001752/2010-25.

Entendo que esse processo tem ligação umbilical com o processo nº 16327001752/2010-25, uma vez que foram os mesmos fundamentos jurídicos e legais deram ensejo aos dois processos.

Após cravar essas premissas, temos conhecimento que o art. 2º do Anexo II do Regimento Interno do CARF define que é competência da Primeira Seção de Julgamento apreciar recursos que versem sobre a aplicação da legislação do PIS e da Cofins quando os fatos jurídicos que serviram para a apuração das exações forem conexos aos fatos cuja apuração serviu para configurar a prática de infração à legislação do IRPJ.

Processo nº 16327.720078/2011-62  
Acórdão n.º **3402-001.991**

**S3-C4T2**  
Fl. 106

---

Neste norte, em vista da conexão relatada, não conheço do recurso por se tratar de matéria de competência da Primeira Seção de Julgamento do CARF.

É como voto.

Sala das Sessões, em 30/01/2012.

Gilson Macedo Rosenburg Filho