



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



PROCESSO	17459.720036/2022-41
ACÓRDÃO	1401-007.814 – 1ª SEÇÃO/4ª CÂMARA/1ª TURMA ORDINÁRIA
SESSÃO DE	30 de janeiro de 2026
RECURSO	VOLUNTÁRIO
RECORRENTE	2509 FUNDO DE INVESTIMENTO IMOBILIÁRIO – FII E OLIVEIRA TRUST DISTRIBUIDORA DE TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS
INTERESSADO	FAZENDA NACIONAL

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2019

PRELIMINAR DE NULIDADE DO LANÇAMENTO POR VÍCIO DE MOTIVAÇÃO.
REJEITADA.

Os fatos que deram origem ao lançamento foram corretamente individualizados e descritos, além de que o motivo da autuação foi apresentado de forma clara. Ainda que haja imprecisão ou erro no enquadramento legal, desta irregularidade não resultou prejuízo para o autuado nem cerceamento de defesa. Preliminar rejeitada.

PRELIMINAR DE NULIDADE DO LANÇAMENTO POR ILIQUIDEZ E INCERTEZA.
REJEITADA.

O arbitramento apenas tem lugar, segundo o artigo 47 da Lei 8.981/95, quando se torna impossível chegar-se à base imponible e à apuração do lucro real pela escrita ou por livros auxiliares, dada a comprovada imprestabilidade, deficiência, pouca confiabilidade desses documentos. Preliminar rejeitada.

PRELIMINAR DE NULIDADE DO LANÇAMENTO POR ILEGITIMIDADE PASSIVA. A sujeição passiva na relação tributária não está relacionada com a forma jurídica, a capacidade civil ou a capacidade de estar em juízo. Preliminar rejeitada.

PRELIMINAR DE NULIDADE DO LANÇAMENTO POR FALTA DE ARBITRAMENTO. REJEITADA.

Não há nulidade no lançamento com base no lucro real se o contribuinte não logra demonstrar que havia a necessidade de arbitrar o lucro, pela falta de algum registro contábil ou fiscal que comprometesse a apuração da base tributável real.

MÉRITO. FUNDO IMOBILIÁRIO. EQUIPARAÇÃO À PESSOA JURÍDICA. ART. 2º DA LEI 9.779/99. REQUISITOS NÃO CUMPRIDOS.

Para fins de interpretação do art. 2ª da Lei nº 9.779/1999, sócio é aquele que detém participação no capital social. De igual forma, a figura do quotista exige participação direta e não indireta.

NORMA ANTIELISIVA. HERMENÊUTICA.

A interpretação aplicável às normas antielisivas deve ser literal e estrita, sob pena de afastar planejamentos tributários lícitos e legítimos feitos pelo contribuinte.

LANÇAMENTOS DECORRENTES E REFLEXOS.

Aplica-se à tributação reflexa idêntica solução dada ao lançamento principal, do IRPJ, em face da estreita relação da causa e efeito. CSLL. PIS. COFINS.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, (a) Com relação às preliminares, por voto de qualidade, afastar a preliminar de nulidade por não ter sido realizado o arbitramento do lucro e por unanimidade de votos, rejeitar as demais preliminares e (b) Com relação ao mérito, por maioria de votos, dar provimento ao recurso, vencidos os conselheiros Fernando Augusto Carvalho de Souza e Luiz Eduardo de Oliveira dos Santos, que votaram por negar-lhe provimento. Designado para redação do voto vencedor Alberto Pinto Souza Júnior.

Assinado Digitalmente

Andressa Paula Senna Lísias – Relatora

Assinado Digitalmente

Alberto Pinto Souza Junior – Redator-designado

Assinado Digitalmente

Luiz Eduardo de Oliveira dos Santos – Presidente

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros Fernando Augusto Carvalho de Souza, Daniel Ribeiro Silva, Alberto Pinto Souza Junior, Andressa Paula Senna Lisias, Luciana Yoshihara Arcangelo Zanin, Luiz Eduardo de Oliveira Santos (Presidente).

RELATÓRIO

Trata-se de Autos de Infração de IRPJ, e reflexos de CSLL, PIS, COFINS, acrescidos de juros de mora e de multas, relativamente ao ano-calendário de 2019, oriundos do enquadramento do 2509 FUNDO DE INVESTIMENTO IMOBILIÁRIO, ora Recorrente, no art. 2º Lei nº 9.779/99, que afasta a norma isentiva da Lei 8.668/93 aplicável aos fundos de investimentos imobiliários (FII):

Auto de Infração		
IMPOSTO SOBRE A RENDA DA PESSOA JURÍDICA		
DEMONSTRATIVO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO em R\$		
IMPOSTO	Cód. Receita Darf 2917	Valor 144.895.542,79
JUROS DE MORA (Calculados até 12/2022)		Valor 27.288.157,97
MULTA PROPORCIONAL (Passível de Redução)		Valor 108.671.657,07
VALOR DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO		Valor 280.855.357,83
Valor por Extensão		
DUZENTOS E OITENTA MILHÕES, OITOCENTOS E CINQUENTA E CINCO MIL, TREZENTOS E CINQUENTA E SETE REAIS E OITENTA E TRÊS CENTAVOS		

Auto de Infração
CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO

DEMONSTRATIVO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO em R\$

	Cód. Receita Darf	Valor
CONTRIBUIÇÃO	2973	52.171.035,41
JUROS DE MORA (Calculados até 12/2022)		9.825.487,54
MULTA PROPORCIONAL (Passível de Redução)		39.128.276,55
VALOR DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO		101.124.799,50
Valor por Extensão		
CENTO E UM MILHÕES, CENTO E VINTE E QUATRO MIL, SETECENTOS E NOVENTA E NOVE REAIS E CINQUENTA CENTAVOS		

Auto de Infração
CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

DEMONSTRATIVO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO em R\$

	Cód. Receita Darf	Valor
CONTRIBUIÇÃO	6656	3.169.473,84
JUROS DE MORA (Calculados até 12/2022)		652.324,20
MULTA PROPORCIONAL (Passível de Redução)		2.377.105,31
VALOR DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO		6.198.903,35
Valor por Extensão		
SEIS MILHÕES, CENTO E NOVENTA E OITO MIL, NOVECIENTOS E TRÊS REAIS E TRINTA E CINCO CENTAVOS		

Auto de Infração
CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL

DEMONSTRATIVO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO em R\$

	Cód. Receita Darf	Valor
CONTRIBUIÇÃO	5477	14.603.658,29
JUROS DE MORA (Calculados até 12/2022)		3.005.671,98
MULTA PROPORCIONAL (Passível de Redução)		10.952.743,64
VALOR DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO		28.562.073,91
Valor por Extensão		
VINTE E OITO MILHÕES, QUINHENTOS E SESSENTA E DOIS MIL, SETENTA E TRÊS REAIS E NOVENTA E UM CENTAVOS		

Além das multas de ofício de 75% (sem qualificação, portanto) aplicadas sobre o IRPJ, a CSLL, o PIS e a COFINS exigidos, houve, em paralelo, o lançamento de multas por descumprimento de obrigação acessória, quais sejam: multa regulamentar pelo descumprimento do prazo estabelecido para a apresentação da Escrituração Contábil Fiscal (ECF), da Escrituração Fiscal Digital da Contribuição para o PIS e a COFINS, e da Contribuição Previdenciária sobre a Receita (EFD-Contribuições) e da escrituração contábil digital (ECD), respectivamente, no valores de R\$ 11.269.158,78, R\$ 1.923.826,59 e R\$ 1.918.634,25, totalizando R\$ 15.111.619,62 a título de multas.

Auto de Infração		
OUTRAS MULTAS ADMINISTRADAS PELA RFB		
DEMONSTRATIVO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO em R\$		
MULTA REGULAMENTAR (Passível de Redução)	Cód. Receita Darf 3624	Valor 11.269.158,78
MULTA REGULAMENTAR (Passível de Redução)	Cód. Receita Darf 2203	Valor 1.923.826,59
MULTA REGULAMENTAR (Passível de Redução)	Cód. Receita Darf 1438	Valor 1.918.634,25
VALOR DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO		Valor 15.111.619,62
Valor por Extensão QUINZE MILHÕES. CENTO E ONZE MIL. SEISCENTOS E DEZENOVE REAIS E SESSENTA E DOIS CENTAVOS		

Ademais, a D. Fiscalização atribuiu a responsabilidade solidária à OLIVEIRA TRUST DISTRIBUIDORA DE TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS, CNPJ 36.113.876/0001-91, a administradora do FUNDO, com fundamento nos artigos 121, inciso II, e 124, inciso II, do CTN, e artigo 4º da Lei nº 9.779/1999.

O cerne da discussão é a equiparação do Fundo a uma pessoa jurídica, na forma do artigo 2º da Lei 9.779/99, que contém regra antielisiva e afastaria, em determinadas e específicas situações, a isenção tributária prevista no artigo 16 da Lei nº 8.668/1993.

Em apertadíssima síntese, a D. Autoridade Fiscal entendeu que a isenção não seria aplicável ao Fundo nesse caso, tendo alterado seu regime de tributação para o regime aplicável às pessoas jurídicas em geral, sob o fundamento de que três pessoas físicas eram as únicas e verdadeiras quotistas do FII, e também, ao mesmo tempo, as proprietárias do empreendimento imobiliário (“SÃO PAULO CORPORATE TOWERS”) que teria recebido investimento daquele mesmo FII, ferindo a norma insculpida no art. 2º da Lei nº 9.779/99. O Fisco interpretou que foram interpostos outros fundos de investimentos intermediários com a finalidade de criar uma distância formal entre as três pessoas físicas do FII e o empreendimento que recebia investimento do referido FII, tendo chegado à conclusão de que essa distância não existia, já que, em sua visão, eram *“as mesmas pessoas que comandaram a realização do empreendimento imobiliário e que passaram a ser proprietárias da totalidade das cotas do fundo imobiliário que explora o negócio”*.

Delimitada a acusação em face de 2509 FUNDO DE INVESTIMENTO IMOBILIÁRIO – FII e de OLIVEIRA TRUST DISTRIBUIDORA DE TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS (responsável solidário), cito e adoto parcialmente o Relatório constante da decisão recorrida que descreve e pormenoriza os fatos em torno do presente lançamento, “*verbis*”:

“Síntese da autuação

5. Segundo o Termo de Verificação Fiscal (TVF) às fls. 2.268/2.293, os rendimentos apurados e distribuídos no ano de 2019 pelo então denominado “PMV FUNDO DE INVESTIMENTO IMOBILIÁRIO – FII”, nome posteriormente alterado para “2509 FUNDO DE INVESTIMENTO IMOBILIÁRIO – FII” (FUNDO), não foram oferecidos à tributação:

2 O FUNDO foi constituído em 10/12/2013 sob a forma de condomínio fechado, destinado a investidores qualificados e tem como objetivo proporcionar a seus cotistas a valorização e a rentabilidade de suas cotas no longo prazo, preponderantemente pelo investimento no empreendimento atualmente denominado “SÃO PAULO CORPORATE TOWERS”, que foi construído sobre os imóveis objeto das matrículas nL2s 152.293, 179.191 e 185.124, do 4º Cartório de Registro de Imóveis da Cidade de São Paulo, no local onde existia um conjunto de edifícios que constituía o “CONDOMÍNIO CENTRO EMPRESARIAL CAMARGO CORREA”. Os citados bens pertenciam a PARTICIPAÇÕES MORRO VERMELHO S/A (PMV), (fls. 2.166 a 2.171, 2.184 a 2.188 e 2.265 a 2.267).

3 A PMV é controlada pelas pessoas jurídicas R.C.A.B.P.N. EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES S.A., R.C.N.P.N. EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES S.A, R.C.P.O.D.P.N. EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES S.A, R.C.A.B.O.N. EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES S.A, R.C.N.O.N. EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES S.A e R.C.P.O.D.O.N. EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES S.A. As três primeiras detêm, cada uma, 22% das ações da PMV, e as outras têm o domínio, individualmente, de 11% das ações da companhia (fls. 701 a 815).

4 As companhias R.C.A.B.P.N. e R.C.A.B.O.N. são pertencentes a ROSANA CAMARGO DE ARRUDA BOTELHO; a quase totalidade das ações da R.C.N.P.N. e R.C.N.O.N são detidas por RENATA DE CAMARGO NASCIMENTO; e as pessoas jurídicas R.C.P.O.D.P.N. e R.C.P.O.D.O.N. são controladas por REGINA DE CAMARGO PIRES OLIVEIRA DIAS (fls. 999 a 1.559).

(...)

Norma antielisiva

6. Prossegue o TVF que a construção do imóvel foi realizada por “CAMARGO CORREA DESENVOLVIMENTO IMOBILIÁRIO S/A, empresa indiretamente controlada por PMV e, em 20/10/2016, mediante a utilização de sociedade de propósito específico VIOL EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA “uma série de alterações societárias foram levadas a efeito nas companhias envolvidas no empreendimento, conduzindo, ao fim, as cotas do FUNDO para as empresárias que indiretamente são proprietárias da PARTICIPAÇÕES MORRO VERMELHO”.

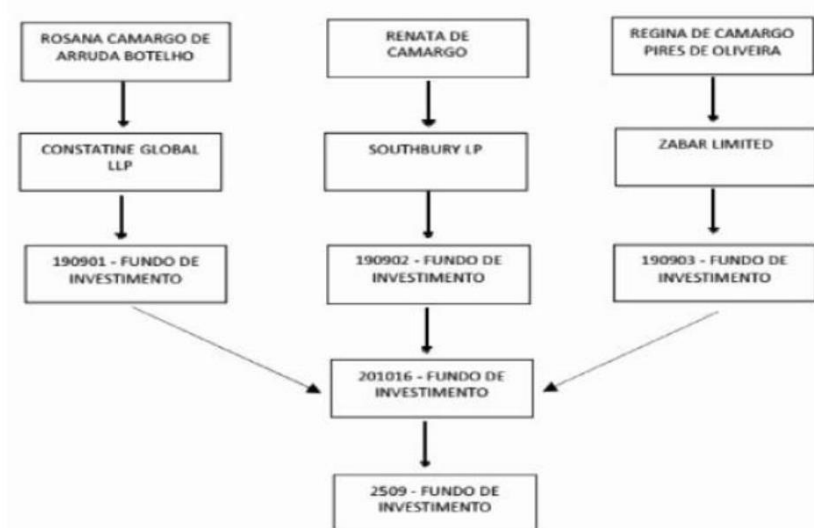
7. Eis a partilha do FUNDO em 20/10/2016:

Sócia	Valor da Redução de Capital	Cotas do fundo	Valor da cota
R.C.N.O.N.	164.840.828,31	165.203,53133	997,80451
R.C.N.P.N.	329.260.323,05	329.984,80200	997,80451
R.C.P.O.D.O.N.	164.840.828,31	165.203,53133	997,80451
R.C.P.O.D.P.N.	329.260.323,05	329.984,80200	997,80451
R.C.A.B.P.N.	329.260.323,05	329.984,80201	997,80451
R.C.A.B.O.N.	164.840.828,31	165.203,53133	997,80451
Total	1.482.303.454,09	1.485.565,00000	

8. Aponta o TVF que ainda “no dia 20/10/2016, as empresas R.C.N.O.N., R.C.N.P.N., R.C.P.O.D.O.N., R.C.P.O.D.P.N., R.C.A.B.P.N. e R.C.A.B.O.N. decidiram pela redução do capital social nos mesmos valores recebidos de PMV e entregaram em pagamento as cotas do FUNDO para as acionistas ROSANA CAMARGO DE ARRUDA BOTELHO, RENATA DE CAMARGO NASCIMENTO e REGINA DE CAMARGO PIRES OLIVEIRA (fls. 1.082 e 1.083, 1.166 e 1.167, 1.255 e 1.256, 1.354 e 1.355, 1.456 e 1.457, 1.554 e 1.555).”

