



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



PROCESSO	17459.720040/2022-18
ACÓRDÃO	1301-007.842 – 1ª SEÇÃO/3ª CÂMARA/1ª TURMA ORDINÁRIA
SESSÃO DE	28 de agosto de 2025
RECURSO	VOLUNTÁRIO
RECORRENTE	2509 FUNDO DE INVESTIMENTO IMOBILIÁRIO – FII (ATUAL DENOMINAÇÃO DE PMV FUNDO DE INVESTIMENTO IMOBILIÁRIO – FII)
INTERESSADO	FAZENDA NACIONAL

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2018

FUNDO DE INVESTIMENTO IMOBILIÁRIO - FII. REGRA DE EQUIPARAÇÃO. COMPROVAÇÃO. INCIDÊNCIA.

Submete-se à tributação aplicável às pessoas jurídicas o fundo de investimento imobiliário que aplique recursos em empreendimento que possua sócio que seja detentor de mais de vinte e cinco por cento de suas cotas.

FUNDO DE INVESTIMENTO IMOBILIÁRIO – FII. REGRA DE EQUIPARAÇÃO. POSSIBILIDADE DE INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. EXISTÊNCIA DE COTISTA RELEVANTE E QUALIFICAÇÃO COMO SÓCIO, CONSTRUTOR OU INCORPORADOR.

A equiparação do Fundo de Investimento Imobiliário à pessoa jurídica, para fins de incidência do IRPJ e da CSLL, somente se aplica quando atendidos cumulativamente os requisitos previstos no art. 2º da Lei nº 9.779/1999: (i) a existência de cotista relevante, detentor, isoladamente ou com pessoa a ele ligada, de mais de 25% das cotas do fundo; e (ii) que esse cotista relevante figure, de modo concomitante, como incorporador, construtor ou sócio do empreendimento imobiliário investido. Não se admite interpretação restritiva da norma para que não alcance beneficiários finais, cotistas indiretos ou integrantes de grupo econômico.

FUNDO IMOBILIÁRIO. AVALIAÇÃO A VALOR JUSTO (AVJ). EXISTÊNCIA DE CONTROLE, APESAR DA INEXISTÊNCIA DE SUBCONTA.

Suposta ausência de evidenciação da Avaliação a Valor Justo (AVJ) em subconta (art. 13, § 3º, da Lei nº 12.973/2014). Existência de registros que

permitem o efetivo controle dos valores. Interpretação teleológica do dispositivo legal. Impossibilidade de tributação.

Assunto: Normas de Administração Tributária

Ano-calendário: 2018

FUNDO IMOBILIÁRIO. EQUIPARAÇÃO À PESSOA JURÍDICA. PENALIDADES POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA APLICADAS RETROATIVAMENTE. IMPOSSIBILIDADE.

A obrigação acessória corresponde à prestação, positiva ou negativa, prevista expressamente na legislação tributária no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos (art. 113, § 2º, do CTN). O FII, antes da equiparação à pessoa jurídica feita por meio do lançamento de ofício, não detinha o dever instrumental de entregar ECD, ECF e EFD-Contribuições, sendo ilegítima a aplicação retroativa da regra de equiparação para fins de cobrança das penalidades respectivas, vez que inexistia tal obrigação quando as declarações deveriam ter sido entregues.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado em rejeitar as preliminares (i) por voto de qualidade, em relação à de falta de liquidez e certeza da autuação, tendo sido vencidos os Conselheiros José Eduardo Dornelas Souza, Eduardo Monteiro Cardoso e Eduarda Lacerda Kanieski, que lhe deram provimento no ponto e (ii) por unanimidade de votos, em relação a vício de motivação ou fundamentação do lançamento e por erro de direito na aplicação das multas regulamentares. Quanto ao mérito, acordam os membros do colegiado em dar parcial provimento ao recurso (i) por voto de qualidade, para manter a autuação no que respeita à ausência dos pressupostos para a aplicação do art. 2º da Lei nº 9.779/1999, vencidos os Conselheiros José Eduardo Dornelas Souza, Eduardo Monteiro Cardoso e Eduarda Lacerda Kanieski, que lhe deram provimento no ponto; e (ii) por unanimidade de votos, para (ii.1) cancelar as autuações relativas a valores de Ajuste a Valor Justo, (ii.2) quanto às multas regulamentares lançadas pelo descumprimento de obrigações acessórias e (ii.3) para manter a responsabilidade solidária. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Rafael Taranto Malheiros.

Sala de Sessões, em 28 de agosto de 2025.

Assinado Digitalmente

Eduardo Monteiro Cardoso – Relator

Assinado Digitalmente

Rafael Taranto Malheiros – Presidente

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Iagaro Jung Martins, Jose Eduardo Dornelas Souza, Luis Angelo Carneiro Baptista (substituto[a] integral), Eduardo Monteiro Cardoso, Eduarda Lacerda Kanieski, Rafael Taranto Malheiros (Presidente).

RELATÓRIO

1. Trata-se de Recursos Voluntários interpostos por 2509 FUNDO DE INVESTIMENTO IMOBILIÁRIO (fls. 6.447/6.545) e por CREDIT SUISSE HEDGING-GRIFFO CORRETORA DE VALORES S.A. (Fls. 6.318/6.440) em face de acórdão da Delegacia de Julgamento da Receita Federal do Brasil 07 (DRJ07) que julgou parcialmente procedentes as Impugnações apresentadas, mantendo parte do crédito tributário.
2. Referido crédito tributário decorre de Autos de Infração (fls. 2.391/2.455) lavrados para exigir IRPJ, CSLL, Contribuição ao PIS e Cofins do ano-calendário de 2018, em função da constatação de suposta infração relativa a receitas não tributadas, tendo em vista (i) a equiparação do 2509 FII a pessoa jurídica, por força do art. 2º da Lei nº 9.779/1999 e (ii) a existência de resultado positivo de avaliação a valor justo sem controle em subcontas. Os valores cobrados foram acrescidos de multa de ofício, sem qualificação, e de juros de mora. Tendo em vista a equiparação do 2509 FII a pessoa jurídica, foram exigidas multas por (i) descumprimento do prazo para entrega da Escrituração Contábil Digital (ECD), (ii) descumprimento do prazo para entrega da Escrituração Contábil Fiscal (ECF), (iii) descumprimento da intimação para apresentação de EFD-Contribuição e (iv) descumprimento do prazo para apresentação de EFD-Contribuições.
3. Por bem sintetizar os fatos apurados pela Fiscalização, transcrevo parte do Termo de Verificação Fiscal (fls. 2.365/2.390) que fundamenta as autuações:

VERIFICAÇÃO

1 Esta fiscalização tem por objeto a verificação da adequação da tributação incidente sobre os resultados produzidos pelo “PMV FUNDO DE INVESTIMENTO IMOBILIÁRIO – FII”, nome que foi posteriormente alterado para “2509 FUNDO DE INVESTIMENTO IMOBILIÁRIO – FII” (FUNDO), apurados e distribuídos no ano de 2018.

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 nºs 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).

5 Para administrar a construção do empreendimento, realizada por CAMARGO CORREA DESENVOLVIMENTO IMOBILIÁRIO S/A, empresa indiretamente controlada por PARTICIPAÇÕES MORRO VERMEHO, foi constituída, em 14/04/2010, a sociedade de propósito específico VIOL EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA, atual VIOL SPE S/A, diretamente pertencente à PMV (fls. 954 a 998)

6 Os direitos sobre os terrenos que suportaram a edificação foram transferidos, em 08/09/2010, pela PMV à VIOL a título de conferência de bens para aumento de capital. Esses mesmos imóveis foram dados pela VIOL em alienação fiduciária para o “PMV FUNDO DE INVESTIMENTO IMOBILIÁRIO – FII, conforme AGE datada de 20/12/2013 (fls. 982 a 987), o que representou a integralização de 137.715 cotas do FUNDO. Ultimada a construção, os edifícios foram destinados ao pagamento das 1.347.400 cotas restantes.

7 Em 20/10/2016, 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.

8 Desse modo, a VIOL promoveu redução de seu capital no valor de R\$ 1.482.303.454,09, dando em pagamento à acionista PMV 1.485.565 cotas do FUNDO (fls. 994 a 998). O mesmo procedimento foi seguido pela PMV, que entregou a participação no FUNDO para as acionistas R.C.A.B.O.N., R.C.A.B.P.N., R.C.N.O.N., R.C.N.P.N., R.C.P.O.D.O.N. e R.C.P.O.D.P.N. (fls. 807 e 808), na seguinte partilha:

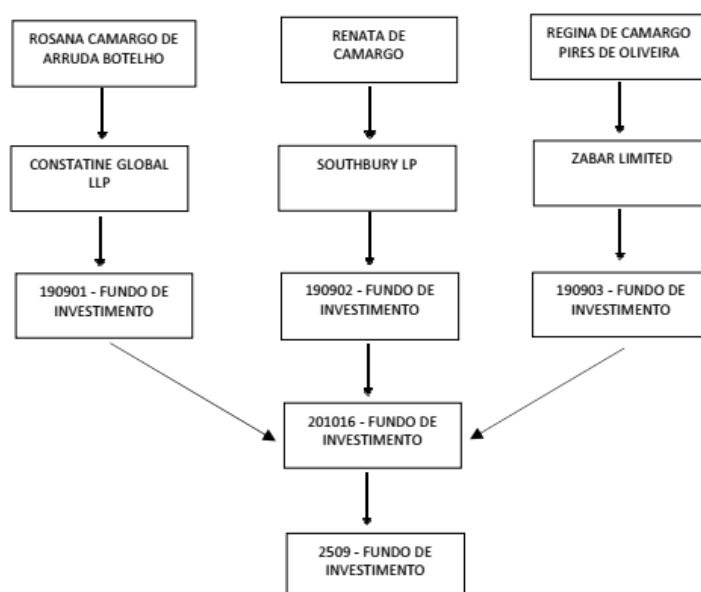
Sócia	Valor da Redução de Capital	Cotas do fundo	Valor da cota
R.C.N.O.N.	164.840.828,31	165.203,53133	997,80451
R.C.N.P.N	329.260.323,05	329.984,80200	997,80451
R.C.P.O.D.O.N.	164.840.828,31	165.203,53133	997,80451
R.C.P.O.D.P.N.	329.260.323,05	329.984,80200	997,80451
R.C.A.B.P.N.	329.260.323,05	329.984,80201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

9 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).

10 As movimentações societárias antes descritas tiveram o objetivo de colocar as pessoas, indiretamente envolvidas na concretização do empreendimento, diretamente no domínio de todas as cotas do fundo de investimento imobiliário.

11 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.

12 Primeiramente, as participações no Fundo PVM foram entregues aos fundos CONSTATINE GLOBAL LLP – SANTANDER SECURITIES SERVICES BRASIL DTVM S.A, SOUTHBURY 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 2018, R\$ 93.205.445,35 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.

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.

[...]

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:

[...]

19 Dessas definições preliminares destaca-se novamente a captação de recursos dos FII 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 FII, mas também quando se analisa a legislação de forma completa.

20 E com esse fim em mente é que a legislação dos FII 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.

21 O ponto de partida que nos parece mais adequado para a análise da legislação dos FII é a definição de “empreendimento imobiliário”, que com o passar do tempo superou em muito a simples noção de imóvel. De fato, a primeira instrução CVM sobre o tema trazia um rol de ativos bastante restrito e arraigado ao conceito físicos dos imóveis.

[...]

22 Avançando no tempo, a instrução mais recente da CVM, a já citada ICVM 472/08, elenca, em seu artigo 45, os “empreendimentos imobiliários” permitidos aos FII:

[...]

23 Importante ressaltar, neste ponto, que a lista ampliada dos empreendimentos imobiliários da CVM não exigiu alterações na Lei nº 8.668/93, sendo, portanto, perfeitamente adequada a essa norma. Ou seja: à medida que o mercado foi se desenvolvendo e se sofisticando, foram sendo incluídas novas categorias de empreendimentos permitidos aos FII, mas sempre em consonância com o espírito da legislação desse tipo de fundo, qual seja: desenvolver o mercado imobiliário por meio do sistema financeiro. Todos os empreendimentos imobiliários listados pela ICVM 472 estão em harmonia com essa premissa fundamental.

24 Esse ponto é muito importante, repise-se: a legislação dos FII foi construída em torno da pulverização do financiamento da atividade imobiliária, da participação dispersa e não concentrada dos agentes econômicos, da utilização da poupança popular para o desenvolvimento desse mercado. Em troca, foram concedidos benefícios fiscais para incentivar essa dispersão de investidores, tanto na entrada (aquisição de ativos do fundo), quanto na saída (distribuição dos resultados). Em resumo, a evolução da legislação aplicável mostra que os FII não foram criados para perpetuar o sistema vigente, de altíssima concentração de recursos e ativos imobiliários: fosse assim, não teriam razão de existir, pois apenas estariam aumentando a desigualdade, concedendo isenção para empresas e famílias já abastadas.

25 Se empresas e famílias possuidoras de inúmeros imóveis utilizarem a estrutura de um FII 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):

[...]

27 Antes de analisar detalhadamente cada ponto da regra, vale mencionar a “Exposição de motivos” do legislador:

[...]

28 Note-se que o espírito da norma é evitar “concorrência predatória dos referidos fundos com pessoas jurídicas que exploram as mesmas atividades”. Ora, está claro que os FII, ao violarem a regra de 25%, promovem concorrência predatória com o mercado imobiliário, por serem entidades tributariamente beneficiadas. Mas quem são as pessoas jurídicas e quais as mesmas atividades que o legislador menciona?

29 Não é difícil estabelecer que as pessoas jurídicas mencionadas são as empresas e companhias que desempenham atividades no ramo imobiliário e sofrem tributação aplicável a qualquer outra empresa. Essas pessoas jurídicas podem atuar tanto no ramo da construção quanto na incorporação de imóveis. E com mais razão ainda, podem ser sócios, proprietários desses imóveis, dos títulos que os representam, auferindo renda de aluguéis ou venda lucrativa. Isso significa que apenas pessoas jurídicas estariam sujeitas à regra? Evidente que não, a lei não impôs essa restrição, sendo essa uma interpretação completamente equivocada. Pode-se perfeitamente conceber uma pessoa física como construtor, incorporador ou sócio (proprietário) do empreendimento. É o que, aliás, diz a lei 4.591/64 acerca do incorporador:

[...]

30 Portanto, independentemente de ser uma pessoa física ou jurídica, basta, para violar a regra de 25%, que tal pessoa tenha desempenhado, direta ou indiretamente, algum desses papéis em empreendimentos que receberam investimento do FII e se torne cotista majoritário desse mesmo fundo. Note-se que a exposição de motivos da Lei 9.779/99 esclarece que a regra evita a concorrência predatória dos FII “com” as pessoas jurídicas; não “das” pessoas jurídicas cotistas do FII: a vedação é de concorrência dos FII com as pessoas jurídicas. Pouco importa a natureza do cotista.

31 Quanto às atividades mencionadas (mesmas atividades), são todas aquelas que compõem o mercado imobiliário, notadamente as de construção, incorporação,

venda e locação dos imóveis, com o fim último de obter renda com essas atividades.

32 Evidente que para o legislador tributário, atividade imobiliária – quando menciona as “mesmas atividades” – refere-se tanto a construção e incorporação, quanto às demais atividades relacionadas como venda e locação de bens imóveis. É o que dizia a ICVM 205, de 1994, referindo-se a “empreendimentos imobiliários, tais como construção de imóveis, aquisição de imóveis prontos, posterior alienação, locação ou arrendamento”.

33 Portanto, a intenção do legislador, ao impor aos FII a regra de 25%, foi vedar a concorrência predatória desses fundos com empresas do setor imobiliário, seja nas atividades de construção e incorporação, seja nas demais atividades, de compra e venda e locação, com imóveis ou títulos representativos de sua propriedade

34 Se, de fato, era absolutamente necessária a imposição de limites à concorrência predatória, já explicitada na exposição de motivos da Lei 9.779/99, nos primórdios dos FII, hoje, com um mercado de cerca de 180 bilhões de reais em patrimônio e presença de milhares de cotistas, há a necessidade de se cumprir de forma ainda mais rigorosa a separação entre empresas do setor (tributadas) e FII (isentos), observando rigorosamente a regra de 25% e as demais normas que regulam o setor.

35 O abuso dos FII acentuaria a concentração do mercado imobiliário, que a regulamentação legal objetivou reduzir. E, não bastasse a natural concentração, o uso ilegítimo dos FII aumentaria pela fruição de um benefício indevido. Não se pode pensar em nada mais contrário ao espírito da norma e ao desenvolvimento do setor imobiliário no Brasil do que a violação da regra de 25% pelos FII.