9. Outrossim, aponta o TVF que visando “ainda distanciar as proprietárias diretas do fundo imobiliário, proprietário fiduciário dos imóveis, as cotas recém recebidas foram utilizadas para integralização de subscrições em outros fundos de investimento” (destacamos):

“12 Primeiramente, as participações no **Fundo PVM foram entregues aos fundos CONSTATINE GLOBAL LLP – SANTANDER SECURITIES SERVICES BRASIL DTVM S.A, SOUTHURY LLP – SANTANDER SECURITIES SERVICES BRASIL DTVM. e ZABAR LIMITED ITAU UNIBANCO S.A.** Em seguida, as cotas do PMV foram transferidas para os fundos 190901 – FUNDO DE INVESTIMENTO MULTIMERCADO – CRÉDITO PRIVADO, 190902 – FUNDO DE INVESTIMENTO MULTIMERCADO – CRÉDITO PRIVADO e 190903 – FUNDO DE INVESTIMENTO MULTIMERCADO – CRÉDITO PRIVADO, movimentação graficamente representada da seguinte forma:



13 De acordo com informações prestadas pela administradora do FUNDO, foram distribuídos, no ano de 2019, R\$ 168.121.582,12 a título de rendimentos, sem o pagamento de tributos.

14 O benefício fiscal, no entanto, é inaplicável no presente caso, pois ferida regra de entrada, de constituição do fundo imobiliário, a qual remete à tributação devida pelas pessoas jurídicas o fundo de investimento imobiliário que tenha como incorporador, construtor ou sócio, quotista que possua, isoladamente ou em conjunto com pessoa a ele ligada, mais de vinte e cinco por cento das cotas (regra de 25%), norma prevista no art. 2º da Lei 9.779/99. De acordo com informações prestadas pela administradora do FUNDO, foram distribuídos, no ano de 2019, R\$ 168.121.582,12 a título de rendimentos, sem o pagamento de tributos.

15 Os fundos de investimento imobiliário foram instituídos pela Lei 8.668/93, com alterações posteriores das leis 9.779/99, 11.033/2004, 11.196/2005 e 12.024/2009. A definição desse tipo de fundo encontra-se no artigo 1º da Lei 8.668/93.

"Artigo 1º Ficam instituídos **Fundos de Investimento Imobiliário, sem personalidade jurídica**, caracterizados pela comunhão de recursos captados por meio do Sistemas de Distribuição de Valores Mobiliários, na forma da lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1.976, destinados à aplicação em empreendimentos imobiliários, caracterizados pela comunhão de recursos captados por meio do Sistema de Distribuição de Valores Mobiliários, na forma da Lei 6.385, de 7 de dezembro de 1976, destinados à aplicação em empreendimentos imobiliários.

Artigo 2º O Fundo será constituído sob a forma de condomínio fechado, proibido o resgate de quotas, com prazo de duração determinado ou indeterminado."

16 Note-se que, por disposição legal, os FII foram criados objetivando a captação de recursos externos de forma plural (comunhão de recursos), para o financiamento da atividade imobiliária. Para tal, estão destituídos de personalidade jurídica, sendo representados e gerenciados por sua administradora e demais entidades vinculadas (gestores, consultores imobiliários, auditores externos, custodiantes, entre outros).

17 O artigo 2º atribuiu aos FII a qualificação jurídica de condomínio fechado, haja vista a impossibilidade de resgate das cotas antes do encerramento de suas atividades.

18 A Instrução CVM 472/2008, norma da autarquia que é responsável pelo controle dos fundos de investimento, faz eco à definição legal:

"Artigo 2º. O FII é uma comunhão de recursos captados por meio do sistema de distribuição de valores imobiliários e destinados à aplicação em empreendimentos imobiliários.

§ 1º. O fundo será constituído sob a forma de condomínio fechado e poderá ter prazo de duração indeterminado"

19 Dessas definições preliminares destaca-se novamente a captação de recursos dos FM por meio do sistema financeiro. Ou seja, **o espírito da Lei é permitir que o mercado imobiliário se valha de captação externa de recursos, por meio de títulos e valores mobiliários, descentralizando e popularizando a captação de recursos** para o financiamento da atividade imobiliária. Isso fica evidente não apenas no texto da Lei que instituiu os FM, mas também quando se analisa a legislação de forma completa.

20 E com esse fim em mente é que a legislação dos FM foi elaborada, sendo posteriormente atualizada para coibir os desvios dessa finalidade, mediante a inserção de **norma específica antielisiva, consistente na vedação do aproveitamento da isenção na hipótese de o fundo imobiliário aplicar recursos em empreendimento imobiliário que tenha como incorporador, construtor ou sócio, quotista que possua, isoladamente, ou em conjunto com pessoa a ele ligada, mais de vinte e cinco por cento das quotas do fundo (regra de 25%)**. Essa regra, sendo um preceito de entrada, cumpre seu papel ao evitar as concentrações de renda e a perpetuidade do modelo de financiamento familiar.

(...)

25 Se empresas e famílias possuidoras de inúmeros imóveis utilizarem a estrutura de um FM para obter rendas ainda mais elevadas, pela renúncia fiscal proporcionada aos fundos e suportada pela sociedade, violarão frontalmente o espírito da legislação dos FII.

26 Para evitar situações abusivas como as descritas no item anterior, o legislador ordinário introduziu no sistema jurídico um dispositivo para

evitar que grandes proprietários transferissem seus FII e se beneficiassem como cotistas desses fundos (Lei nº 9.779/99):

"art. 2º. Sujeita-se à tributação aplicável às pessoas jurídicas, o fundo de investimento imobiliário de que trata a Lei nº 8.668, de 1993, que aplicar recursos em empreendimento imobiliário que tenha como incorporador, construtor ou sócio, quotista que possua, isoladamente, ou em conjunto com pessoa a ele ligada, mais de vinte e cinco por cento das quotas do fundo.

Parágrafo único. Para efeito do disposto neste artigo, considera-se pessoa ligada ao quotista:

I - pessoa física:

a) os seus parentes até o segundo grau;

b) a empresa sob seu controle ou de qualquer de seus parentes até o segundo grau;

II - pessoa jurídica, a pessoa que seja 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."

(...)

46 No presente caso, ultrapassando-se a forma adotada pelo contribuinte, que pretendia obnubilar a visão do Fisco, chegamos à violação da regra mais básica dos FII pois **a captação dos recursos não se deu pelo sistema financeiro, ao contrário, foi aportado indiretamente pelas mesmas pessoas que comandaram a realização do empreendimento imobiliário e que passaram a ser proprietárias da totalidade das cotas do fundo imobiliário que explora o negócio.**

47 Do ponto de vista material, a utilização de pessoas jurídicas para a materialização das edificações, bem como a posterior interposição dos fundos CONSTATINE, ZABAR, SOUTHBURY, 190901, 190902 e 190903 não conduzem, sobretudo quando se está diante da aplicação de norma antielisiva, à abstração da efetiva propriedade do empreendimento imobiliário e das cotas do FUNDO pelas Sras. ROSANA, RENATA e REGINA, ferindo a norma insculpida no art. 2º da Lei nº 9.779/99.

48 Não é por demais ressaltar, por fim, que **não se trata aqui de descon sideração do fundo de investimento, mas apenas da modificação do regime tributário aplicável, equiparando-o, para efeitos tributários, ao incidente sobre as pessoas jurídicas que desenvolvem atividade empresarial semelhante.**

Receitas de Ajuste a Valor Justo:

10. Além de enquadrar o FUNDO na norma ante elisiva do art. 2º da Lei 9.779/99, a Autoridade Fiscal também submeteu à tributação as receitas resultantes da avaliação a valor justo no ano de 2019 pelo descumprimento das condições impostas pelo art. 13 da Lei ne 12.973/14 (destacamos):

"Art. 13. O ganho decorrente de avaliação de ativo ou passivo com base no valor justo não será computado na determinação do lucro real desde que o respectivo aumento no valor do ativo ou a redução do passivo seja evidenciado contabilmente em subconta vinculada ao ativo ou passivo.

§ 1º O ganho evidenciado por meio da subconta de que trata o caput será computado na determinação do lucro real a medida que o ativo for realizado, inclusive mediante depreciação, amortização, exaustão, alienação ou baixa, ou quando o passivo for liquidado ou baixado.

§ 2º O ganho a que se refere o § 1º não será computado na determinação do lucro real caso o valor realizado, inclusive mediante, amortização, exaustão, alienação ou baixa, seja indedutível.

§ 3º Na hipótese de não ser evidenciado por meio de subconta na forma prevista no caput, o ganho será tributado

Obrigações acessórias devidas pelo FII que viola a regra de 25%:

11. Aponta a Autoridade Fiscal que a administradora do FUNDO foi intimada a apresentar a Escrituração Contábil Fiscal (ECF), a Escrituração Fiscal Digital das Contribuições (EFD-Contribuições), a Declaração de Créditos e Débitos Tributários Federais - DCTF e a Escrituração Contábil Digital – ECD, mas em “resposta OLIVEIRA TRUST alegou desconhecer infringência à norma isentiva e que, portanto, para o fundo, não podendo ser equiparado a pessoa jurídica, nenhuma obrigação acessória seria devida”.

12. Logo, “em razão da constatação de violação da regra de 25%, sobejamente adrede demonstrada, e a consequente equiparação da tributação do fundo à imposição devida pelas pessoas jurídicas, a entrega da escrituração ou apresentação das obrigações acessórias a autoridade tributária passa a ser obrigatória” e, nesse passo traz a colação o Ato Declaratório SRF nº 02 de 2000.

13. Eis o que dispõe o Ato Declaratório SRF nº 02 de 2000 (destacamos):

“O SECRETÁRIO DA RECEITA FEDERAL, no uso das suas atribuições e, tendo em vista o disposto nos art. 2o a 4o e 22 da Lei nº 9.779, de 19 de janeiro de 1999, nos art. 146, 752 a 755 do Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999 - RIR/99 e nos art. 9 a 13 da IN SRF No 123, de 14 de outubro de 1999, declara que o Fundo de Investimento Imobiliário de que trata a Lei nº 8.668, de 25 de junho de 1993, que aplicar recursos em empreendimento imobiliário que tenha como incorporador, construtor ou sócio, quotista que

possua, isoladamente ou em conjunto com pessoa a ele ligada, mais de vinte e cinco por cento das quotas do Fundo, sujeita-se ao pagamento de todos os impostos e contribuições devidos pelas pessoas jurídicas de direito privado, bem assim ao cumprimento de todas as obrigações acessórias por elas devidas, devendo ter inscrição no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica - CNPJ própria.

14. Prossegue a Autoridade Fiscal com a fundamentação da aplicação das multas regulamentares pelo descumprimento da apresentação da EFD-Contribuições, da ECF e da ECD:

Escrituração Fiscal das Contribuições - EFD-Contribuições 56 A partir de 2013, todas as pessoas jurídicas ficaram obrigadas a entregar a EFD-Contribuições. Especificamente, no tocante aos fundos de investimento que descumprirem a regra de 25%, diz o art. 5º da IN RFB Nº 1252:

"Art. 59 Estão dispensados de apresentação da EFD-Contribuições:

§ 1º São também dispensados de apresentação da EFD-Contribuições, ainda que se encontrem inscritos no CNPJ ou que tenham seus atos constitutivos registrados em Cartório ou Juntas Comerciais;

(...)

V - os fundos de investimento imobiliário, que não se enquadrem no disposto no art. 29 da Lei nº 9.779, de 1999, (...)" 57 Portanto, há previsão expressa para a entrega da EFD em caso de enquadramento na regra de 25%, determinação descumprida pelo contribuinte.

58 No tocante às penalidades cabíveis pelo descumprimento da obrigação acessória, verificamos a incidência da multa disposta no art. 12 da Lei 8.218 de 1991, com a redação dada pela Lei nº 13.670/2018, de 30/05/2018 "A inobservância do disposto no artigo precedente acarretará a imposição das seguintes penalidades:

(...)

III - multa equivalente a 0,02% (dois centésimos por cento) por dia de atraso, calculada sobre a receita bruta da pessoa jurídica no período a que se refere a escrituração limitada a 1% (um por cento) desta, aos que não cumprirem o prazo estabelecido para apresentação dos registros e respectivos arquivos".

Escrituração Contábil Fiscal - ECF 59 Apesar de, no presente caso, ser possível se chegar ao lucro real a partir dos informes trimestrais entregues pela Administradora do FUNDO à CVM, dos balanços anuais auditados e do balancete contábil entregues à fiscalização, alcançando-se a materialidade que mais se aproxima da capacidade contributiva do contribuinte, a omissão na entrega da ECF é punível com a multa a que alude o artigo 6º da IN SRF nº 1.422/2013, com a redação dada pela IN SRF nº 1.574/2015:

Escrituração Contábil Digital - ECD 61 A não entrega da ECD implica multa prevista no artigo 11 da IN 1.774/2017, com a redação dada pela IN 1.856/2018, vigente a época das infringências: (...)

PIS e Cofins:

15. O PIS e a COFINS também foram tributados ao arrimo do enquadramento do FUNDO no artigo 2º da Lei 9.779/99 (violação da regra de 25%) colacionando a legislação aplicável (destacamos):

“64 O não fornecimento das informações pela Administradora do FUNDO impede a consideração de eventuais créditos calculados sobre o somatório dos bens e serviços adquiridos e demais custos e despesas incorridos. Seria imprescindível que tivesse sido informado, por meio da EDF-Contribuições, todos os créditos que deveriam ser considerados na apuração do tributo, bem como sua origem, identificando se os respectivos insumos atenderiam os critérios normativos.