36 Importa agora aprofundar os conceitos mais disputados nessa relação: as figuras do incorporador, construtor e sócio. E, nesse ponto, não há como não fazer remissão à Lei 4.591/64, que é a chamada Lei dos Condomínios, que trouxe pela primeira vez a figura do incorporador ao direito brasileiro. Estabelece o art. 29 da Lei 4.591:

[...]

37 O importante é observar que o incorporador é um ator central na edificação de empreendimentos imobiliários, cercado de duas outras figuras também fundamentais: a do construtor e a do proprietário do terreno onde se dará a obra. É o que se vê no artigo 31 da mesma lei, que define quem pode ocupar esse papel:

[...]

38 Vemos como nesse texto legal aparecem, de forma paralela, os três elementos da regra de 25%, sendo o incorporador claramente definido e delimitado, o construtor também contextualizado podendo inclusive se confundir com o

incorporador; e o proprietário do terreno, ou seja, o dono, proprietário ou sócio do empreendimento. São os mesmos três elementos da regra de 25%, com uma diferença importante em relação ao último:

- Incorporador: responsável pelo planejamento da obra comercialização das unidades produzidas;
- Construtor: responsável pela construção;
- Proprietário do terreno: que seria o sócio do empreendimento, é aquele que possui o terreno onde se dará a obra que proporcionará resultados futuros para si em troca de permissão da construção

39 Assim, 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.

44 Ainda, o art. 2º da Lei nº 9.779/99 traz regra antielisiva, cujo desiderato consiste em evitar o uso dos fundos de investimento imobiliário por pessoas físicas ou jurídicas para a obtenção de redução tributária, em prejuízo da concorrência. Requer, para sua melhor execução, a superação do formalismo jurídico na avaliação do contexto fático, de modo a evitar a utilização, para fins de aproveitamento de benesse tributária, de fundos de investimento imobiliário que não foram constituídos a partir da comunhão de recursos captados junto aos investidores para a aplicação em empreendimentos imobiliários.

45 O que se pretendeu evitar, por meio da norma especial antielisiva, é a cumulação da posição jurídica de quotista relevante de fundo de investimento imobiliário (definido como aquele que possui, isoladamente ou em conjunto com pessoa a ele ligada, mais de 25% das quotas do fundo) com a pessoa do incorporador, construtor ou sócio do mesmo empreendimento imobiliário.

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 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.

Receitas de Ajuste a Valor Justo

49 As demonstrações financeiras auditadas do FUNDO, referentes ao ano de 2018, registram valores relevantes a título de ajuste a valor justo-AVJ. Essas receitas, atendidas determinadas condições não necessitam ser oferecidos a tributação. É o que preceitua o art. 13 da Lei nº 12.973/14:

[...]

50 O texto legal é cristalino: 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.

51 Em julgamento expresso no Acórdão nº 1301-004.091, o Conselho Administrativo Fiscais – CARF tratou dessa questão. Pedimos licença para reproduzir excerto do voto vencedor que abordou brilhantemente a necessária e obrigatória tributação da receita decorrente da AVJ na ausência da individualização por subconta:

[...]

52 Acrescente-se às disposições legais e a fundamentação expostas acima, a recusa da contribuinte em apresentar as obrigações acessórias contendo sua escrita fiscal. Não restou alternativa senão lançar imediatamente os tributos incidentes sobre as receitas resultantes da avaliação a valor justo, registradas globalmente pelo FUNDO no ano de 2018.

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

53 A competência da Receita Federal para exigir prestações, positivas ou negativas, no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos está autorizada no artigo 16 da Lei nº 9.779/99:

[...]

54 Intimamos a administradora 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. Em resposta, alegou-se desconhecer infringência à norma isentiva e que, portanto, para o fundo, não podendo ser equiparado a pessoa jurídica, nenhuma obrigação acessória seria devida.

55 Porém, 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. É o que dispõe inclusive o Ato Declaratório SRF nº 02 de 2000.

“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 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 recurso 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

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:

[...]

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 de duas diferentes normas que tratam das sanções pecuniárias devidas em razão da não entrega da EFD-Contribuições. Para os inadimplementos verificados até 30/05/2018, impõe-se as disposições contidas no artigo 57 da MP 2.158-25:

[...]

59 Artigo 57 da MP 2158-35/2001:

[...]

60 Com a promulgação da Lei nº 13.670/2018, vigente a partir de 30/05/2018, passamos a ter as penalidades previstas no art. 12 da Lei 8.218 de 1991 para as situações de não entrega das EFD-contribuições:

[...]

Escrituração Contábil Fiscal - ECF

61 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:

[...]

62 Dispõe o art. 8º-A do DL 1.598/77:

[...]

Escrituração Contábil Digital - ECD

63 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:

[...]

64 O art. 12 da Lei 8.218 de 1991 impõe as seguintes multas:

[...]

PIS e Cofins

65 A violação da regra de 25% implica, para fins tributários, a equiparação do FUNDO a pessoa jurídica, sujeitando as operações do FII à incidência das contribuições sociais Pis/Pasep e Cofins. A recusa da apresentação da escrita fiscal, mesmo após intimação, conduz à adoção do regime geral, de apuração não cumulativa da base de cálculo.

66 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.

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

[...]

68 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:

[...]

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

[...]

4. Houve a atribuição de responsabilidade tributária ao CREDIT SUISSE HEDGING-GRIFFO CORRETORA DE VALORES S.A., com base na seguinte fundamentação:

Responsabilidade Solidária

70 O Código Tributário Nacional – CTN, nos artigos 113, 121 e 124, dispõe cuidadosamente quanto à relação jurídica existente entre o sujeito passivo e o Fisco:

[...]

71 A legislação ordinária, direcionada especificamente à regulamentação dos fundos imobiliários, atribui à administradora ampla competência na gestão. O art. 14 da Lei 8.668/93 estabelece:

“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.”

72 A norma tributária, por sua vez, em contraponto a profusa atribuição de poderes à administradora do fundo imobiliário, determinou, no art. 4º da Lei nº 9.779/99, suas obrigações perante o Fisco.

“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.”

73 Assim, é possível concluir que, por disposição expressa no art. 4º da Lei nº 9.779/99, em consonância com as normas gerais previstas nos artigos do CTN acima transcritos, a administradora do fundo é responsável solidária pelas obrigações tributárias, principais e acessórias do fundo imobiliário que gerencia.

74 Particularmente, no presente caso, a CREDIT SUISSE HEDGING-GRIFFO, administradora do FUNDO no período, detinha as informações necessárias e suficientes para chegar às reais proprietárias do empreendimento imobiliário e das cotas do FII e, por consequência, concluir pela clara infringência da regra estatuída no artigo 2º da Lei 9.779/99.

5. Os Recorrentes apresentaram as suas Impugnações (fls. 2.462/2.550 e 6.015/6.126), que foram parcialmente acolhidas pela DRJ, por meio de um *primeiro* acórdão (fls. 6.246/6.304).

6. Inconformados, os Recorrentes interpuseram seus Recursos Voluntários (fls. 6.318/6.440 e 6.447/6.545). Esta Turma Ordinária, por meio do Acórdão nº 1301-007.420 (fls. 6.916/6.945), acolheu preliminar de nulidade do acórdão proferido pela DRJ, por vício de fundamentação, determinando o retorno dos autos para novo julgamento, a fim de que fossem analisadas as questões essenciais suscitadas pelos Recorrentes.

7. Após o retorno dos autos à DRJ, foi proferido novo acórdão (fls. 6.955/7.027), ementado da seguinte forma:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2018

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: 2018

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: 2018

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

8. A DRJ manteve integralmente as exigências tributárias de IRPJ, CSLL, Contribuição ao PIS e Cofins, bem como a imputação de responsabilidade tributária. Com relação às multas regulamentares, manteve integralmente aquelas relativas à EFD-Contribuições e à ECD, mas reduziu a penalidade relativa à ECF, de R\$ 8.821.229,86 para R\$ 5.000.000,00. Não houve interposição de Recurso de Ofício, porque o valor reduzido é inferior ao estabelecido na Portaria MF nº 2/2023. Apesar de ter mantido integralmente a sua conclusão anterior, tratou expressamente dos pontos mencionados por esta Turma Ordinária como ausentes de fundamentação adequada (itens 131 a 158).