65 A Lei nº 10.637/02 fornece a base de cálculo e alíquotas da contribuição destinada ao PIS/Pasep:

Art. 1º- A Contribuição para o PIS/Pasep, com a incidência não cumulativa, incide sobre o total das receitas auferidas no mês pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil. (Redação dada pela Lei nº 12.973, de 2014).

§ 1º Para efeito do disposto neste artigo, o total das receitas compreende a receita bruta de que trata o art. 12 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977, e todas as demais receitas auferidas pela pessoa jurídica com os respectivos valores decorrentes do ajuste a valor presente de que trata o inciso VIII do caput do art. 183 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976. (Redação dada pela Lei nº 12.973, de 2014).

§ 2º A base de cálculo da Contribuição para o PIS/Pasep é o total das receitas auferidas pela pessoa jurídica, conforme definido no caput e no § 1º (Redação dada pela Lei nº 12.973, de 2014).

§ 3º Não integram a base de cálculo a que se refere este artigo, as receitas: (...)

IX - relativas aos ganhos decorrentes de avaliação de ativo e passivo com base no valor justo; (Incluído pela Lei nº 12.973, de 2014).

Art. 2º Para determinação do valor da contribuição para o PIS/Pasep aplicar-se-á, sobre a base de cálculo apurada conforme o disposto no art. 1º, a alíquota de 1,65% (um inteiro e sessenta e cinco centésimos por cento).

66 A Lei nº 10.830/02 traz os elementos da regra-matriz de incidência da Cofins. O aspecto temporal, a base de cálculo e a alíquota do tributo, estão discriminados nos artigos 1º e 2º da Lei:

Art. 1º A Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins, com a incidência não cumulativa, incide sobre o total das receitas auferidas no mês pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil. (Redação dada pela Lei nº 12.973, de 2014).

§ 1º Para efeito do disposto neste artigo, o total das receitas compreende a receita bruta de que trata o art. 12 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977, e todas as demais receitas auferidas pela pessoa jurídica com os seus respectivos valores decorrentes do ajuste a valor presente de que trata o inciso VIII do caput do art. 183 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976. (Redação dada pela Lei nº 12.973, de 2014).

§ 2º A base de cálculo da Cofins é o total das receitas auferidas pela pessoa jurídica, conforme definido no caput e no § 1º. (Redação dada pela Lei nº 12.973, de 2014).

§ 3º Não integram a base de cálculo a que se refere este artigo as receitas:
(...)

VIII - relativas aos ganhos decorrentes de avaliação do ativo e passivo com base no valor justo; (Incluído pela Lei nº 12.973, de 2014).

Art. 2º Para determinação do valor da COFINS aplicar-se-á, sobre a base de cálculo apurada conforme o disposto no art. 1º, a alíquota de 7,6% (sete inteiros e seis décimos por cento).

67 As receitas financeiras auferidas contam com tributação diferenciada, conforme artigo 1º do Decreto 8.426/2015:

Art. 1º Ficam restabelecidas para 0,65% (sessenta e cinco centésimos por cento) e 4% (quatro por cento), respectivamente, as alíquotas da Contribuição para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público - PIS/PASEP e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS incidentes sobre receitas financeiras, inclusive decorrentes de operações realizadas para fins de hedge, auferidas pelas pessoas jurídicas sujeitas ao regime de apuração não-cumulativa das referidas contribuições.

Responsabilidade Solidária

16. A Autoridade Fiscal atribuiu responsabilidade tributária à administradora do FUNDO, OLIVEIRA TRUST DISTRIBUIDORA DE TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS que “detinha as informações necessárias e suficientes para chegar às reais proprietárias do empreendimento imobiliário e das cotas do FM e, por consequência, concluir pela clara infringência da regra do estatuída no artigo 2º da Lei 9.779/99”.

17. Fundamentou-se a responsabilização tributária, em especial¹, pelo inciso II do artigo 124 do Código Tributário Nacional – CTN, pelo art. 14 da Lei nº 8.668/93 e pelo art. 4º da Lei nº 9.779/99:

CTN

Art. 124. São solidariamente obrigadas:

I - as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal;

II - as pessoas expressamente designadas por lei."

Lei nº 8.668/93

Art. 14. À instituição administradora do Fundo de Investimento Imobiliário compete:

I - representá-lo ativa e passivamente, judicial e extrajudicialmente;

II - responder pessoalmente pela evicção de direito, no caso de alienação de imóveis pelo fundo

Lei nº 9.779/99

Art. 4º Ressalvada a responsabilidade da fonte pagadora pela retenção do imposto sobre os rendimentos de que trata o art. 16 da Lei nº 8.668, de 1993, com a redação dada por esta Lei, fica a instituição administradora do fundo de investimento imobiliário responsável pelo cumprimento das demais obrigações tributárias, inclusive acessórias, do fundo."

Tendo tomado ciência do lançamento fiscal, o 2509 FUNDO DE INVESTIMENTO IMOBILIÁRIO – FII e o responsável solidário OLIVEIRA TRUST DISTRIBUIDORA DE TITULOS E VALORES MOBILIARIOS apresentaram as respectivas Impugnações (fls. 2.460/2.548 e fls. 6.069/6.147 dos autos).

Em sua defesa, o 2509 FUNDO DE INVESTIMENTO IMOBILIÁRIO – FII, ora denominado apenas Fundo/Recorrente, desenvolveu os fundamentos abaixo sintetizados:

- (i) Nulidade do lançamento fiscal em função de suposto vício de motivação e fundamentação
- (ii) Nulidade do lançamento fiscal por suposta falta de liquidez e certeza nos valores exigidos
- (iii) Nulidade do lançamento fiscal por suposta ilegitimidade do Fundo para figurar como sujeito passivo da exigência
- (iv) No mérito, alega a não incidência da regra de equiparação contida no artigo 2º da Lei nº 9.779/1999 no caso concreto

- (v) Em caráter subsidiário, alega a ausência de realização da renda decorrente do ativo submetido à AVJ para fins de tributação
- (vi) Também em caráter subsidiário, alega a impossibilidade de imposição de multas por descumprimento de obrigação acessória
- (vii) Por fim, ainda em caráter subsidiário, alega a impossibilidade de exigência em caso de dúvida.

Já o responsável solidário OLIVEIRA TRUST DISTRIBUIDORA DE TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS, ora denominado apenas responsável/Recorrente, apresentou os seguintes fundamentos, que abaixo listo de forma sintética:

- (i) Nulidade do lançamento por suposta falta de liquidez e certeza do crédito tributário
- (ii) Necessidade de afastamento da responsabilidade solidária que foi imputada, porquanto
 - embora os artigos 113, 121 e 124 do CTN e artigo 14 da Lei 8.668/93 tenham sido citados pela Fiscalização, nenhum deles é capaz de impor responsabilidade tributária por solidariedade à Requerente
 - em momento algum, a responsabilização tributária da Requerente foi feita com base nos artigos 124, I (interesse comum), 134 (responsabilidade de terceiros) ou 135 (responsabilidade de terceiros por atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei) do CTN. Ao longo do TVF, não há qualquer menção aos dispositivos legais, de forma que corresponderia a ilegal inovação aos critérios adotados pela Autoridade Fiscal para fundamentação do lançamento tributário, se a decisão os adotar em seu embasamento;
 - o artigo 4º da Lei 9.779/99 não autoriza a imputação de responsabilidade solidária ao administrador
 - de todos os dispositivos de lei que foram citados nos Autos de Infração e ao longo do TVF, nenhum deles justifica ou permite a imputação de responsabilidade solidária à Requerente
- (iii) no mérito, o responsável solidário também sustenta a improcedência do auto de infração, em face da inaplicabilidade da regra de equiparação prevista no artigo 2º da lei 9.779/99;
- (iv) alegou ainda a impossibilidade de tributação de ajustes de avaliação de ativos pelo valor justo (AVJ) na forma feita pelo lançamento;

- (v) ademais, alegou a improcedência das multas regulamentares por suposto descumprimento de obrigações acessórias;
- (vi) e por fim, a impossibilidade de cobrança de juros sobre as multas aplicadas, regulamentares e de ofício

A 3ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento 07 proferiu o Acórdão nº 107-023.920 (fls. 9438/9494) abaixo ementado, julgando parcialmente procedentes as Impugnações apenas para reduzir a multa relativa à não apresentação da ECF:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ Ano-calendário: 2019 EQUIPARAÇÃO. PESSOA JURÍDICA. FUNDO DE INVESTIMENTO IMOBILIÁRIO-FII.

Equipara-se à pessoa jurídica, sujeitando-se à tributação a esta aplicável, o Fundo de Investimento Imobiliário que aplica recursos em empreendimento imobiliário, cujo quotista (incorporador, construtor ou sócio) detém mais de 25% das quotas do Fundo.

EQUIPARAÇÃO. PESSOA JURÍDICA. FUNDO DE INVESTIMENTO IMOBILIÁRIO. INSTITUIÇÃO ADMINISTRADORA. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA.

Mantém-se a atribuição de responsabilidade tributária da instituição administradora do fundo de investimento imobiliário, se este foi equiparado à pessoa jurídica.

Assunto: Outros Tributos ou Contribuições Ano-calendário: 2019 LANÇAMENTOS REFLEXOS. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO. CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL. CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP.

Aplica-se ao lançamento reflexo o mesmo tratamento dispensado ao lançamento matriz, por força da causa e efeito que os vincula.

Assunto: Obrigações Acessórias Ano-calendário: 2019 MULTA REGULAMENTAR. ESCRITURAÇÃO CONTÁBIL FISCAL – ECF. LIMITE MÁXIMO.

A multa por falta ou não apresentação da ECF está limitada a cinco milhões de reais. O crédito tributário que exceder a tal valor deve ser cancelado.

Impugnação Procedente em Parte

Crédito Tributário Mantido em Parte

Cientes do aludido acórdão, o Recorrente e o responsável solidário interuseram Recursos Voluntários (fls. 9507/9604 e fls. 9720/9818). Em síntese, foram reiterados os argumentos de defesa por ambos, acrescendo-se o fundamento quanto à nulidade do acórdão

recorrido, por vício de motivação e fundamentação, especialmente por falta de análise das provas carreadas.

Foram apresentadas Contrarrazões ao Recurso pela Procuradoria da Fazenda Nacional (fls. 10335/10374), nas quais, em apertada síntese, pugnou pela ausência de nulidade do acórdão recorrido por suposto vício de fundamentação/motivação; pela aplicabilidade do art. 2º da lei nº 9.779/99 ao caso; pela manutenção das multas impostas; pela manutenção da responsabilidade solidária.

Ato seguinte, em outubro de 2024, a Turma 1401 do CARF analisou os recursos no Acórdão n. 1401-007.287, e, naquela ocasião, entendeu por bem anular a decisão que havia sido proferida pela DRJ, ante a falta de análise dos argumentos de defesa:

“Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2019

PRELIMINAR DE NULIDADE DO ACÓRDÃO RECORRIDO. OMISSÃO NA ANÁLISE DA MATÉRIA IMPUGNADA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA E SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NULIDADE RECONHECIDA.

A decisão de primeira instância que deixa de enfrentar os argumentos contidos na impugnação deve ser declarada nula por preterição do direito de defesa do sujeito passivo. Embora não exista o dever de se manifestar sobre todas as alegações formuladas, o julgador deve se manifestar sobre os argumentos capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada, de acordo com os arts. 489, § 1º, IV do CPC e 31 do Decreto nº 70.235/1972.

Havendo omissão a respeito de argumentos essenciais apresentados pelos sujeitos passivos, deve ser anulado o acórdão recorrido.

Neste caso, os autos devem ser devolvidos à autoridade julgadora a quo para que sejam supridas as omissões e efetivamente analisadas ambas as Impugnações apresentadas pelas partes, evitando-se que haja a supressão de instância julgadora. Preliminar de nulidade acatada.

RECURSO VOLUNTÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO PARA ACATAR A PRELIMINAR DE NULIDADE E DECRETAR A ANULAÇÃO DO ACÓRDÃO DA DRJ.”

Tendo retornado os autos, foi proferida nova decisão na DRJ, complementando a análise como havia sido determinado por esta C. Turma. Nada obstante, o resultado não foi modificado, tendo a DRJ novamente dado parcial provimento aos recursos apenas para reduzir a multa regulamentar relativa à ECF, de R\$ 11.269.158,78 para R\$ 5.000.000,00.

Note-se que a referida redução restou definitiva, uma vez que o valor exonerado foi inferior ao limite mínimo para a interposição de Recurso de Ofício (R\$ 15.000.000,00), conforme estabelecido pela Portaria MF n. 2/2023, como constou de forma expressa no acórdão da DRJ:

180. Por último, mas não menos importante, observo que esta decisão unânime deve ser assinada por todos os membros da Turma, pois houve a exoneração do crédito tributário de R\$ 6.269.158,78 – valor inferior ao limite para interposição de recurso de ofício (R\$15.000.000,00) e superior a um sexto do referido limite (R\$ 2.500.000,00) – por força do art.36 da Portaria MF 20, de 17/02/2023, com a redação dada pela Portaria Normativa MF 504, de 01/06/2023.

Ato seguinte, as partes interpuseram novos Recursos Voluntários, reiterando seus argumentos de defesa (**fls. 10715/10817 e 10821/10926**). Nesta ocasião, não houve novas Contrarrazões por parte da PFN.

Afinal, vieram os autos para a apreciação desta Conselheira.

É o relatório do essencial.

VOTO VENCIDO

Conselheira **Andressa Paula Senna Lísias**, Relatora.

Verifico que os Recursos Voluntários interpostos são tempestivos, e atendem aos requisitos de admissibilidade previstos no Decreto nº 70.235/72. Assim, conheço-os e passo a analisá-los em conjunto.

I - Preliminares

a) Nulidade do lançamento – Vício de motivação

O Fundo/Recorrente insurge-se contra o acórdão recorrido, que teria sido omissivo, reiterando o argumento trazido na impugnação de que o auto de infração seria nulo por vício de motivação. Para isso, reforça uma vez mais que haveria precariedade na motivação do lançamento, e que, em função disso, haveria ofensa ao art. 142 do CTN, bem como artigos 10 e 59 do Decreto 70.235/1972, e artigos 2 e 50 da Lei nº 9.784/99.