9. Inconformada, a Recorrente CREDIT SUISSE HEDGING-GRIFFO CORRETORA DE VALORES S.A. interpôs Recurso Voluntário (fls. 7.043/7.121), cujas razões foram por ela sintetizadas da seguinte forma:

Argumentos preliminares

(i) Os autos de infração possuem vício de motivação insanável, já que não fica claro, no TVF, quem (ii.a) ocuparia a posição de incorporador, construtor ou sócio do

empreendimento imobiliário que recebe recursos do FII 2509 e (ii.b) deteria mais de 25% das suas cotas;

(ii) Ainda que seja superado o vício de motivação apontado acima, os autos de infração padecem de iliquidez e incerteza, pelos seguintes motivos:

a. Houve erro na determinação da base de cálculo dos tributos lançados, já que o Fisco não poderia ter se valido do lucro real trimestral. Isso porque não se assegurou ao FII a possibilidade de optar pelo regime do lucro presumido, caso fosse considerado mais vantajoso;

b. Ainda que o argumento anterior seja superado, era obrigação do Fisco observar o regime do lucro arbitrado, cuja adoção é obrigatória quando o sujeito passivo não apresenta os livros e documentos exigidos (cf. o inciso III do artigo 47 da Lei nº 8.981/95);

c. Caso prevaleça a adoção do lucro real trimestral, então será necessário reconhecer a existência de erro na determinação das bases de cálculo do PIS e da COFINS, dado que a d. Autoridade Fiscal não apurou os créditos inerentes ao regime não cumulativo, consoante o artigo 3º das Leis nºs. 10.637/02 e 10.833/03;

d. O auto de infração que cobra multa por não entrega da ECF possui claro vício material. Afinal, a d. Autoridade Fiscal não observou o artigo 8º-A, § 1º, inciso II, do DL nº 1.598/77, que estabelece limites no critério quantitativo da multa (i.e., R\$ 5.000.000,00);

e. Os autos de infração que exigem as multas por ausência de entrega da ECD e da EFD-Contribuições também possuem claro vício de motivação, dado que aos fatos narrados não se amoldam à norma utilizada pelo Fisco (i.e., o artigo 12, inciso III, da Lei nº 8.218/91). Nos casos em que o sujeito passivo, embora intimado, não cumpre as obrigações acessórias correspondentes, deve-se aplicar a multa do artigo 57, inciso II, da Medida Provisória nº 2.158- 35/2001 (“MP nº 2.158/01”);

f. Subsidiariamente, na hipótese de as preliminares arguidas serem afastadas pelos Srs. Julgadores, requer-se, ao menos, a redução do crédito tributário exigido por meio do recálculo dos tributos exigidos segundo a sistemática do lucro arbitrado ou presumido;

A Inaplicabilidade do artigo 2º da Lei nº 9.779/99

(iii) Quanto ao mérito, verifica-se que os elementos da regra de equiparação não foram preenchidos, na medida em que as Srs. Rosana, Renata e Regina jamais foram cotistas do FII 2509, tampouco ocuparam a posição de construtoras, incorporadoras ou sócias do empreendimento imobiliário explorado pelo FII;

a. Em relação à contribuição para o PIS e à COFINS, sequer cabe cogitar a aplicação da regra em questão, que alcança exclusivamente o IRPJ e a CSL;

(iv) Ainda que se considere a situação de conflito, fato é que o pressuposto que ensejou a edição da norma antielisiva específica (i.e., evitar a concorrência predatória dos FII com pessoa jurídica que exerça as mesmas atividades) nem sempre se verifica, já que a utilização do FII não traz, automaticamente, vantagens tributárias ao cotista;

(v) Se, todavia, prevalecer a tributação pelo lucro real, então é necessário assegurar ao FII a possibilidade de elaborar e apresentar a ECD e ECF com a demonstração de controle, nas subcontas correspondentes, dos ganhos decorrentes de AVJ. Cabe destacar tais documentos não foram apresentados pelo FII 2509 porque inexistia, à época, o dever de elaborá-los, dado o regime a ele aplicável. Definida a aplicação da regra de equiparação, deve-se conceder a oportunidade de produção da escrituração contábil e fiscal; a. Independentemente do acima exposto, os ganhos decorrentes de AVJ deverão ser excluídos da apuração realizada, pois não há, juridicamente, renda realizada e, portanto, disponível. Dessa forma, descabe cogitar a ocorrência do fato jurídico tributário do IRPJ e da CSL sobre tais receitas;

(vi) Da mesma forma, devem ser calculados os créditos de PIS e COFINS sobre gastos que possam ser considerados insumos, nos termos do artigo 3º, inciso II, das Leis nºs 10.637/02 e 10.833/03;

(vii) As multas por descumprimento de obrigação acessória jamais poderiam ser aplicadas, uma vez que, nos anos autuados, o FII não estava obrigado a elaborar e apresentar a ECF, ECD, DCTF ou EFD-Contribuições;

a. Mesmo que prevaleça a aplicação da regra de equiparação, a apresentação dos referidos documentos tem efeitos para o futuro, não podendo alcançar fatos pretéritos;

b. Em última análise, cabe revisar as penalidades aplicadas, seja porque há bis in idem com as multas impostas pela ausência de entrega de ECD e EFD-Contribuições, seja porque descabe exigir as multas impostas em razão da suposta ausência de entrega da ECD e da ECF em conjunto com a multa de ofício, por força do princípio da consunção, seja, ainda, pela necessidade de observância dos limites máximos impostos pela legislação para a aplicação de cada uma das penalidades;

Parte B – Questões relativas à solidariedade

(viii) Preliminarmente, o auto de infração possui vício material insanável, dado que a d. Autoridade Fiscal não efetuou a adequada subsunção dos fatos narrados à norma que considera aplicável. Ao alegar que a Recorrente possuía as informações necessárias para alcançar as “reais proprietárias do empreendimento imobiliários e das cotas do FII” (fl. 2.288), o Fisco não demonstra como tal fato se adequa à hipótese do artigo 4º da Lei nº 9.779/99;

(ix) No mérito, o artigo 4º da Lei nº 9.779/99 não imputa responsabilidade solidária à administradora de Fundos Imobiliários, tratando-se de mera alocação pelo cumprimento de obrigações tributárias em nome do FII, que não possui personalidade jurídica;

a. No limite, o dispositivo em questão revelaria responsabilidade de terceiro, nos termos do artigo 134 do CTN, sempre aplicável em caráter subsidiário. No presente caso, a regra é inaplicável devido à ausência de demonstração da impossibilidade de o contribuinte (i.e., o FII) arcar com o crédito tributário exigido, bem como da ausência de indicação dos atos ou omissões pelos quais a Recorrente seria responsável;

(x) Por fim, caso prevaleça a responsabilidade atribuída à Recorrente, o que se admite apenas em caráter hipotético, cabe limitá-la ao período em que efetivamente administrou o FII, ou seja, até 17/01/2019, quando deixou o posto de administradora. A adoção desse entendimento implica reconhecer, principalmente, a improcedência das multas lançadas, já que, após essa data, cumpria à nova administradora entregar as obrigações acessórias.

10. O 2509 FUNDO DE INVESTIMENTO IMOBILIÁRIO também interpôs Recurso Voluntário (fls. 7.139/7.243), sustentando fundamentalmente o seguinte:

Preliminares

(i) Nulidade do lançamento por ausência de fundamentação/motivação, pois a simples descrição dos “procedimentos de auditoria” pela Autoridade Fiscal não basta para fundamentar a autuação, **sendo necessária a devida subsunção dos fatos analisados à norma aplicada**, o que, como demonstrado pelo Recorrente em sua Impugnação, não ocorreu no presente caso. Nesse sentido, a Autoridade Fiscal deixou de explicar **(a)** quem, em seu entendimento, seria(m) o(s) cotista(s) relevante(s) (com participação de 25% ou mais no Recorrente) que, por sua vez, **(b)** 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. Além do vício de motivação em relação à incidência da Regra de Equiparação da tributação dos FII à tributação das pessoas jurídicas (artigo 2º da Lei nº 9.779/1999), também se verifica que não restaram claras as razões pelas quais a Autoridade Fiscal entendeu que a constituição e o funcionamento do Recorrente estariam contrários ao “espírito” da Lei nº 8.668/1999 e nem qual seria a implicação de tal “contrariedade” no caso concreto. Ainda, a Autoridade Fiscal, de forma contraditória, afirma no item 48 do TVF que, não está a desconsiderar o fundo de investimento, deixando claro, portanto, não existir qualquer ilegalidade no procedimento adotado pelo Recorrente;

(ii) Nulidade do lançamento por falta de liquidez e certeza, vez que teriam sido cometidos diversos equívocos pela Autoridade Fiscal, como **(a)** negativa de vigência ao art. 8º-A, § 1º, II, do Decreto-lei nº 1.598/77 na aplicação da multa regulamentar por não

apresentação da ECF, sendo vedada a sua redução pela DRJ por se tratar de vício que afeta os pressupostos de validade da autuação, **(b)** impossibilidade de apuração do lucro pela sistemática do lucro real e necessidade de apuração da Contribuição ao PIS e da Cofins pelo regime cumulativo, **(c)** desconsideração de créditos de PIS e Cofins sobre despesas no regime não cumulativo.