Em resumo, alega que:

- a partir do TVF, não é possível compreender, com a clareza necessária, a motivação e a conclusão da Autoridade Fiscal para afirmar a incidência da Regra de Equiparação do artigo 2º da Lei nº 9.779/1999 ao caso concreto;

- a Autoridade Fiscal não se preocupou em demonstrar a razão pela qual a referida norma se aplicaria ao caso do Recorrente, dando um salto lógico a partir das conceituações teóricas/presuntivas acima para a sua conclusão.

- a Autoridade Fiscal deixou de explicar *(i)* quem, em seu entendimento, seria(m) o(s) cotista(s) relevante(s) (com participação de 25% ou mais no Recorrente) que, por sua vez, *(ii)* figurou/figuraram como “incorporador”, “construtor” ou “sócio do empreendimento imobiliário”, pressupostos inafastáveis da incidência da Regra de Equiparação do artigo 2º da Lei nº 9.779/1999.

Ao analisar o presente caso, porém, não vislumbro qualquer vício capaz de fulminar o lançamento.

Os argumentos invocados pela contribuinte, primeiramente, dizem respeito ao mérito recursal e à sua própria irresignação quanto à interpretação dada pela Fiscalização aos fatos em torno da acusação em questão e ao direito aplicável. Portanto, não são causas de nulidade do lançamento e todos serão analisados adiante quanto à sua improcedência ou procedência. Tanto é que a discussão quanto à adequada qualificação das três pessoas físicas envolvidas em face dos requisitos e critérios do art. 2º da Lei 9.779/99 é desenvolvida no mérito do recurso. E é afinal o que permitirá concluir se a norma de equiparação, que afasta a isenção, foi ou não corretamente aplicada.

Além disso, o que se observa é que os fatos que deram origem ao lançamento foram individualizados e descritos, bem como o motivo da autuação foi apresentado de forma clara, ainda que remetendo ao TVF. Está muito evidente que o cerne da discussão é equiparação da tributação do Fundo à pessoa jurídica nos termos do art. 2º da Lei 9.779/99 (que constou do enquadramento legal do lançamento), afastando-se a norma isentiva, e é esse justamente o objeto dos recursos interpostos.

Não compreendo que tenha havido problema na tipificação. Lendo o TVF que suportou o lançamento e suas motivações, é possível entender que a figura objeto do enquadramento foi a do “sócio” do empreendimento imobiliário. Até porque as demais figuras, do incorporador e do construtor, foram mencionadas mais superficialmente pela Fiscalização, estando claro que a problematização foi feita em torno da figura do sócio, trazendo-a depois para a concretude, como mostro abaixo:

“podemos concluir que nesse ponto a regra de 25% tem uma clara inspiração na Lei dos condomínios, com uma diferença importante: a troca de “proprietário do terreno” por “sócio”.

40 A razão para a substituição do “proprietário do terreno” da lei 4.591/64 pelo “sócio” da Lei 9.779/99 tem um motivo bastante simples: os empreendimentos abrangidos pela regra de 25% extrapolam a construção civil, incluindo toda uma gama de recebíveis e títulos representativos de propriedade. Quisesse o legislador ordinário da lei 9.779/99 limitar o alcance da norma a imóveis ou imóveis em construção, bastaria cravar, ao invés do polissêmico termo “sócio”, um simples “proprietário do terreno”.

41 A referência literal à Lei dos Condomínios estaria posta. Mas não foi o que ocorreu, pois limitar a regra dos 25% a imóveis físicos teria sido por demais ingênuo. Haveria dezenas de formas de contornar rapidamente essa regra, transformando os imóveis em títulos representativos de sua propriedade, perpetuando a concentração de riqueza que foi justamente o que quiseram evitar os legisladores de então.

42 A expressão “proprietário do terreno” já era limitadora do conceito em 1999, pois não abrangia o imóvel pronto, apenas aquele em construção. O legislador ordinário deveria, então, usar um termo mais abrangente para a regra de 25%, algo como “proprietário do imóvel”, porém, não o fez. Ao invés de ficar preso ao conceito de imóvel físico, utilizou um termo ainda mais abrangente; usou “sócio”. E assim o fez porque a expressão empreendimento imobiliário, que acompanha os FII é, já em seu nascedouro, mais abrangente que o mercado físico. O FII, como já abordado, representa a convergência dos mercados imobiliário e financeiro.

43 Assim, embora o conceito de empreendimentos imobiliários ainda não houvesse sido ampliado para todo o rol de títulos da ICVM 472 em 2008, o legislador já sabia que essa expressão comportava tal diversidade de ativos. E, para abarcá-los, achou por bem representar o seu titular de direitos mediante uso do polissêmico termo “sócio”. Essa é a razão da regra de 25%: trazer a tríade “incorporador, construtor e sócio”, sendo que os dois primeiros, esse sim, estão intimamente ligados à obra de construção civil. Mas **“sócio” tem o alcance e flexibilidade linguística que combina com o restante da legislação tributária dos FII, podendo ser acoplado a quaisquer dos empreendimentos imobiliários** de então e, também, aos definidos posteriormente na ICVM 472, como ações, cotas de FII, CRI e outros.

(...)

46 No presente caso, ultrapassando-se a forma adotada pelo contribuinte, que pretendia obnubilar a visão do Fisco, chegamos à violação da regra mais básica dos FII, pois a captação dos recursos não se deu pelo sistema financeiro, ao contrário, foi aportado indiretamente pelas mesmas pessoas que comandaram a realização do empreendimento imobiliário e que passaram a ser proprietárias da totalidade das cotas do fundo imobiliário que explora o negócio.

47 Do ponto de vista material, a utilização de pessoas jurídicas para a materialização das edificações, bem como a posterior interposição dos fundos CONSTATINE, ZABAR, SOUTHBURY, 190901, 190902 e 190903 não conduzem,

sobretudo quando se está diante da aplicação de norma antielisiva, à abstração da **efetiva propriedade do empreendimento imobiliário e das cotas do FUNDO pelas Sras. ROSANA, RENATA e REGINA, ferindo a norma insculpida no art. 2º da Lei nº 9.779/99.**” (destaques nossos)

Assim, não vislumbro qualquer vício no presente lançamento, não tendo havido também violação ao art. 142 do CTN, bem como artigo 9º do Decreto 70.235/1972 e artigo 50 da Lei nº 9.784/99, tampouco qualquer fator que tenha impedido ou prejudicado as defesas das partes.

Portanto, deixo de acolher essa primeira preliminar de nulidade.

b) Nulidade do lançamento – Falta de liquidez e certeza do crédito tributário

O Fundo/Recorrente e o responsável solidário insurgem-se contra o acórdão recorrido, renovando o argumento de que o auto de infração seria nulo por falta de liquidez e certeza no crédito tributário exigido.

Alegam ambos que:

- a partir da compreensão de que o FII 2509 deveria ser equiparado a uma pessoa jurídica, a Autoridade Fiscal entendeu também que o Fundo Recorrente deveria ter apresentado obrigações fiscais acessórias (ECD, ECF, EFD-Contribuições etc.), inclusive tendo imposto multas por descumprimento dessas obrigações

- apesar disso, a Fiscalização apurou os tributos lançados sem essas obrigações fiscais acessórias. Ou seja, apurou a base de cálculo do IRPJ, CSL, PIS e COFINS (no regime do lucro real / não cumulatividade), sem os demonstrativos e informações que seriam necessários para tanto.

- diante da ausência de obrigações fiscais acessórias (ECD, ECF, EFD-Contribuições), a Fiscalização estava legalmente obrigada a apurar os tributos lançados por meio do procedimento de arbitramento, na forma do artigo 47 da Lei nº 8.981/95

- ao não observar a sistemática de arbitramento, o procedimento adotado comprometeu a liquidez e certeza do crédito tributário, o que torna a exigência fiscal nula de pleno direito, por vício material e ofensa ao artigo 47 da Lei 8.981/95.

Não vislumbro, porém, a nulidade alegada com base nesses fundamentos específicos.

Isso porque o arbitramento apenas tem lugar segundo o artigo 47 da Lei 8.981/95, quando se torna impossível chegar-se à base imponible e à apuração do lucro real pela escrita ou

por livros auxiliares, dada a comprovada imprestabilidade ou deficiência, pouca confiabilidade desses documentos. É assim a redação:

Art. 47. O lucro da pessoa jurídica será arbitrado quando:

I - o contribuinte, obrigado à tributação com base no lucro real ou submetido ao regime de tributação de que trata o Decreto-Lei nº 2.397, de 1987, não mantiver escrituração na forma das leis comerciais e fiscais, ou deixar de elaborar as demonstrações financeiras exigidas pela legislação fiscal; II - a escrituração a que estiver obrigado o contribuinte revelar evidentes indícios de fraude ou contiver vícios, erros ou deficiências que a tornem imprestável para:

a) identificar a efetiva movimentação financeira, inclusive bancária; ou b) determinar o lucro real.

III - o contribuinte deixar de apresentar à autoridade tributária os livros e documentos da escrituração comercial e fiscal, ou o livro Caixa, na hipótese de que trata o art. 45, parágrafo único;

(...)

VII - o contribuinte não mantiver, em boa ordem e segundo as normas contábeis recomendadas, livro Razão ou fichas utilizados para resumir e totalizar, por conta ou subconta, os lançamentos efetuados no Diário.

A bem da verdade, noto que apesar das partes recorrentes insurgirem-se contra o fato de que a Fiscalização não fez uso do arbitramento, por outro lado também é certo que nenhuma delas impugnou especificamente qual teria sido a falha no procedimento fiscal e por que os documentos-base não serviriam à apuração das bases tributáveis.

O argumento limita-se a afirmar que o Fundo Recorrente não apresentou a ECF, EFD-Contribuições, DCTF e ECD ao Fisco (tanto que foi penalizado justamente por isso, já que os lucro e rendimentos objeto da autuação foram escriturados, mas não declarados) e, diante da ausência dessas obrigações acessórias, a Fiscalização não teria como apurar o lucro real, ensejando o arbitramento.

Nada obstante esse inconformismo, o lançamento foi lavrado com base nos demais documentos contábeis e fiscais disponibilizados à Fiscalização (informes trimestrais, balanços anuais auditados, balancete contábil apresentadas pelo Fundo durante a ação fiscalizatória) e que foram suficientes ao trabalho fiscal. Com efeito, entendo que o arbitramento só seria cabível se os Recorrentes tivessem se desincumbido do ônus de demonstrar concretamente falhas graves e inconsistências nas reapurações e nos cálculos das bases de cálculo do IRPJ, da CSLL, e do PIS/COFINS, explicitando as razões pelas quais os suportes e as escritas que foram adotados seriam inválidos, o que não verifico. Veja-se trecho do TVF que o corrobora:

“59 Apesar de, no presente caso, ser **possível se chegar ao lucro real a partir dos informes trimestrais entregues pela Administradora do FUNDO à CVM, dos balanços anuais auditados e do balancete contábil entregues à fiscalização, alcançando-se a materialidade que mais se aproxima da capacidade contributiva do contribuinte**, a omissão na entrega da ECF é punível com a multa a que alude o artigo 6º da IN SRF nº 1.422/2013, com a redação dada pela IN SRF nº 1.574/2015” (fl. 16 do TVF)

Em relação ao PIS/COFINS, apurados pela Fiscalização na sistemática cumulativa, já que as obrigações acessórias não haviam sido entregues pelo Fundo, o argumento de que os créditos deveriam ter sido considerados também permaneceu no campo da amplitude e da generalidade, sem que as partes tenham demonstrado, com clareza, o que deveria ter sido e não foi descontado dada a aplicação do sistema cumulativo. O Fundo chega a citar que haveria créditos decorrentes das “benfeitorias no “São Paulo Corporate Towers”, nos termos do artigo 3º, inciso VII, das Leis nº 10.637/2002 e nº 10.833/2003, mas não nada revela sobre a efetiva existência desses créditos, de sorte que o argumento acabou permanecendo no plano abstrato e retórico.

Coadunam esse posicionamento as seguintes decisões proferidas pelo CARF, e inclusive desta C. Turma no sentido de que somente mediante prova da inidoneidade dos documentos utilizados pela Fiscalização para apurar o lucro real é que estaria justificado o cabimento de arbitramento, tido como uma medida excepcional:

“ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA

(IRPJ) Exercício: 2012, 2013 ARBITRAMENTO INDEVIDO.

Para a tributação pelo lucro arbitrado por desclassificação da escrita contábil há que ficar demonstrado que esta não era idônea e/ou suficiente para a apuração do lucro real.

LUCRO ARBITRADO. MEDIDA EXCEPCIONAL.

O arbitramento do lucro é medida excepcional e só se aplica nas restritas hipóteses elencadas na legislação. Como regra, deve-se apurar eventuais tributos devidos de acordo com a opção do contribuinte de tributação para o referido ano-calendário. A própria escrituração fiscal foi usada como elemento de prova para lançamento de omissão de receitas e os fundamentos utilizados pela fiscalização para justificar o arbitramento são frágeis e não suficientes para tal medida excepcional. O mesmo procedimento foi apreciado em outros dois processos administrativos no âmbito deste Conselho e levaram ao reconhecimento da nulidade do lançamento.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. CSLL, PIS E COFINS.

A tributação decorrente do mesmo fato jurídico segue o decidido no lançamento de Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica (IRPJ).” (Acórdão nº 1401-006.862 – 1ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária, Sessão de 12 de março de 2024, Relator Daniel Ribeiro Silva)

“ESCRITURAÇÃO CONTÁBIL. IMPRESTABILIDADE. ARBITRAMENTO. O imposto será determinado com base nos critérios do Lucro Arbitrado quando a escrituração a que estiver obrigado o contribuinte contiver vícios, erros ou deficiências que a tornem imprestável para identificar a efetiva movimentação financeira, inclusive bancária, e determinar o Lucro Real.” (Acórdão 1301-007.031 – 1ª SEÇÃO/3ª CÂMARA/1ª TURMA ORDINÁRIA, Sessão de 13 de junho de 2024)

“REO — ARBITRAMENTO — MEDIDA EXTREMA — INEXISTÊNCIA DE PRESSUPOSTOS — O arbitramento só é possível quando não se possa apurar a base imponible mediante a utilização da escrituração do contribuinte. A imprestabilidade da escrituração deve restar demonstrada pelo procedimento de auditoria fiscal, sob pena de cancelamento da exigência. Recurso de ofício negado.” (Acórdão nº 101-95.013, Sessão de 15 de junho de 2005)

Assim, chego à mesma conclusão do acórdão proferido pela DRJ, confirmando-o, no sentido de inexistir vício por iliquidez e incerteza no lançamento.

c) Nulidade do lançamento – Falta de legitimidade passiva do Fundo Recorrente

Alega-se também que o 2509 FUNDO DE INVESTIMENTO IMOBILIÁRIO – FII, ora Recorrente, não possui legitimidade para figurar no polo passivo do lançamento.

Segundo sustenta no recurso, “a principal característica de um FII é a ausência de personalidade jurídica, sendo este apenas uma comunhão de recursos provenientes de captação pelo sistema de distribuição de valores mobiliários, os quais são destinados a investimentos imobiliários, conforme dispõe o artigo 1º da Lei nº 8.668/199328. Trata-se, em verdade, de **entidade despersonalizada**, constituída na forma de condomínio fechado, conforme disciplina o artigo 2º da lei em referência. Portanto, por não possuir personalidade jurídica, é evidente que o Recorrente jamais poderia figurar como sujeito passivo do lançamento fiscal.”

Em relação a essa questão, concordo com o argumento dado pela Recorrida em suas Contrarrazões, no sentido de que se assim fosse, não haveria como se aplicar a regra de equiparação prevista pelo art. 2 da Lei 9779/99.

Além disso, ao interpretar os arts. 121 e 126 do CTN, adoto a compreensão de que *“a sujeição passiva dos tributos e das contribuições em geral não está necessariamente afeta à forma jurídica adotada pelas empresas (sociedades, associações etc) em seu ato constitutivo, mas sim a ter o agente relação direta ou, em alguns casos, indireta, com o fato jurídico-econômico antevisto na norma impositiva como necessário e suficiente à ocorrência do fato gerador do tributo ou da contribuição.”* (CARF, Acórdão CSRF/02-01.995).

Ou seja, mesmo um ente despersonalizado, como é o Fundo de Investimentos em questão, pode ser sujeito passivo da relação tributária e, como tal, deve integrar o polo passivo do lançamento. Aliás, não só entes despersonalizados, mas até mesmo sociedades de fato são sujeitos passivos da relação tributária, pois a capacidade tributária passiva não tem relação com a forma jurídica e nem com a capacidade civil dos entes (e, vale consignar, tampouco com a capacidade para estar em juízo).

Nessa linha, transcrevo excerto do citado Acórdão CSRF/02-01.995:

“A sujeição passiva dos tributos e das contribuições em geral não está necessariamente afeta à forma jurídica adotada pelas empresas (sociedades, associações etc) em seu ato constitutivo, senão seria muito fácil eximir-se da obrigação tributária, para tanto, bastaria vê na lei fiscal o nomen iuris dos contribuintes do tributo e constituir-se com outra denominação que não a prevista na lei. Pronto, como em passe de mágica, estar-se-ia livre da tributação. Com isso, se assim fosse, só pagaria tributo quem quisesse, por patriotismo ou coisa do gênero, mas não é desse modo que as coisas são. O pólo passivo da obrigação tributária é preenchido por todo aquele que tenha relação direta ou, em alguns casos, indireta, com o fato jurídico-econômico previsto na norma impositiva como fato gerador do tributo ou contribuição. Há, é verdade, exceções, como nas hipóteses de imunidade, mas todas, absolutamente todas, são elencadas, *numerus clausus*, na lei.

[...] exemplo que se pode dar é o dos atos praticados pelas sociedades de fato. Nenhum tributo traz no rol de seus contribuintes as sociedades de fato. Todavia, se elas praticarem atos que concretizem a hipótese prevista na lei, terão de pagar o tributo, independentemente de não ter personalidade jurídica, ou de não existir formalmente para o direito. Como se vê, para figurar no pólo passivo da obrigação tributária, em regra, independe da forma jurídica que se apresente quem concretizou a hipótese de incidência. Assim, aquele que der ensejo ao surgimento no mundo real do fato antevisto na lei tributária é destinatário da consequência jurídica prevista na norma, qual seja, o pólo passivo da obrigação tributária.”

À vista dessas considerações, entendo que o 2509 FUNDO DE INVESTIMENTO IMOBILIÁRIO – FII, ora Recorrente, é parte legítima para figurar no polo passivo do auto de infração.

Desse modo, mantenho a decisão recorrida que, ao apreciar tal argumento, rejeitou a preliminar de nulidade do lançamento por suposta ilegitimidade passiva do Fundo/Recorrente.

d) Nulidade do lançamento por ter deixado de proceder ao arbitramento - Inexistência de renda/receita tributável resultante de AVJ

Alegam os Recorrentes:

-Que o lançamento fiscal, desconsiderando todos os elementos atinentes à hipótese de incidência tributária e a neutralidade fiscal prevista na legislação, adotou como premissa a tese de que, a simples ausência de controle de AVJ em subconta seria suficiente para a tributação e a exigência dos tributos, o que, na visão dos contribuintes, não procede.

-Que, no máximo, poderia a Fiscalização ter imposto multa por descumprimento de obrigação acessória, já que embora não estivesse em uma subconta específica, esses valores estavam controlados e individualizados.

-Que até mesmo a Fiscalização consignou no TVF que “[a]s demonstrações financeiras auditadas do FUNDO, referentes ao ano de 2019, registram valores relevantes a título de ajuste a valor justo-AVJ” (fl. 13 do TVF), sendo que o laudo apresentado pelo Fundo também atesta que esses valores estavam evidenciados.

-Que, ainda que não houvesse o controle em subconta, os valores estavam evidenciados, individualizados na contabilidade e deveriam ter sido considerados, não havendo justificativa para a conduta fiscal de lançar IRPJ e CSLL sobre as receitas de AVJ, como este E. CARF já decidiu em situações semelhantes.

-Que a Fiscalização, no momento quando entendeu por bem tributar essas receitas, deveria ter procedido ao arbitramento.

Diferente do que aconteceu no penúltimo tópico, que também versava sobre a suposta nulidade do lançamento por falha do procedimento fiscal (mas com base em outros fundamentos e argumentos mais gerais), há nesse ponto dos recursos algo muito específico e particular que chamou minha atenção e me trouxe outra perspectiva a respeito do arbitramento, a saber a alegação relacionada **ao ganho de AVJ**.

Em relação ao fundamento quanto ao ganho de AVJ especificamente, não deixei de notar a peculiaridade de que a própria Fiscalização assume e atesta no TVF a fragilidade, a deficiência dos documentos e as informações de que dispunha para chegar à base de cálculo dos tributos que pretendia lançar:

“se o **ganho de AVJ** não for evidenciado em subcontas, será tributado. Isto porque a inobservância quanto a individualização por subconta desse ganho ou perda impossibilita a certificação de quais ativos estão sujeitos ao ganho e em que medida devem ter esse ganho oferecido à tributação, dado que cada ativo, individualmente, tem ganho e realização distintos, **tornando impossível à Administração Tributária a determinação da quantia devida, pois não se sabe qual ativo se valorizou e qual seu estágio de realização em termos de depreciação ou amortização.**”

(fls. 13 do TVF do sujeito passivo, destacamos)

Ora, se a D. Autoridade Fiscal entendeu que não houve controle suficiente dos ajustes de AVJ na contabilidade, tendo até mesmo levantado algumas das incertezas e indeterminações a respeito dos ganhos efetivamente auferidos pelo FII, seu dever não era ter arbitrado a base de cálculo dos tributos devidos? Entendo que sim e que essa, aliás, é a situação mais típica e clássica de arbitramento.

Ao deixar de arbitrar e optar por lavrar o auto de infração com base em documentos que ela própria entendeu não lhe bastarem, a D. Autoridade incorreu em vício material por violação aos artigos 142 e 148 do CTN.

Caso contrário, atribuiríamos validade jurídica a um lançamento que a própria Autoridade Lançadora, de certa forma, considerou e renunciou como um ato administrativo desprovido de liquidez e certeza, o que não é possível admitir nesta sede de controle de legalidade.

Assim, à vista desse fundamento especificamente, cheguei a uma conclusão diversa do que no penúltimo tópico (que, como dito, tratava do arbitramento de forma mais geral), entendendo assistir razão aos Recorrentes quanto ao arbitramento que foi preterido, por me parecer que o procedimento adotado pela D. Fiscalização não foi acertado, na medida em que a própria Autoridade colocou em xeque a impossibilidade de chegar aos ganhos efetivos de AVJ que sujeitou à tributação.

Faço notar que em outras autuações envolvendo esse mesmo Fundo e a regra de equiparação foram debatidas sob essa perspectiva do arbitramento no Acórdão 1301-007.842 – 1ª SEÇÃO/3ª CÂMARA/1ª TURMA ORDINÁRIA, sendo que parte dos Conselheiros votaram na linha que ora estou adotando.

Em resumo, entendo que o procedimento e a metodologia que foram aplicados pela Fiscalização não são os previstos pela legislação aplicável, nos casos em que estejam ausentes ou incompletos os documentos que permitiriam aferir, com segurança, a base tributável e os tributos devidos.

Com base no exposto, voto por dar provimento ao Recurso Voluntário para reformar o acórdão recorrido, anulando-se integralmente o auto de infração.

II - Mérito dos Recursos Voluntários: O artigo 2º da Lei 9.779/99 e o FII no caso concreto

Tendo restado vencida no Colegiado quanto ao tópico anterior, passei à análise do mérito recursal propriamente.

Da análise dos autos é fácil constatar que os Recursos Voluntários apresentados, constituem-se basicamente em reprodução das impugnações.

O cerne da discussão travada neste processo é definir se o artigo 2º da Lei 9.779/99 seria ou não aplicável ao caso concreto. Para isso, será necessário partir exatamente do texto legal, a fim de verificar a legalidade das exigências fiscais consubstanciadas no lançamento.

Referido artigo veicula norma jurídica que equipara, sob certas circunstâncias e determinados critérios, o tratamento tributário dado aos rendimentos e ganhos do fundo de investimento ao tratamento tributário dispensado às pessoas jurídicas em geral. Sendo ele o centro do debate, transcrevo-o novamente:

“Art. 2º Sujeita-se à tributação aplicável às pessoas jurídicas, o fundo de investimento imobiliário de que trata a Lei nº 8.668, de 1993, que aplicar recursos em empreendimento imobiliário que tenha como incorporador, construtor ou sócio, quotista que possua, isoladamente ou em conjunto com pessoa a ele ligada, mais de vinte e cinco por cento das quotas do fundo.

Parágrafo único. Para efeito do disposto neste artigo, considera-se pessoa ligada ao quotista:

I - pessoa física:

- a) os seus parentes até o segundo grau;
- b) a empresa sob seu controle ou de qualquer de seus parentes até o segundo grau;

II - pessoa jurídica, a pessoa que seja 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.”

Esse comando normativo também consta no RIR/99 (art. 752, §2º), verbis:

“FUNDOS DE INVESTIMENTO IMOBILIÁRIO

Seção I Rendimentos e Ganhos Líquidos Auferidos e Distribuídos Auferidos

Art. 752. Os rendimentos e ganhos líquidos auferidos pelos fundos de que trata este Capítulo, em aplicações financeiras de renda fixa ou de renda variável, sujeitam-se à incidência do imposto na fonte, observadas as normas aplicáveis às pessoas jurídicas submetidas a esta forma de tributação (Lei nº 8.668 de 1993, art. 16, e Lei nº 9.779, de 1999, art. 1º).

§ 1º O imposto de que trata este artigo poderá ser compensado com o retido na fonte, pelo fundo de investimento imobiliário, quando da distribuição de rendimentos e ganhos de capital (Lei nº 8.668, de 1993, art. 16, parágrafo único, e Lei nº 9.779, de 1999, art. 1º).

§ 2º Sujeita-se à tributação aplicável às pessoas jurídicas, o fundo de investimento imobiliário que aplicar recursos em empreendimento imobiliário que tenha como incorporador, construtor ou sócio, quotista que possua, isoladamente ou em conjunto com pessoa a ele ligada, mais de vinte e cinco por cento das quotas do fundo (Lei nº 9.779, de 1999, art. 2º).

§ 3º Para efeito do disposto no parágrafo anterior, considera-se pessoa ligada ao quotista (Lei nº 9.779, de 1999, art. 2º, parágrafo único):

I - pessoa física:

a) os seus parentes até o segundo grau; b) a empresa sob seu controle ou de qualquer de seus parentes até o segundo grau.

II - pessoa jurídica, a pessoa que seja controladora, controlada ou coligada, conforme definido nos §§ 1º e 2º do art. 243 da Lei nº 6.404, de 1976”.

No entender da Fiscalização, a situação dos autos enquadra-se na norma de equiparação, em síntese porque as pessoas físicas, Sras. Rosana, Renata e Regina, investidoras indiretas do FII 2509 em conjunto, detinham indiretamente mais de 25% do FII 2509; eram proprietárias (sócias) do empreendimento imobiliário detido pelo FII 2509; e o empreendimento imobiliário em questão corresponderia aos ativos imobiliários detidos pelo FII.

Com isso, o auto de infração em questão foi lavrado, mediante o afastamento da norma de isenção constante do art. 16 da Lei nº 8.668/93, diploma legal que disciplinou os Fundos de Investimento Imobiliário e seus aspectos fiscais:

Art. 16. Os rendimentos e ganhos de capital auferidos pelos Fundos de Investimento Imobiliário ficam isentos do Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro, assim como do Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza.

A decisão recorrida, exarada pela DRJ, manteve o lançamento com escassez de fundamentação, validando a posição da Fiscalização sob o entendimento de que (i) não houve a desconsideração do FII, mas apenas modificação no regime de tributação, e (ii) como as três pessoas físicas, tidas como sócias/quotistas detinham em conjunto, mesmo que indiretamente, mais de 25% do FII, seria aplicável a norma de equiparação do art. 2º da Lei nº 9.779/99:

“PASSO A ME PRONUNCIAR

72. Assiste razão à Autoridade Fiscal, eis que “que não se trata aqui de desconsideração do fundo de investimento, mas apenas da modificação do regime tributário aplicável, equiparando-o, para efeitos tributários, ao incidente sobre as pessoas jurídicas que desenvolvem atividade empresarial semelhante”.

73. Com efeito, as Sras. ROSANA, RENATA e REGINA são sócias/quotistas em igual proporção e, em conjunto, indiretamente, detêm a integralidade das cotas do Fundo de Investimento Multimercado “201016 FIM” que é o único cotista do “2509 FUNDO DE INVESTIMENTO IMOBILIÁRIO – FII” (FUNDO).

74. Logo, existindo sócias/quotistas que controlem, ainda que indiretamente, o “2509 FUNDO DE INVESTIMENTO IMOBILIÁRIO – FII” (FUNDO) com mais de 25% deste FII, correto enquadramento deste FUNDO na regra antielisiva insculpida no art. 2º da Lei nº 9.779/99”

Pois bem, por regra, os rendimentos e ganhos do Fundo de Investimento Imobiliário (FII) ficam sujeitos ao regime tributário de isenção para os tributos federais, estabelecido no art. 16 da Lei 8.668/93.