(iii) Nulidade por ilegitimidade passiva do Recorrente, por ausência de personalidade jurídica do FII.

Mérito

(iv) Inicialmente, seria necessário esclarecer que “as ideias apresentadas pela Autoridade Fiscal quanto à finalidade, ou o ‘espírito’, da lei instituidora dos FII não possuem qualquer implicação quanto à possibilidade ou não da tributação dos resultados do Recorrente pelo IRPJ, CSLL, PIS e COFINS.” Tanto que a DRJ sequer teria se pronunciado sobre este aspecto, limitando-se a analisar a aplicação da regra de equiparação. Assim, este Carf também deveria se limitar a este ponto. Porém, mesmo que não haja implicação fiscal na referida violação ao “espírito” da Lei nº 8.668/1993, a Recorrente rebate tais alegações mencionando que **(a)** não há incompatibilidade teórica entre a natureza do fundo de investimento como uma comunhão de recursos e a existência de um cotista único (ou inexistência de pluralidade de cotistas) e **(b)** a desconsideração da validade e legitimidade da constituição e funcionamento do FII caberia exclusivamente à CVM (art. 4º da Lei nº 8.668/1993), conforme decidido no Acórdão nº 1302-002.053;

(v) Em seguida, o Recorrente passou a tecer considerações sobre os aspectos fáticos e a legislação aplicável aos FII, bem como precedentes deste Carf a respeito da caracterização da figura do “sócio” do empreendimento para fins de aplicação da regra de equiparação;

(vi) A regra de equiparação a pessoa jurídica seria inaplicável neste caso, pois **(a)** referida regra demanda que o cotista relevante figure cumulativa e concomitantemente como incorporador, construtor ou sócio do empreendimento imobiliário, **(b)** as Sras. Rosana, Renata e Regina não são cotistas do Recorrente, o que as impediria de serem qualificadas como “cotistas relevantes”, **(c)** além disso, não poderiam ser consideradas “sócias” do empreendimento, pois tanto a Autoridade Fiscal quanto a DRJ não teriam buscado qualificar as Sras. Rosana, Renata e Regina como “sócias” das sociedades que teriam incorporado e/ou construído o “São Paulo Corporate Towers”, **(d)** as situações em que um cotista relevante teria a propriedade do imóvel explorado pelo FII não se enquadraria na regra de equiparação, pois não corresponde a participação como “sócio” no empreendimento imobiliário, **(e)** as menções genéricas feitas pelo TVF (fls. 03) de que as Sras. Rosana, Renata e Regina teriam comandado o empreendimento ou estariam indiretamente envolvidas não seriam suficientes para enquadrar a situação na regra de equiparação, **(f)** igualmente, seria improcedente a alegação da DRJ de que o fato

dessas pessoas físicas controlarem indiretamente o FII tornaria aplicável a regra de equiparação, **(g)** para qualificar as Sras. Rosana, Renata e Regina como “cotistas relevantes”, a Autoridade Fiscal e a DRJ desconsideraram que o 201016 FIM é o único cotista do Recorrente, o que demandaria a configuração de “simulação”, “fraude à lei”, “abuso de direito” ou “ausência de causa”, não feita no caso concreto;

(vii) A tributação da avaliação a valor justo (AVJ) é ilegítima, pois o fato gerador do IRPJ e da CSLL depende da aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica de renda, conforme o art. 43 do CTN. Isso estaria demonstrado **(a)** pelos aspectos contábeis da avaliação de ativos e passivo pelo valor justo, **(b)** aspectos tributários, **(c)** ausência de renda/receita decorrente de AVJ, **(d)** registro correto em conta contábil específica, bem como em subconta, tornando possível a visualização do controle de AVJ feito pelo Recorrente;

(viii) A aplicação de multa por descumprimento de obrigação acessória seria ilegítima, pois **(a)** inexistente dever de apresentação da ECF, EFD-Contribuições e ECD, vez que os FII não são dotados de personalidade jurídica, sendo que se verifica uma tentativa indevida de obrigar o Recorrente a adotar forçadamente o entendimento jurídico das autoridades acerca da aplicabilidade da regra de equiparação e **(b)** mesmo que fosse procedente a equiparação, as multas aplicadas seriam indevidas, pois “as obrigações acessórias somente poderiam ser exigidas a partir da autuação fiscal”, vez que houve modificação do critério jurídico aplicável (art. 146 do CTN);

(ix) Subsidiariamente, no que refere à ausência de entrega da ECF, haveria descumprimento do art. 8º-A, § 1º, II, do Decreto-lei nº 1.598/1977;

(x) Haveria *bis in idem* ilegítimo na aplicação concomitante das multas, pois se trataria de uma única violação ao art. 11 da Lei nº 8.218/1991;

(xi) A multa que deveria ser aplicada pela não apresentação de EFD-Contribuições e da ECD seria aquela prevista no art. 57 da Medida Provisória nº 2.158-35/2011;

(xii) Mesmo que fosse possível desconsiderar os demais argumentos, as penalidades impostas também seriam descabidas, por violação aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, por ausência de prejuízo à Administração Tributária ou ao Erário;

(xiii) Em caso de dúvida verificada pela manutenção do lançamento por decisão não unânime, a exigência de penalidades violaria o art. 112 do CTN;

(xiv) Uma vez já imputada multa de ofício, deve ser aplicada a absorção/consunção das demais penalidades, sob pena de ocorrência de *bis in idem* ilegítimo.

11. Em seguida, a PGFN apresentou Contrarrazões aos Recursos Voluntários (fls. 7.561/7.615), defendendo o lançamento fiscal e o acórdão recorrido e rebatendo as alegações dos Recorrentes.
12. Houve manifestação posterior do responsável tributário, se insurgindo contra algumas das alegações apresentadas pela PGFN nas suas Contrarrazões (fls. 7.620/7.630).
13. É o relatório.

VOTO VENCIDO

Conselheiro **Eduardo Monteiro Cardoso**, Relator

14. Os Recursos Voluntários foram interpostos tempestivamente, por procuradores devidamente habilitados. Assim, presentes os pressupostos formais, conheço o recurso.
15. Como relatado, trata-se de exigência de IRPJ, CSLL, Contribuição ao PIS e Cofins em função da equiparação do 2509 FII à pessoa jurídica, nos termos do art. 2º da Lei nº 9.779/1999. Houve a responsabilização tributária do CREDIT SUISSE HEDGING-GRIFFO CORRETORA DE VALORES S.A. com fundamento nos arts. 113, 121 e 124 do Código Tributário Nacional, no art. 14 da Lei nº 8.668/1993 e no art. 4º da Lei nº 9.779/1999. Passo, a seguir, a analisar as alegações recursais.

I. Preliminares de nulidade do lançamento fiscal

16. Tendo em vista que as preliminares arguidas pelo contribuinte e pelo responsável tributário se sobrepõem em muitos aspectos, passo a analisar conjuntamente referidas alegações.

I.1. NULIDADE POR VÍCIO DE MOTIVAÇÃO OU FUNDAMENTAÇÃO

17. O Recorrente 2509 FII arguiu a nulidade do lançamento de ofício, por ausência de motivação/fundamentação, pois, a respeito da “Acusação Fiscal 1”, não seria possível compreender com clareza a motivação e a conclusão da Autoridade Fiscal sobre a aplicação da regra de equiparação do art. 2º da Lei nº 9.779/1999. De acordo com o Recorrente, faltou explicitar (i) quem seriam os cotistas relevantes, com participação acima de 25% e (ii) quem desses cotistas figurou como incorporador, construtor ou sócio de empreendimento imobiliário. Coube ao Recorrente supor que os cotistas relevantes e sócias do empreendimento imobiliário seriam as Sras. Rosana, Renata e Regina. Igualmente, não estariam claras as razões pelas quais a Autoridade Fiscal entendeu que a constituição e funcionamento do FII estariam contrários ao “espírito” da Lei nº 8.668/1999 e nem qual seria a consequência desta contrariedade no caso concreto.
18. O Recorrente CREDIT SUISSE HEDGING GRIFFO também sustenta o vício de fundamentação do lançamento, reiterando a ausência de explicitação da aplicação do art. 2º da Lei nº 9.779/1999.