Por sua vez, o art. 2º, “caput” da Lei 9.779/99 é uma norma antielisiva que deve ser aplicada a casos específicos, inclusive porque o E. STF na ADI 2446, em 2022, deixou claro que o contribuinte não está proibido de buscar economia fiscal, pelas vias legítimas e comportamentos coerentes com a ordem jurídica, realizando suas atividades de forma menos onerosa.

Além de ser **uma norma excepcional**, como dito acima, o art. 2º, “caput” da Lei 9.779/99, que veicula a regra de equiparação do regime tributário do FII ao regime tributário das pessoas jurídicas em geral, contém em seu próprio texto **condições e critérios que devem ser preenchidos para que haja a escorreita subsunção da situação concreta a essa equiparação**.

Sendo mais exata, o dispositivo estabelece como condição:

a) haver quotista que figure como incorporador, construtor ou sócio do empreendimento imobiliário no qual o FII aplica os seus recursos; e

b) haver quotista que possua, isoladamente ou em conjunto com pessoa a ele ligada, mais de 25% das cotas do FII.

O legislador parece ter alvejado estruturas artificiais criadas nas quais o incorporador, construtor ou sócio – os quais são tributados como pessoas jurídicas – passariam a utilizar o Fundo, de forma distorcida e abusiva, sem propósito negocial legítimo, apenas como meio para repelir a carga tributária.

A par disso, é necessário interpretar o dispositivo legal por partes, confrontando-as com a situação concreta, a fim de posteriormente averiguar se e como os fatos verificados no caso se enquadram na norma.

Primeiro sobre o item “a” (*haver quotista que figure como incorporador, construtor ou sócio do empreendimento imobiliário no qual o FII aplica os seus recursos*), não há maiores dúvidas quanto à compreensão do que seja um (i) incorporador do empreendimento imobiliário, (ii) e um construtor do empreendimento imobiliário. No entanto, a questão torna-se menos límpida e evidente quanto à expressão (iii) “sócio/quotista”, pois se discute se o legislador estaria se referindo ao sócio do empreendimento imobiliário ou se seria ao sócio do incorporador, e o sócio do construtor.

Para não divagarmos sobre pontos desnecessários, é importante balizar aqui que é o “sócio/quotista” a figura central que gerou enquadramento na regra de equiparação.

É dizer, lendo o TVF que suportou o lançamento e interpretando as motivações fiscais, observo que o enfoque recaiu sobre a figura do “sócio”. As demais figuras, a do incorporador e do construtor, pareceram mencionadas de passagem, estando claro que o debate foi ampliado e problematizado apenas e tão-somente sobre a figura do sócio, como se nota abaixo:

“podemos concluir que nesse ponto a regra de 25% tem uma clara inspiração na Lei dos condomínios, com uma diferença importante: a troca de “proprietário do terreno” por “sócio”.

40 A razão para a substituição do “proprietário do terreno” da lei 4.591/64 pelo “sócio” da Lei 9.779/99 tem um motivo bastante simples: os empreendimentos abrangidos pela regra de 25% extrapolam a construção civil, incluindo toda uma gama de recebíveis e títulos representativos de propriedade. Quisesse o legislador ordinário da lei 9.779/99 limitar o alcance da norma a imóveis ou imóveis em construção, bastaria cravar, ao invés do polissêmico termo “sócio”, um simples “proprietário do terreno”.

41 A referência literal à Lei dos Condomínios estaria posta. Mas não foi o que ocorreu, pois limitar a regra dos 25% a imóveis físicos teria sido por demais ingênuo. Haveria dezenas de formas de contornar rapidamente essa regra, transformando os imóveis em títulos representativos de sua propriedade, perpetuando a concentração de riqueza que foi justamente o que quiseram evitar os legisladores de então.

42 A expressão “proprietário do terreno” já era limitadora do conceito em 1999, pois não abrangia o imóvel pronto, apenas aquele em construção. O legislador

ordinário deveria, então, usar um termo mais abrangente para a regra de 25%, algo como “proprietário do imóvel”, porém, não o fez. Ao invés de ficar preso ao conceito de imóvel físico, utilizou um termo ainda mais abrangente; usou “sócio”. E assim o fez porque a expressão empreendimento imobiliário, que acompanha os FII é, já em seu nascedouro, mais abrangente que o mercado físico. O FII, como já abordado, representa a convergência dos mercados imobiliário e financeiro.

43 Assim, embora o conceito de empreendimentos imobiliários ainda não houvesse sido ampliado para todo o rol de títulos da ICVM 472 em 2008, o legislador já sabia que essa expressão comportava tal diversidade de ativos. E, para abarcá-los, achou por bem representar o seu titular de direitos mediante uso do polissêmico termo “sócio”. Essa é a razão da regra de 25%: trazer a tríade “incorporador, construtor e sócio”, sendo que os dois primeiros, esse sim, estão intimamente ligados à obra de construção civil. Mas **“sócio” tem o alcance e flexibilidade linguística que combina com o restante da legislação tributária dos FII, podendo ser acoplado a quaisquer dos empreendimentos imobiliários** de então e, também, aos definidos posteriormente na ICVM 472, como ações, cotas de FII, CRI e outros.

(...)

46 No presente caso, ultrapassando-se a forma adotada pelo contribuinte, que pretendia obnubilar a visão do Fisco, chegamos à violação da regra mais básica dos FII, pois a captação dos recursos não se deu pelo sistema financeiro, ao contrário, foi aportado indiretamente pelas mesmas pessoas que comandaram a realização do empreendimento imobiliário e que passaram a ser proprietárias da totalidade das cotas do fundo imobiliário que explora o negócio.

47 Do ponto de vista material, a utilização de pessoas jurídicas para a materialização das edificações, bem como a posterior interposição dos fundos CONSTATINE, ZABAR, SOUTHBURY, 190901, 190902 e 190903 não conduzem, sobretudo quando se está diante da aplicação de norma antielisiva, à abstração da **efetiva propriedade do empreendimento imobiliário e das cotas do FUNDO pelas Sras. ROSANA, RENATA e REGINA, ferindo a norma insculpida no art. 2º da Lei nº 9.779/99.”** (destaques nossos)

Considerando que a acusação se baseou na figura do sócio, as demais figuras não são relevantes, portanto.

Ainda assim, como dito, será preciso questionar, acerca da figura do sócio: o legislador aludiu ao sócio do incorporador ou do construtor, ou ao sócio do empreendimento imobiliário?

As três possibilidades, em tese, são possíveis, como observo na jurisprudência do CARF:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL COFINS Ano-calendário: 2005 FUNDO IMOBILIÁRIO. PERDA DO REGIME DE TRIBUTÁRIO. ART. 2º DA LEI 9.779/99. NÃO CONFIGURADA.

O art. 2º da Lei 9.779/99 não coloca a condição de cotista exclusivo do Fundo como uma das razões para que o Fundo seja tributado como pessoa jurídica, aliado ao fato de que só caberia à CVM qualquer ação contra a constituição de Fundo exclusivo, já que ela é o órgão a tanto competente para autorizar, disciplinar e fiscalizar a constituição, o funcionamento e a administração dos Fundos de Investimento Imobiliário, nos termos do art. 4 da Lei 8.668/93.

O art. 2º da Lei 9.779/99 é uma norma antielisiva específica, pois, em regra, aos rendimentos e ganhos do Fundo Imobiliário, o qual não tem personalidade jurídica, aplica-se o regime tributário estabelecido nos arts. 16 a 19 da Lei 8.668/93. Diante de uma norma excepcional, devemos conferir uma interpretação estrita, razão pela qual **o termo sócio constante do caput do art. 2º deve ser entendido como “sócio do incorporador” ou “sócio do construtor”.**

A mera aquisição de um ou vários imóveis não se constitui, por si só, em empreendimento imobiliário, o que só irá ocorrer se o destino de tais imóveis for a circulação ou produção de imóveis, hipótese em que o comprador estará exercendo um empreendimento imobiliário, mas jamais se poderá denominar aquele que lhe vendeu os imóveis de sócio desse empreendimento. (Acórdão n. 1303-002.053, de 16/02/2017)

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO Ano-calendário: 2006, 2007, 2008 **SÓCIO DE EMPREENDIMENTO IMOBILIÁRIO**. NEGÓCIO JURÍDICO INTRAGRUPO. SUJEIÇÃO À TRIBUTAÇÃO DAS PESSOAS JURÍDICAS. ART. 2º DA LEI 9.779/99.

Constatado que o único quotista do fundo de investimento imobiliário também possui o controle de empresa participante do empreendimento imobiliário, o fundo sujeita-se à tributação aplicável às demais pessoas jurídicas, nos termos do art. 2º, da Lei nº 9.779/99. (Acórdão n. 1402-002.320, de 04/10/2016)

Nesse caso concreto, a Procuradoria defendeu, em suas Contrarrazões, que: *“no que diz respeito à palavra “sócio”, utilizada no art. 2º da Lei 9.779/99, trata-se, obviamente, do “sócio do empreendimento imobiliário”.*

Já o Fundo/ Recorrente, de outro lado, sustentou que *“a figura do sócio estaria associada às figuras do incorporador e construtor. Nesse cenário, a hipótese envolvendo o sócio seria verificada nos casos em que o cotista relevante, embora não assuma a qualidade de incorporador/construtor, detenha participação nas sociedades incorporadora ou construtora.”*

Na Exposição de Motivos da Medida Provisória nº 1788, que foi convertida na Lei nº 9.779/1999, a menção é clara ao “sócio do empreendimento imobiliário”: *“Para evitar a concorrência predatória dos referidos fundos com as pessoas jurídicas que exploram as mesmas atividades, o art. 2º do Projeto determina que sejam os rendimentos do fundo tributados segundo as mesmas normas aplicáveis às pessoas jurídicas, nas hipóteses em que este permitir participação superior ao limite de vinte e cinco por cento ao incorporador, construtor ou sócio do empreendimento imobiliário”*. (destacamos).

Com isso, em minha compreensão e faz sentido que assim seja, **o que a prescrição normativa pretende evitar é o acúmulo das posições de quotista do FII que aplica recursos no empreendimento imobiliário e a de sócio do empreendimento imobiliário.**

Dito isso, volto-me ao fato de que **o conceito de “sócio do empreendimento imobiliário” não está definido na lei.**

Neste caso, o empreendimento imobiliário em questão, o São Paulo Corporate Towers, é um complexo construído no local onde existia um conjunto de edifícios que constituía o “Condomínio Centro Empresarial Camargo Corrêa”, bens que pertenciam à Participações Morro Vermelho S/A (PMV), que, por sua vez, é controlada pelas sociedades pertencentes às Sras. ROSANA CAMARGO DE ARRUDA BOTELHO, RENATA DE CAMARGO NASCIMENTO e REGINA DE CAMARGO PIRES OLIVEIRA (ora apenas ROSANA, RENATA e REGINA), conforme fls. 701 a 815 / fls. 999 a 1.559.

Início a investigação, perguntando se seria possível entender que as três pessoas físicas são sócias do referido empreendimento imobiliário, porque, à falta de definição legal do conceito de sócio de empreendimento, o interesse econômico poderia representar um critério norteador, como mostra a doutrina:

“[...] O incorporador, que planeja e desenvolve o empreendimento imobiliário, o construtor que o executa, não poderão participar com mais que um quarto das quotas do fundo sob pena de arcar com os mesmos tributos que seriam devidos se o empreendimento imobiliário fosse desenvolvido por uma empresa. No entanto, o legislador foi mais além e incluiu no rol do art. 752, elemento que potencialmente poderá gerar a equiparação, os sócios do empreendimento imobiliário objeto do desenvolvimento do FII. **Não há uma definição legal da figura de sócio de um empreendimento imobiliário; quis o legislador atingir aquelas pessoas que de alguma forma participem do empreendimento e que não se enquadrem como incorporador ou construtor, mas que possuam interesse econômico no negócio imobiliário destinatário dos recursos do FII.**”

(Martins, Ricardo Lacaz. *Tributação da renda imobiliária*. Tese de doutorado. USP, 2009. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-03092009-121252/publico/RICARDO_LACAZ_MARTINS_TESE.PDF>, p.254)

O interesse econômico indireto das três pessoas físicas nesse empreendimento imobiliário que era destinatário dos recursos do Fundo/Recorrente é visível.

De forma indireta, elas estão presentes não apenas na propriedade dos bens que serviram de base para a construção do São Paulo Corporate Towers, mas também em outros importantes aspectos em torno do negócio imobiliário. Note-se, nesse sentido, que, embora a figura do construtor não seja o foco, a construção do empreendimento foi realizada por Camargo Correa Desenvolvimento Imobiliário S/A., empresa indiretamente controlada também pela PMV. Além disso, a administradora do empreendimento, a VIOL EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA (atual VIOL SPE S/A), pertence à PMV (fls. 954 a 998).

No entanto, analisar o interesse econômico indireto não parece ser a interpretação mais conforme e alinhada ao ordenamento jurídico.

Em primeiro lugar, porque a legislação brasileira não prevê a figura do “sócio indireto”. Já é uma razão bastante contundente.

E depois porque não podemos criar essa regra apenas para provocar o afastamento da norma de isenção constante do art. 16 da Lei nº 8.668/93.

A interpretação aplicável às normas antielisivas deve ser literal e estrita, sob pena de afastar planejamentos tributários lícitos e legítimos feitos pelo contribuinte.

Nessa linha, lembro o Acórdão n. 1303-002.053, de 16/02/2017:

“O art. 2º da Lei 9.779/99 é uma norma antielisiva específica, pois, em regra, aos rendimentos e ganhos do Fundo Imobiliário, o qual não tem personalidade jurídica, aplica-se o regime tributário estabelecido nos arts. 16 a 19 da Lei 8.668/93. Diante de uma norma excepcional, devemos conferir uma interpretação estrita (...)”

Em outras palavras, o “sócio” a que faz menção o artigo 2º da Lei nº. 9.779/99 deve ter relação jurídica DIRETA com o empreendimento imobiliário e interesse econômico igualmente DIRETO.