19. Analisando o Termo de Verificação Fiscal (fls. 2.365/2.366), verifico que consta a seguinte fundamentação:

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 nºs 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).

5 Para administrar a construção do empreendimento, realizada por CAMARGO CORREA DESENVOLVIMENTO IMOBILIÁRIO S/A, empresa indiretamente controlada por PARTICIPAÇÕES MORRO VERMEHO, foi constituída, em 14/04/2010, a sociedade de propósito específico VIOL EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA, atual VIOL SPE S/A, diretamente pertencente à PMV (fls. 954 a 998)

6 Os direitos sobre os terrenos que suportaram a edificação foram transferidos, em 08/09/2010, pela PMV à VIOL a título de conferência de bens para aumento de capital. Esses mesmos imóveis foram dados pela VIOL em alienação fiduciária para o “PMV FUNDO DE INVESTIMENTO IMOBILIÁRIO – FII, conforme AGE datada de 20/12/2013 (fls. 982 a 987), o que representou a integralização de 137.715 cotas do FUNDO. Ultimada a construção, os edifícios foram destinados ao pagamento das 1.347.400 cotas restantes.

7 Em 20/10/2016, 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.

20. Ou seja, a Fiscalização deixou claro, logo no início do TVF, que a aplicação da regra de equiparação se deu porque as Sras. Rosana, Renata e Regina foram consideradas cotistas relevantes do 2509 FII e, ao mesmo tempo, proprietárias da Participações Morro Vermelho, controladora da SPE responsável pelo empreendimento imobiliário.

21. Se os elementos trazidos pela autuação são suficientes para a aplicação da regra de equiparação do art. 2º da Lei nº 9.779/1999 é questão que diz respeito à própria correção ou não da aplicação deste preceito normativo, relativo ao *mérito* da exigência. Porém, não há que se falar em nulidade por ausência de apresentação dos pressupostos fáticos e jurídicos que fundamentaram a autuação, como pretendem os Recorrentes, vez que estes estão presentes no TVF, permitindo adequadamente o exercício do contraditório e da ampla defesa. Tanto é assim que foi possível aos Recorrentes compreender adequadamente a infração e questionar diretamente a conclusão da Fiscalização, não havendo preterição ao seu direito de defesa para a anulação do ato (art. 59, II, do Decreto nº 70.235/1972).

22. A respeito da contrariedade ao “espírito” da Lei nº 8.668/1993, a Fiscalização pretendeu demonstrar os objetivos da legislação enquanto meio de estímulo ao financiamento do mercado imobiliário, apontando os eventuais prejuízos de utilização desta estrutura de forma concentrada pelos proprietários dos empreendimentos imobiliários. Houve, nesse sentido, um reforço argumentativo que em nada macula o lançamento de ofício.

23. Diante do exposto, rejeito a alegação de nulidade.

I.2. NULIDADE POR FALTA DE LIQUIDEZ E CERTEZA DA AUTUAÇÃO

24. O Recorrente 2509 FII alegou nulidade por ausência de liquidez e certeza da autuação, pois teriam sido cometidos equívocos no lançamento que teriam violado o art. 142 do CTN.

25. Primeiro, o Recorrente alegou a impossibilidade de apuração do IRPJ e da CSLL pelo lucro real e da Contribuição ao PIS e da Cofins pelo regime não cumulativo. Nesse sentido, haveria vício material nos termos do art. 142 do CTN, sendo caso de nulidade do lançamento. Para fundamentar esta alegação, sustentou que não havia subsídios para a Autoridade Fiscal apurar o lucro real, pois o 2509 FII não apresentou ECF, EFD-Contribuições, DCTF e ECD. A ausência destes documentos deveria levar à apuração dos tributos pelo lucro arbitrado, com a consequente adoção do regime cumulativo para a Contribuição ao PIS e a Cofins.

26. O Recorrente CREDIT SUISSE HEDGING GRIFFO apresentou alegação no mesmo sentido, afirmando que o regime do lucro arbitrado não é uma opção, mas uma determinação da legislação nas hipóteses legais, sendo que a situação do contribuinte se enquadraria no art. 44, III, da Lei nº 8.981/1995. Porém, acrescentou que deveria ser permitido ao contribuinte optar pela apuração pelo regime do lucro presumido. Isso porque, antes da autuação, não havia obrigação do 2509 FII de apresentar opção com a determinação do seu regime tributável. Somente com a autuação e a

equiparação prevista no art. 2º da Lei nº 9.779/1999 é que referida obrigação teria surgido, razão pela qual a Autoridade Fiscal deveria ter aberto prazo para que o Fundo manifestasse a sua preferência. Seria situação análoga àquela prevista para o Simples Nacional.

27. Analisando o procedimento de Fiscalização, verifico que o Termo de Intimação Fiscal nº 02 intimou o 2509 FII, na pessoa do seu administrador, para apresentar a relação de cotistas e seus respectivos percentuais de participação (fls. 588). A partir dessa resposta, o TIF nº 03 (fls. 683/685) entendeu que teriam sido informados como beneficiários finais pessoas físicas envolvidas no empreendimento, atraindo a incidência do art. 2º da Lei nº 9.779/1999. Nesse sentido, intimou o contribuinte para que:

- a. Elabore e transmita a Escrituração Contábil Fiscal (ECF) e a Escrituração Fiscal Digital das Contribuições (EFD-Contribuições), com o preenchimento de todas as fichas cabíveis referentes às informações cadastrais, contábeis e fiscais, informando os respectivos números dos recibos;
- b. Elabore e transmita a Declaração de Créditos e Débitos Fiscais (DCTF), com o preenchimento de todas as fichas cabíveis para a declaração dos valores devidos dos tributos e contribuições federais, informando o número do recibo;
- c. Se cabível, elabore e transmita a Escrituração Contábil Digital (ECD), informando o número do recibo;
- d. Informe o regime de tributação adotado para IRPJ e CSLL, tanto em relação à frequência, se trimestral ou anual, quanto em relação ao modo de apuração, se Lucro real ou presumido;**
- e. Informe o regime de tributação adotado para PIS e COFINS, se cumulativo ou não-cumulativo;**
- f. Informe as eventuais receitas financeiras e as despesas e custos incorridos, em frequência mensal.

28. Portanto, houve a intimação para que o contribuinte informasse o regime de tributação aplicável. Em resposta (fls. 689/690), foi informado que o FII seria um ente sem personalidade jurídica, não submetido às regras de tributação da pessoa jurídica e que por isso as solicitações não seriam aplicáveis. Assim, a Fiscalização efetivamente assegurou ao contribuinte a possibilidade de optar pelo regime de tributação trimestral ou anual ou pelo lucro real ou presumido. Não procede a alegação do Recorrente no sentido de que o dever de opção somente surgiria com a autuação, vez que este entendimento inviabilizaria a exigência nos casos em que o autuado deixasse de efetuar tal opção, como ocorreu neste caso. Além disso, o art. 2º da Lei nº 9.779/1999 não condiciona a sua aplicação a um ato declaratório específico, como ocorre em alguns regimes de tributação diferenciados.

29. No que se refere à utilização do arbitramento, porém, entendo que a questão é mais tormentosa. O art. 47 da Lei nº 8.981/1995 prescreve as hipóteses cabíveis de apuração pela sistemática do lucro arbitrado:

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;

IV - o contribuinte optar indevidamente pela tributação com base no lucro presumido;

V - o comissário ou representante da pessoa jurídica estrangeira deixar de cumprir o disposto no § 1º do art. 76 da Lei nº 3.470, de 28 de novembro de 1958;

VII - o contribuinte não manter, 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.

VIII – o contribuinte não escriturar ou deixar de apresentar à autoridade tributária os livros ou registros auxiliares de que trata o § 2º do art. 177 da Lei no 6.404, de 15 de dezembro de 1976, e § 2º do art. 8º do Decreto-Lei no 1.598, de 26 de dezembro de 1977.

30. De acordo com a jurisprudência deste Carf – bem mencionada pela PGFN nas suas Contrarrazões –, o arbitramento do lucro é uma medida extrema, só podendo ser aplicada quando não houver possibilidade de se apurar o imposto por outro regime de tributação:

LANÇAMENTO PELO LUCRO REAL. ARBITRAMENTO DO LUCRO. IMPOSSIBILIDADE. Correto o lançamento de ofício pelo lucro real, pois o arbitramento do lucro é medida extrema e excepcional, devendo ser utilizado somente como último recurso, na impossibilidade de apuração do lucro real. (Acórdão nº 1301-004.088, Rel. Cons. José Eduardo Dornelas Souza, Sessão de 17/09/2019)

LUCRO ARBITRADO DE OFÍCIO. EXISTÊNCIA DE ESCRITURAÇÃO CONTÁBIL SUFICIENTE PARA APURAÇÃO DO LUCRO REAL. IMPRESTABILIDADE DA ESCRITA CONTÁBIL NÃO COMPROVADA. INSUBSISTÊNCIA DO LANÇAMENTO FISCAL. O arbitramento do lucro é uma medida extrema, excepcional, só aplicável quando não há possibilidade de apurar o imposto por outro regime de tributação. Não procede o arbitramento do lucro quando as razões indicadas pela fiscalização não são determinantes para fundamentar e comprovar a imprestabilidade da

escrituração contábil para apuração do lucro real. Sendo inaplicável a forma ou sistema de apuração do lucro utilizada pela autoridade autuante, não é possível manter o lançamento de ofício. (Acórdão nº 1301-003.468, Rel. Cons. Nelso Kichel, Sessão de 16/10/2018)

APURAÇÃO PELO LUCRO ARBITRADO. IMPRESTABILIDADE DA ESCRITA CONTÁBIL. NÃO COMPROVAÇÃO O arbitramento do lucro é uma medida extrema, só aplicável quando não há possibilidade de apurar o imposto o por outro regime de tributação, não podendo ser aplicado como penalidade. Improcede o arbitramento do lucro, quando as razões elencadas pela fiscalização não são determinantes para fundamentar e comprovar a imprestabilidade da escrituração contábil. Correta a decisão da DRJ. (Acórdão nº 1402-002.177, Rel. Cons. Demetrius Nichele Macei, Sessão de 03/05/2016)

31. Neste caso, a Fiscalização entendeu que os elementos disponíveis permitiriam a apuração pelo 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” (fls. 2.380).

32. Analisando a apuração do IRPJ e da CSLL (fls. 2.386/2.387), verifica-se que a Fiscalização partiu dos Informes Trimestrais entregues à CVM (fls. 1.935/1.982), acrescentando a dedução do PIS/Cofins constituído. No que diz respeito à passagem do lucro líquido contábil para o lucro real, não houve qualquer ajuste:

LUCRO LÍQUIDO ANTES DO IRPJ	10.903.244,63	13.246.997,41	32.148.517,79	718.278.290,32
(+) ADIÇÕES				
(-) EXCLUSÕES				
LUCRO REAL ANTES DA COMPENSAÇÃO DE PREJUÍZOS	10.903.244,63	13.246.997,41	32.148.517,79	718.278.290,32

33. Nesse sentido, os Recorrentes alegam que a ausência do Lalur tornaria imprescindível o arbitramento.

34. De fato, verificando as hipóteses do art. 47 da Lei nº 8.981/1995, o inc. VIII faz referência expressa, enquanto hipótese de arbitramento, à falta de escrituração ou de apresentação dos livros auxiliares para apuração do lucro real, referidos no art. 8º, § 2º, do Decreto-lei nº 1.598/1977 e no art. 177, § 2º, da Lei nº 6.404/1976.

35. Muito já se discutiu neste Carf a respeito dos impactos da ausência do Lalur na necessidade ou não de arbitramento. No Acórdão nº 9101-005.434 (Rel. Cons. Edeli Pereira Bessa, Sessão de 08/04/2021), a 1ª Turma da CSRF adotou, por unanimidade, o seguinte entendimento:

Como se vê, a necessidade do LALUR não foi sequer cogitada pela autoridade fiscal. Em seu entendimento, o resultado aferido a partir de receitas, despesas e custos já equivaleria ao lucro real, adicionando-se a esta apuração apenas a dedução dos débitos de Contribuição ao PIS e de Cofins apurados no procedimento fiscal, acerca dos quais, aliás, não cogitou da indedutibilidade em

razão da sua natureza de provisão decorrente da suspensão da exigibilidade pela possibilidade de impugnação ao lançamento tributário. O exame da descrição detalhada dos termos lavrados e documentos apresentados pelas fiscalizadas às e-fls. 118/125 do Relatório Fiscal não deixa dúvidas que somente foram apresentados à Fiscalização os Livros Diário e Razão, e que referências genéricas a “livros fiscais” diziam respeito, possivelmente, a Livros de Registro de Saídas, dado as intimações mencionarem, apenas, arquivos magnéticos relacionados a emissão de notas fiscais.

Assim, **não houve intimação para apresentação do LALUR que, reiteradamente desatendida**, justificasse o arbitramento dos lucros na forma do Acórdão nº 9101-002.597, **nem mesmo havia elementos disponíveis que permitissem à autoridade fiscal apurar o lucro real, na forma do Acórdão nº 1402-002.387 e das demais decisões nele referidas.** No presente caso o lucro contábil determinado pela reunião de elementos da escrituração das duas pessoas jurídicas prestou-se como lucro real sem a autoridade fiscal nem mesmo firmar presunção de que inexistiriam ajustes a serem feitos ao lucro líquido do exercício.

Em tais circunstâncias, não é possível afirmar que a escrituração era imprestável para determinação do lucro real na forma do art. 530, II, “b” do RIR/99, como quer a Contribuinte, assim como não é possível validar o procedimento fiscal, que nada diz acerca da desnecessidade de ajustes para equiparação do lucro contábil ao lucro real. É por essa via transversa que deve ser endossada a decisão de 1ª instância na parte em que afirma não ser possível a tributação na sistemática do lucro real quando não há evidência nos autos de que o LALUR tenha sido elaborado ou entregue ao Fisco. Em consequência, deve ser reformado o acórdão recorrido na parte em que diz haver elementos para apuração do lucro real. O procedimento fiscal foi insuficiente na motivação do crédito tributário exigido, o que impõe o cancelamento dos valores correspondentes ao IRPJ e à CSLL do 1º trimestre de 2006 ao 2º trimestre de 2007, por inobservância do art. 142 do CTN.

E, restando indefinida a sistemática de apuração do lucro no período de janeiro/2006 a junho/2007, não subsistem, também, as exigências de Contribuição ao PIS e de COFINS, calculadas na sistemática não cumulativa, dependentes da apuração do lucro real, por força do art. 8º, inciso II da Lei nº 10.637/2002 e art. 10, inciso II da Lei nº 10.833/2003.

36. Veja-se que, neste caso, a Fiscalização agiu de forma semelhante ao citado acima, adotando o lucro contábil enquanto lucro real sem se preocupar com a necessidade ou não da realização de ajustes. Assim, apesar de não se falar em imprestabilidade da documentação que deu fundamento à apuração do lucro real, entendo que se equivocou a Autoridade Fiscal ao não analisar a questão dos possíveis ajustes que deveriam ser realizados no lucro líquido contábil. Veja-se outro precedente analisando caso semelhante:

LUCRO PRESUMIDO. OPÇÃO INDEVIDA. LANÇAMENTO PELO LUCRO REAL. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS PARA SUA APURAÇÃO. ARBITRAMENTO. OBRIGATORIEDADE. CANCELAMENTO DA EXIGÊNCIA. Incabível o procedimento da autoridade fiscal de ignorar a falta de apresentação do Lalur pela fiscalizada, e partir para a apuração das diferenças de tributos pelo lucro real, tomando este pelo saldo da conta representativa de Lucros ou Prejuízos do Exercício, olvidando-se que tanto a apuração do lucro real quanto da base de cálculo da CSLL partem do resultado contábil, mas são sujeitas à adições e exclusões previstas em lei para a sua determinação. Inexistentes os elementos necessários para a determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLL, fosse ela trimestral ou anual, não restava outra alternativa à autoridade fiscal senão o arbitramento do lucro. (Acórdão nº 1302-002.283, Rel. Cons. Luiz Tadeu Matosinho Machado, Sessão de 20/06/2017)

37. Ainda, em casos nos quais este Carf manteve a apuração do lucro real na ausência de apresentação do Lalur, verifico que foi considerada a intimação e a resposta do contribuinte para que se manifestasse sobre possíveis ajustes:

Entendo estarmos diante de situação similar. A autoridade fiscal identificou que o contribuinte possuía escrituração contábil regular que permitia identificar o lucro líquido, **intimou o contribuinte a informar quais adições e exclusões deveriam ser feitas para apuração do lucro real, e procedeu ao ajuste de acordo com as informações prestadas pela próprio Recorrente.** Veja-se excerto do Termo de Verificação Fiscal: [...] (Acórdão nº 1402-002.387, Rel. Cons. Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Sessão de 14/02/2017)

38. Neste caso, não houve a preocupação com relação aos ajustes. Após a resposta ao TIF nº 03, no sentido de que o Recorrente não estaria obrigada a apresentar a sua escrituração contábil e fiscal, a Autoridade Fiscal lavrou os Autos de Infração, tomando o lucro líquido sem os ajustes como base de cálculo do IRPJ e da CSLL. Ou seja, não houve resposta do Recorrente a respeito dos possíveis ajustes na base de cálculo.