Nessa linha, transcrevo voto do Cons. Eduardo Monteiro Cardoso no AC 1301-007.842, de 28 de agosto de 2025, de interesse do próprio Recorrente, com o qual o concordo e encampo como razões de decidir (embora, nesse ponto, não seja voto vencedor naquele caso):

59.O ponto central da aplicação do art. 2º da Lei nº 9.779/1999, a meu ver, depende de se verificar se as Sras. Rosana, Renata e Regina teriam figurado como “incorporador, construtor ou sócio” do empreendimento imobiliário. Com

relação às duas primeiras figuras, entendo improcedente a qualificação, pois (i) a definição de incorporador encontra-se taxativamente prevista nos arts. 29 e 30 da Lei nº 4.591/1964 e (ii) não há vinculação à atividade de execução de obras de construção civil às pessoas físicas pela Fiscalização. No que diz respeito à figura do “sócio”, adoto as considerações feitas pela então Conselheira Livia de Carli Germano em Declaração de Voto apresentada no Acórdão nº 9101-004.580 (Rel. Cons. Demetrius Nichele Macei, Sessão de 04/12/2019):

No caso, a situação digna de controle resta clara pela leitura não apenas da exposição de motivos da norma, mas pela análise de seu próprio conteúdo. De fato, não se discute que a norma teve por objetivo evitar que as pessoas que exploram atividades imobiliárias, na modalidade de incorporador, construtor ou sócio -- e que são tributadas como pessoas jurídicas -- passassem a explorá-las sob a forma de fundo de investimento, sujeito a regime tributário mais favorável, pela via indireta de uma participação relevante nesse fundo (mais de 25%), obtendo assim economia fiscal.

Quando o legislador escolhe tipificar atos ou negócios que compreende como ilegítimos, cabe ao intérprete, exclusivamente, aplicar a norma, estritamente nos termos em que editada. Daí porque se diz que a interpretação de tais normas deve ser restritiva: em razão de sua própria função no ordenamento.

É dizer, não se pode interpretar a norma antielisiva específica de forma a fazer com que ela abranja outras hipóteses de planejamento que não as que ela prevê, pois isso corresponde, em última análise, a legislar onde nem o legislador, analisando aquela específica situação, assim o quis.

No caso, a norma em debate utiliza os termos “sócios” e “empreendimento imobiliário”.

Sócio é um termo definido na legislação societária e diz respeito àquele que detém diretamente participação societária (quotas ou ações). A legislação brasileira não prevê a figura do “sócio indireto” -- senão a do “controlador indireto”, mas aqui o conceito é outro e a norma se referiu especificamente a “sócio” e não a “controlador”.

Empreendimento imobiliário, por sua vez, é termo utilizado pelo direito imobiliário para designar a atividade de explorar a propriedade imobiliária e os direitos a ela relativos como negócio, isto é, como atividade fim, visando com isso o lucro. Quando uma empresa que se dedica ao comércio de bens em supermercados e hipermercados vende imóveis e então os aluga para utilizá-los em sua atividade-fim, não se nega que ela negociou imóveis, mas não se pode dizer que ela realizou um “empreendimento imobiliário”.

Fora dessas situações – sócio (direto) e empreendimento imobiliário (atividade fim) --, compreendo que não se pode tentar encaixar a norma do artigo 2º da Lei 9.779/1999 sem com isso proceder a uma inovação legislativa.

No caso, se a autoridade fiscal pretendeu dizer que o contribuinte operou algum tipo de “abuso” nas possibilidades de configuração de seus negócios, caberia a ela não tentar aplicar ao caso a norma específica antielisiva acima mencionada (eis que inaplicável), mas, sim, alguma norma geral de combate a planejamentos tributários ilegítimos – lembrando que artigo 149, VII, do CTN, prevê a possibilidade de a autoridade fiscal desqualificar os negócios jurídicos e rever o lançamento nos casos de dolo, fraude ou simulação.

É dizer, se a hipótese não poderia ser considerada como a prevista na norma específica antielisiva, seria o caso, quando muito, de se tentar aplicar ao caso alguma “norma geral antielisiva”, e requalificar o negócio praticado após a exata identificação da circunstância que tornou ilegítimo, para fins fiscais, o resultado atingido com o negócio jurídico praticado – circunstância esta que, a depender da linha doutrinária que se adote, será chamada de prática de “fraude à lei”, de “abuso de direito”, “ausência de causa”, “simulação”, etc.

Não obstante, quando a autoridade autuante tentou desqualificar o negócio exclusivamente com base no artigo 2º da Lei 9.779/1999 ela, no mínimo, errou na tipificação, o que torna o auto de infração em comento insubsistente.

60. Entendo que a mesma situação se aplica neste caso. **Caberia à Fiscalização, analisando de forma detalhada as entidades envolvidas, desqualificar os entes que diretamente servem como cotistas e sócios do empreendimento imobiliário, sendo que a mera pretensão de se valer da regra antielisiva – que deve ser interpretada restritivamente, como mencionado – é insuficiente para alçar à qualidade concomitante de cotista relevante e de sócio do empreendimento às Sras. Rosana, Renata e Regina.**

61. Ou seja, a aplicação da regra do art. 2º da Lei nº 9.779/1999 não abrange a figura do denominado sócio indireto, salvo nos casos de dolo, fraude e simulação, não demonstrados pela Fiscalização neste caso. **Esse entendimento já foi adotado recentemente por este Carf (Acórdão nº 1101-001.407, Rel. Cons. Efigênio de Freitas Júnior, Sessão de 10/10/2024):**

143. Quanto à participação indireta, a lei determina que o FII estará sujeito à regra de equiparação à pessoa jurídica se aplicar recursos em empreendimento imobiliário que tenha como incorporador, construtor ou sócio, quotista que possua, isoladamente ou em conjunto com pessoa a ele ligada, mais de vinte e cinco por cento das quotas do fundo.

144. A norma a ser extraída do art. 2º da Lei nº 9.779/1999, trata separadamente o sócio e a pessoa ligada. A pessoa ligada é utilizada para verificar a posição de cotista relevante. Assim, se o construtor, incorporador ou sócio possui, isoladamente ou em conjunto com pessoa ligada, mais de vinte e cinco por cento das cotas do FII aplica-se a regra de equiparação. Importante ressaltar tal ponto para evitar a interpretação no sentido de que a pessoa ligada estaria na mesma condição do incorporador, construtor ou sócio, o que não é o caso.

145. Nessa mesma linha de raciocínio, a norma a ser extraída em relação à interpretação do termo sócio não abarca a pessoa ligada ou aquela faz parte de um mesmo grupo econômico, mas somente aquela pessoa que contribui para a formação do capital social com bens ou serviços, fazendo jus a parte do resultado da sociedade. É dizer não há falar-se na figura de sócio indireto ou participação indireta. Tal racional alinha-se ao posicionamento da Receita Federal na Solução de Consulta Cosit nº 182, de 2019, no sentido de que sócio é aquele que contribui para a formação do capital social com bens ou serviços, fazendo jus a parte do resultado da sociedade. Veja-se:

Solução de Consulta Cosit nº 182, de 2019 19. Ademais, não há um conceito na legislação de regência a respeito do que seria “sócio”, posto que este é um termo originado do Direito Comercial, cuja base legal se encontra hodiernamente positivada como Direito de Empresa no Livro II do Código Civil, sendo neste inequívoca a concepção de que sócio é aquele que contribui para a formação do capital social com bens ou serviços, fazendo jus a parte do resultado da sociedade.

[...] 146. Portanto, para fins de interpretação do art. 2º da Lei nº 9.779/1999, sócio é aquele que detém participação no capital social. De igual forma, a figura do quotista exige participação direta e não indireta. Daí minha divergência em relação ao posicionamento da Fazenda Nacional em suas contrarrazões.

147. Por fim, observo que as interpretações acima devem ser afastadas pelo Fisco nos casos de dolo, fraude ou simulação. Ocasão em que o Fisco, nessas hipóteses, encontra amparo no art. 149, VII, do CTN.

148. Utilizo ainda como razões de decidir, a inteligência do Ato Declaratório Interpretativo RFB 5/2019 que dispõe sobre a tributação dos rendimentos auferidos por investidor estrangeiro no País. A controvérsia é sobre a origem do investimento de investidor não residente(INR), para fins de aplicação do regime especial de tributação (IR-Fonte à alíquota zero).

ATO DECLARATÓRIO INTERPRETATIVO RFB Nº 5, DE 17 DE DEZEMBRO DE 2019

*Art. 1º A origem do investimento, para fins de aplicação do regime especial de tributação previsto nos artigos 88 a 98 da Instrução Normativa nº. 1.585, de 31 de agosto de 2015, será determinada com base na jurisdição do **investidor direto no País, exceto nos casos de dolo, fraude ou simulação.***

*149. Consoante o ADI 05/2019, a análise deve levar em consideração a jurisdição do **investidor direto no País e não o investidor indireto.** Somente no caso de casos de dolo, fraude ou simulação é que se deve verificar a origem do investidor indireto.*

62. Portanto, voto por cancelar a referida equiparação, cancelando a autuação.

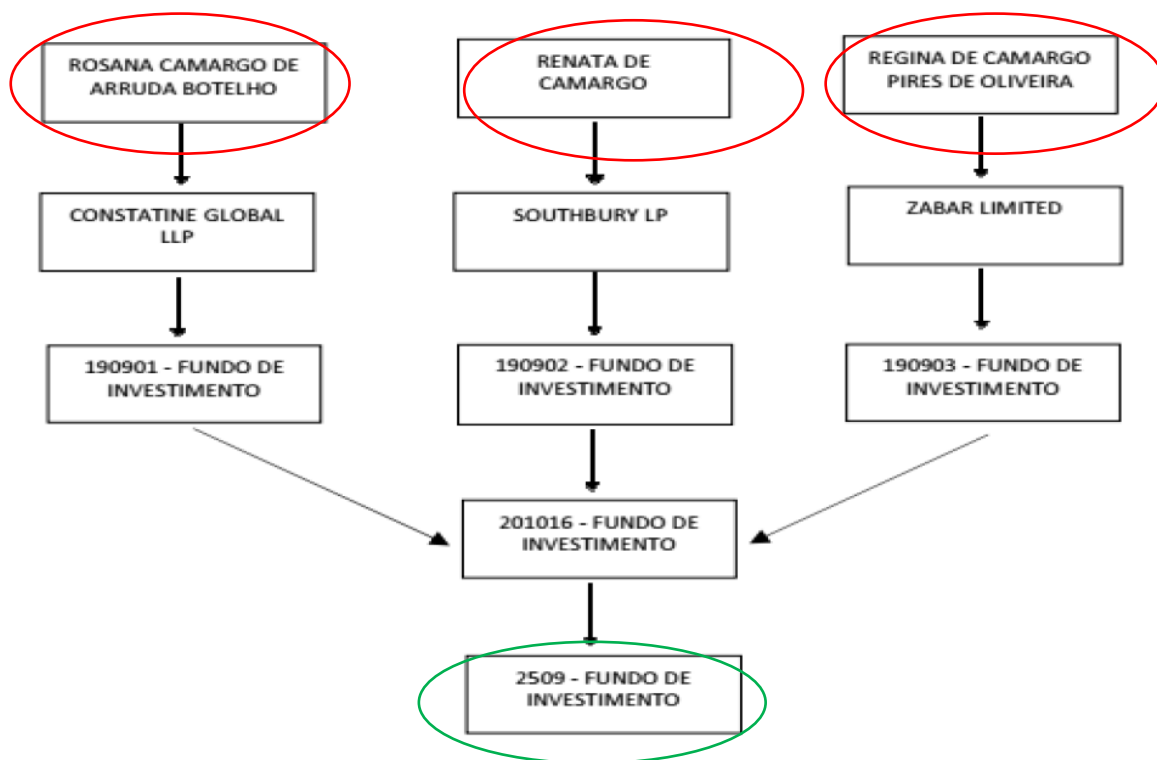
(...)”

O voto acima, como se vê, também incorporou em suas razões de decidir outro **voto relevante sobre essa temática (AC 1101-001.407 – 1ª SEÇÃO/1ª CÂMARA/1ª TURMA ORDINÁRIA), proferido pelo Conselheiro Efigênio de Freitas Júnior em 2024**, do qual destaco o seguinte excerto: *“a norma a ser extraída em relação à **interpretação do termo sócio** não abarca a pessoa ligada ou aquela faz parte de um mesmo grupo econômico, mas **somente aquela pessoa que contribui para a formação do capital social com bens ou serviços**, fazendo jus a parte do resultado da sociedade. É dizer não há falar-se na figura de sócio indireto ou participação indireta. Tal racional alinha-se ao posicionamento da Receita Federal na Solução de Consulta Cosit nº 182, de 2019, no sentido de que sócio é aquele que contribui para a formação do capital social com bens ou serviços, fazendo jus a parte do resultado da sociedade”.*

Portanto, **as alegações fiscais que a Sras. ROSANA, RENATA e REGINA estariam “indiretamente envolvidas na concretização do empreendimento” não são suficientes para afastar a norma isentiva.**

Prosseguindo, é preciso ainda tratar do item “b” acima (*quotista que possua, isoladamente ou em conjunto com pessoa a ele ligada, mais de 25% das cotas do FII*), ou seja, a presença da figura do quotista relevante, outro requisito para a aplicação da norma antielisiva do art. 2º, “caput” da Lei 9.779/99.

Nesse caso, certo é que as Sras. ROSANA, RENATA e REGINA não detêm participação societária no FII em questão, o FII 2509. Isto é, não são quotistas diretas. Chegaram a sê-lo em uma etapa da reorganização societária (em que receberam cotas do FII de uma de suas controladas conforme fls. 1082 e 1.083; 1.166 e 1.167; 1.255 e 1.256; 1.355, 1.456 e 1.457; 1.554 e 1.555), mas a condição não perdurou, o que, no fundo, foi compreendido pela Fiscalização, que assim ilustrou a constituição do FII-2509 no TVF:



O Fundo/Recorrente e o responsável solidário argumentam que, como essas três pessoas físicas não são quotistas do FII-2509, não seria aplicável a norma antielisiva.

Isso porque, segundo entendem, o art. 2º da Lei nº 9.779/1999 não abrangeria a figura do “quotista indireto” (isso não existe aliás!), que seria o caso das três pessoas físicas, mas tão somente a figura do “quotista direto”, sendo o Fundo de Investimento Multimercado (FIM)-201016 o único cotista do FII- 2509.

Por consequência, por não serem quotistas diretas, as três pessoas físicas também não poderiam ser tidas como quotistas relevantes do FII-2509, porque dele aliás sequer seriam quotistas, com o que concordo.

A participação indireta não atrai a regra de equiparação do FII à pessoa jurídica, exceto nas hipóteses de dolo, fraude ou simulação que não foram caracterizadas aqui. No TVF e no auto de infração, não há nenhuma acusação de dolo, fraude ou simulação.

Em resumo, as pessoas físicas em questão não são nem sócias diretas do empreendimento nem sócias diretas do Fundo de Investimento.

Em virtude disso, **a modificação no regime de tributação promovida mediante a aplicação da regra de equiparação, na visão desta Relatora, está equivocada**, razão pela qual entendo que a decisão exarada pela DRJ deve ser reformada.

Por fim, saliento que situações parecidas já foram enfrentadas por este CARF. Apresento a seguir algumas das decisões que caminharam em sentido próximo ao racional que adotei:

“No caso concreto, os únicos cotistas diretos do GOLGI FII são os fundos CF Golgi Holdings FIM Crédito Privado CP (95,25%) e JICHI Fundo Multimercado (4,74%). Nenhuma das demais entidades mencionadas pela fiscalização – a exemplo do Ontario Teachers’ Pension Plan, da CF Golgi Holdings LP ou do Grupo Cadillac Fairview – figura como cotista direto do Fundo.

A tentativa de desconsiderar essa realidade por meio da construção de um conceito de “cotista indireto” ou “sócio indireto” não encontra amparo na literalidade do art. 2º da Lei nº 9.779/1999, configurando interpretação extensiva em matéria de isenção, vedada pelo art. 111 do CTN. Como bem destacam Roberto Quiroga Mosquera e Rodrigo Diniz:

A regra de desenquadramento pressupõe, portanto, que o quotista do Fundo de Investimento Imobiliário esteja enquadrado cumulativamente em duas qualificações distintas:

- Qualificação Quantitativa: deter mais de 25% das quotas do fundo e;

Qualificação Subjetiva: ser incorporador, construtor ou sócio do empreendimento em que o fundo aplique seus recursos.

Nesse sentido, é evidente que a análise dos elementos prescritos pela norma legal para fins de aplicação de tal equiparação (ou seja, a ocorrência simultânea das Qualificações Quantitativa e Subjetiva) não deve alcançar fatos anteriores, isto é, as “qualidades” em questão devem ser verificadas em um mesmo e presente momento.

Destarte, muito embora, em momento anterior à aquisição pela carteira do determinado Fundo de Investimento Imobiliário, certo imóvel possa ter sido de propriedade direta de um quotista ou, ainda, por este construído ou incorporado, tal situação deixa de ocorrer quando, já concluído, o imóvel passa a ser detido exclusivamente pela carteira de um Fundo de Investimento Imobiliário (ou seja, quando a única relação entre o imóvel e o quotista passa a ocorrer através do investimento no Fundo de Investimento Imobiliário).

De fato, não se pode pretender a caracterização de um quotista de certo Fundo de Investimento Imobiliário como “sócio do empreendimento imobiliário”, para os fins aqui discutidos, pelo simples fato de ser quotista. Fosse esta a intenção da lei, bastaria dizer que a tributação como pessoa jurídica se daria apenas pela qualificação quantitativa (deter 25% ou mais das quotas do fundo), o que claramente não foi o desejo do legislador.

A jurisprudência do CARF tem se orientado no sentido de que a regra do artigo 2º da Lei nº 9.779/1999 configura norma de exceção, cuja interpretação deve ser restrita. A identificação do cotista relevante, portanto, deve decorrer de comprovação direta, objetiva e atual, baseada em participação societária direta, não se admitindo, nesse contexto, a utilização de vínculos econômicos presumidos ou de estruturas pretéritas para sustentar a equiparação.

Veja-se:

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário Ano-calendário: 2018, 2019, 2020, 2021 O ÓRGÃO JULGADOR NÃO ESTÁ OBRIGADO A SE PRONUNCIAR ACERCA DE TODOS OS ARGUMENTOS SUSCITADOS PELA RECORRENTE.

O órgão julgador não está obrigado a se pronunciar acerca de todos os argumentos suscitados pela parte se os pontos analisados são suficientes para motivar e fundamentar sua decisão. O inconformismo com o resultado do acórdão, contrário aos interesses da recorrente, não significa haver falta de motivação ou cerceamento do direito à ampla defesa.

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ Ano-calendário: 2018, 2019, 2020, 2021 FUNDO IMOBILIÁRIO. EQUIPARAÇÃO À PESSOA JURÍDICA. ART. 2º DA LEI 9.779/99. REQUISITOS NÃO CUMPRIDOS.

A análise da posição construtor, incorporador ou sócio, na condição de cotista, para fins de equiparação do Fundo à pessoa jurídica, nos termos do art. 2º da Lei nº 9.779/1999, deve ser feita na data do fato gerador do tributo. É dizer, deve-se excluir fatos do passado para fins de aplicação do referido dispositivo legal. Com efeito, não importa se o FII possuía quotista que no passado teria sido incorporador, construtor ou sócio do empreendimento imobiliário, exceto no caso de dolo, fraude ou simulação.

A partir da data que o construtor, incorporador ou sócio alienar o empreendimento imobiliário ele está apto a ser quotista do respectivo FII sem atrair a regra de equiparação a pessoa jurídica. Afinal, o FII tem bens, direitos e patrimônios próprios; exceto nos casos de dolo, fraude ou simulação.

Quanto à participação indireta, a norma a ser extraída do art. 2º da Lei nº 9.779/1999, trata separadamente do sócio e da pessoa ligada. A pessoa ligada é utilizada para verificar a posição de cotista relevante. Assim, se o construtor, incorporador ou sócio possui, isoladamente ou em conjunto com pessoa ligada, mais de vinte e cinco por cento das quotas do FII aplica-se a regra de equiparação.

Nessa mesma linha de raciocínio, a norma a ser extraída em relação à interpretação do termo sócio não abarca a pessoa ligada ou aquela faz parte de um mesmo grupo econômico, mas somente aquela pessoa que contribui para a formação do capital social com bens ou serviços, fazendo jus a parte do resultado da sociedade. É dizer não há falar-se na figura de sócio indireto ou participação indireta. Tal racional está em consonância com o utilizado pela Receita Federal na Solução de Consulta Cosit nº 182, de 2019, no sentido de que sócio é aquele que contribui para a formação do capital social com bens ou serviços, fazendo jus a parte do resultado da sociedade.

Portanto, para fins de interpretação do art. 2º da Lei nº 9.779/1999, sócio é aquele que detém participação no capital social. De igual forma, a figura do quotista exige participação direta e não indireta.

As interpretações acima devem ser afastadas pelo Fisco nos casos de dolo, fraude ou simulação. Ocasão em que o Fisco, nessas hipóteses, encontra amparo no art. 149, VII, do CTN. (Acórdão nº 1101-001.407, Rel. Cons. Efigênio de Freitas Júnior)

No voto condutor desse acórdão, o Conselheiro Relator Efigênio de Freitas Júnior consignou de forma expressa que a participação indireta não atrai a regra de equiparação do FII à pessoa jurídica, exceto nas hipóteses de dolo, fraude ou simulação. Destacou, ainda, que a aferição da qualidade de sócio, construtor ou incorporador deve ocorrer no momento do fato gerador, afastando fatos do passado que já não mais subsistem juridicamente.

(...)”

(voto da Conselheira Eduarda Lacerda Kanieski, no AC 1301-007.813 – 1ª SEÇÃO/3ª CÂMARA/1ª TURMA ORDINÁRIA, de 30 de julho de 2025)

“Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ Período de apuração: 01/01/2018 a 31/03/2018, 01/04/2018 a 30/06/2018, 01/07/2018 a 30/09/2018, 01/10/2018 a 31/12/2018, 01/01/2019 a 31/03/2019, 01/04/2019 a 30/06/2019, 01/07/2019 a 30/09/2019, 01/10/2019 a 31/12/2019 FUNDO DE INVESTIMENTO IMOBILIÁRIO (FII). REGIME TRIBUTÁRIO ESPECIAL. INAPLICABILIDADE DA NORMA ANTELISIVA DO ARTIGO 2º DA LEI Nº 9.779/1999.

Da leitura do artigo 2º da Lei nº 9.779/1999, verifica-se a necessidade de três pressupostos, cumulativos, para que a tributação do Fundo de investimento Imobiliário (FII) seja equiparada à tributação das demais pessoas jurídicas: (i) que o FII possua quotista que, isoladamente ou em conjunto com pessoa ligada, detenha participação superior a 25% da totalidade das quotas do fundo (quotista relevante); (ii) que o FII aplique recursos em empreendimento imobiliário; e (iii) que o empreendimento imobiliário tenha quotista relevante como incorporador, construtor ou sócio. A figura do sócio abrange também o quotista relevante que controla (ou participa) empresa participante do empreendimento imobiliário.

Independentemente da linha interpretativa que se adote acerca do artigo 2º da Lei nº 9.779/1999, a figura do “sócio do empreendimento”, nos termos da norma, jamais poderia estar dissociado da exploração, de forma paralela, do próprio empreendimento desenvolvido pelo FII.

Assim, se o FII não aplica recursos em empreendimento imobiliário que tenha quotista relevante do fundo (mais de 25% das quotas do fundo, isoladamente ou em conjunto com pessoa a ele ligada) como incorporador, construtor ou sócio do empreendimento, não há falar em aplicação da norma antielisiva. O mero fato dos cotistas relevantes constituírem empresa que funciona como consultora dos investimentos imobiliários do Fundo Imobiliário, sem qualquer comprovação de investimentos comuns do Fundo e de seus quotistas relevantes em empreendimentos imobiliários, direta ou indiretamente, não autoriza a aplicação da norma antielisiva do artigo 2º da Lei nº 9.779/1999.”

(AC 1402-007.457 – 1ª SEÇÃO/4ª CÂMARA/2ª TURMA ORDINÁRIA, Sessão de 24 de setembro de 2025, Rel. Alessandro Bruno Macêdo Pinto)

“ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA (IRPJ) Ano-calendário: 2005 FUNDO DE INVESTIMENTO IMOBILIÁRIO. NÃO CARACTERIZAÇÃO DA FIGURA DE “SÓCIO DO EMPREENDIMENTO”. EQUIPARAÇÃO TRIBUTÁRIA IMPROCEDENTE.

Considerando a inexistência da figura de sócio no empreendimento imobiliário explorado pelo FII Península, a sua equiparação à pessoa jurídica para fins tributários não se sustenta à luz do artigo 2º da Lei nº 9.779/99. (Acórdão n. 9101-006.005, de 05/04/2022)

Assim, por todo o exposto, oriento meu voto no sentido de dar provimento aos recursos voluntários do Fundo/Recorrente e do responsável solidário quanto ao mérito, afastando os lançamentos fiscais.

Ressalvo, ainda, o julgador não é obrigado a discorrer sobre todos os argumentos levantados pelas partes, mas sim decidir a contento, nos limites da lide que lhe foi proposta, fundamentando o seu entendimento de acordo com o seu livre convencimento, baseado nos aspectos pertinentes à hipótese sub judice e com a legislação que entender aplicável ao caso concreto. Aliás essa é a posição predominante no STJ:

“O julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão.

O julgador possui o dever de enfrentar apenas as questões capazes de infirmar (enfraquecer) a conclusão adotada na decisão recorrida.

Assim, mesmo após a vigência do CPC/2015, não cabem embargos de declaração contra a decisão que não se pronunciou sobre determinado argumento que era incapaz de infirmar a conclusão adotada.” STJ. 1ª Seção. EDcl no MS 21.315-DF, Rel. Min. Diva Malerbi (Desembargadora convocada do TRF da 3ª Região), julgado em 8/6/2016.

Auto De Infração CSLL (reflexo)

Como regra, o decidido para o lançamento de IRPJ estende-se aos lançamentos que com ele compartilham o mesmo fundamento, salvo quando houver razão de ordem jurídica que lhes recomende tratamento diverso.

Assim, a decisão relativa ao auto de infração do IRPJ deve ser igualmente aplicada no julgamento do auto de infração reflexo de CSLL, uma vez que os lançamentos estão apoiados nos mesmos elementos de convicção.

Autos De Infração PIS/COFINS (reflexos)

Os lançamentos de PIS/COFINS, nesse caso, são decorrentes do lançamento principal de IRPJ, fundados nos mesmos elementos de prova e de fato, de modo que a decisão relativa ao IRPJ será aplicada aos lançamentos de PIS/COFINS reflexos.

É o autorizado no RICARF:

“Art. 43. À Primeira Seção cabe processar e julgar recursos de ofício e voluntário de decisão de 1ª instância que versem sobre aplicação da legislação relativa a:

I - Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ); II - Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL); III - Imposto sobre a Renda Retido na Fonte (IRRF), exceto nas hipóteses previstas no inciso II do art. 44; IV - CSLL, IRRF, **Contribuição para o PIS/Pasep ou Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins)**, Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), Contribuição Previdenciária sobre a Receita Bruta (CPRB), **quando reflexos do IRPJ, formalizados com base nos mesmos elementos de prova**, sem prejuízo do disposto no § 2º do art. 45

Conclusão:

Considerando o exposto, voto no sentido de conhecer os Recursos Voluntários para acolher a preliminar de nulidade por não ter sido promovido o arbitramento do lucro, e, **no mérito, DAR-LHES PROVIMENTO** para cancelar integralmente os lançamentos de IRPJ, CSLL, PIS, COFINS.

Assinado Digitalmente

Andressa Paula Senna Lísias

VOTO VENCEDOR

Conselheiro Alberto Pinto Souza Junior, redator designado

Com a devida vênia da I. Relatora, ousou divergir do seu voto na parte em que acolhe a preliminar de nulidade por não ter sido arbitrado o lucro, pelas breves razões a seguir expostas.

Primeiramente, cabe salientar que o lucro real é a modalidade de apuração do IRPJ que melhor atende ao princípio constitucional da capacidade contributiva e, por isso, o lucro arbitrado deve ser adotado quando for impossível a apuração do lucro real.

É verdade que o art. 47 da Lei n. 8.981/95 traz várias hipóteses objetivas de aplicação do lucro arbitrado, porém elas só obrigam ao arbitramento se comprometer a apuração do lucro real do contribuinte.

Ora, no caso em tela, a recorrente suscita a nulidade do lançamento porque não foi adotada no lançamento de ofício a modalidade de apuração pelo lucro arbitrado, porém ela não logra demonstrar que havia a necessidade de arbitrar o lucro, pela falta de algum registro contábil ou fiscal que comprometesse a apuração da base tributável real.

Por último, discordo da relatora quando sustenta que deveria ser arbitrado o lucro por não existir controle suficiente dos ajustes de AVJ na contabilidade, pois, ainda que a premissa seja verdadeira, essa não seria, por si só, razão para sustentar que estaria comprometida a apuração do lucro real feita pela Fiscalização.

Posto isso, voto por afastar também, a preliminar de nulidade do lançamento suscitada pela recorrente sob o argumento de que o IRPJ deveria ter sido lançado sobre o lucro arbitrado.

Assinado Digitalmente

Alberto Pinto Souza Junior