39. Ao assim proceder, entendo que a Fiscalização se equivocou, encerrando o procedimento de fiscalização sem verificar a questão dos ajustes e, com isso, adotando a sistemática do lucro real de forma precipitada, tomando o lucro contábil automaticamente como base de cálculo.

40. Nesse sentido, entendo que houve vício material no lançamento tributário realizado, que deve ser anulado por violação ao art. 142 do CTN, razão pela qual acolho a preliminar apresentada.

41. Entendo que o mesmo equívoco se verifica para a apuração da Contribuição ao PIS e da Cofins no regime não cumulativo, como apontaram os Recorrentes. A Fiscalização, apesar de utilizar tal regime de apuração, em momento algum intimou o contribuinte a se manifestar a respeito de possíveis créditos passíveis de creditamento (arts. 3º das Leis nº 10.637/2002 e 10.833/2003), tomando como base de cálculo a totalidade da receita bruta:

PIS E DA COFINS 2018						
Rubrica/mês	janeiro	fevereiro	março	abril	maio	junho
Rendas com Aluguéis	6.033.734,75	6.001.476,17	5.837.198,51	6.855.647,13	7.326.008,33	9.411.096,49
Rendas com Aluguéis Area Comum		197.665,43	52.337,19	113.735,79	135.058,69	175.364,51
Multa/Juros - imóvel Renda	637,23	0,00	3.331,00	2.659,50	997,54	5.379,52
Base de cálculo	6.034.371,98	6.199.141,60	5.892.866,70	6.972.042,42	7.462.064,56	9.591.840,52
Pis (alíquota: 1,65%)	99.567,14	102.285,84	97.232,30	115.038,70	123.124,07	158.265,37
Cofins (alíquota 7,60%)	458.612,27	471.134,76	447.857,87	529.875,22	567.116,91	728.979,88
Pis e Cofins sobre receita bruta	558.179,41	573.420,60	545.090,17	644.913,92	690.240,97	887.245,25
Rendimentos Cotas Fundos de Investimento	34.226,31	20.750,63	37.811,99	33.079,21	38.383,43	33.007,70
Base de cálculo	34.226,31	20.750,63	37.811,99	33.079,21	38.383,43	33.007,70
Pis (alíquota: 0,65%)	222,47	342,39	623,90	545,81	633,33	544,63
Cofins (alíquota: 4,00%)	1.369,05	830,03	1.512,48	1.323,17	1.535,34	1.320,31
Pis e Cofins sobre receita financeira	1.591,52	1.172,41	2.136,38	1.868,98	2.168,66	1.864,94
Total Cofins	459.981,32	471.964,79	449.370,35	531.198,39	568.652,24	730.300,19
Total Pis	99.789,61	102.628,22	97.856,20	115.584,51	123.757,39	158.810,00

42. Porém, pelos mesmos fundamentos citados acima a respeito dos ajustes que deveriam ser feitos na transposição do lucro líquido para o lucro real, entendo que a Fiscalização deveria ter intimado o Recorrente a apresentar demonstrativo dos créditos que deveriam ser abatidos para a apuração da base de cálculo da Contribuição ao PIS e da Cofins, o que não foi feito.

43. Segundo, o Recorrente Credit Suisse Hedging Griffo arguiu a nulidade das multas por falta entrega da ECD e ECF-Contribuições erro de direito, vez que a penalidade correta seria a do art. 57, II, da MP nº 2.158-35/2001 e não a do art. 12, III, da Lei nº 8.218/1991. Afirmou que a Fiscalização aplicou aquele fundamento tão somente para a ausência de EFD-Contribuições de 03/2018 a 05/2018, mas neste caso se equivocou no cálculo da multa, deixando de aplicar o limitador de R\$ 500,00 por mês-calendário.

44. Analisando o TVF, porém, verifico que a Fiscalização aplicou o limite de R\$ 500,00 por mês-calendário no caso das competências de 03/2018 a 05/2018, quando aplicou o art. 57, II, da MP nº 2.158-35/2001:

Multa EFD-Contribuições 2018			
Mês	janeiro	fevereiro	março
Data de vencimento da obrigação	10/03/2018	10/04/2018	10/05/2018
Data da autuação	22/12/2022	22/12/2022	22/12/2022
Qtd de meses em atraso	57	56	55
Valor da multa por mês	500,00	500,00	500,00
Multa devida	28.500,00	28.000,00	27.500,00

45. A respeito da relação entre as penalidades do art. 57, II, da MP nº 2.158-35/2001 e do art. 12, III, da Lei nº 8.218/1991, entendo corretas as razões utilizadas pela DRJ, que acolho como razões de decidir:

97. Verifica-se que o art. 57 da MP nº 2.158-35, de 2001, na redação dada pela Lei nº 12.783, de 2013 não contém as infrações relativas à não apresentação de

“declaração, demonstrativo ou escrituração digital” e que a conduta punível pelos arts. 11 e 12 da Lei nº 8.218, de 1991, é deixar de escriturar livros ou elaborar documentos de natureza contábil ou fiscal quando exigido o sistema de processamento eletrônico.

98. Logo:

- o art. 57 da MP nº 2.158-35, de 2001, na redação dada pela Lei nº 12.783, de 2013 constitui penalidade para a não apresentação de qualquer obrigação acessória instituída pela RFB ao arrimo do art. 16 da Lei nº 9.779/1999, isto é: regra geral;
- arts. 11 e 12 da Lei nº 8.218, de 1991 estabelece penalidade para o não cumprimento do dever de escriturar livros fiscais, entre os quais se encontram a EFD-Contribuições e a ECD, isto é: regra específica.

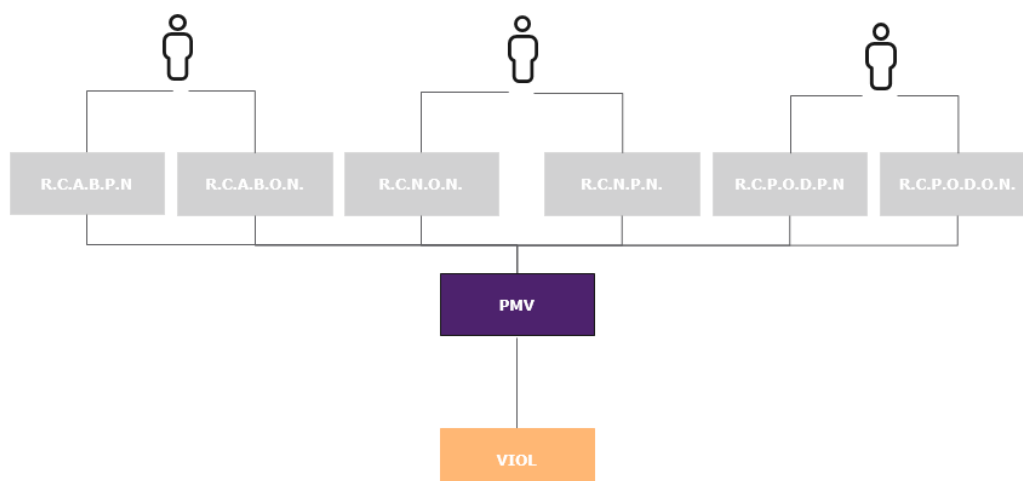
99. Assim, em razão da prevalência da regra específica sobre a geral, correta a aplicação das penalidades ao arrimo dos arts. 11 e 12 da Lei nº 8.218, de 1991.

46. Portanto, não há que se falar em erro de direito na aplicação da penalidade, razão pela qual rejeito a preliminar de nulidade.

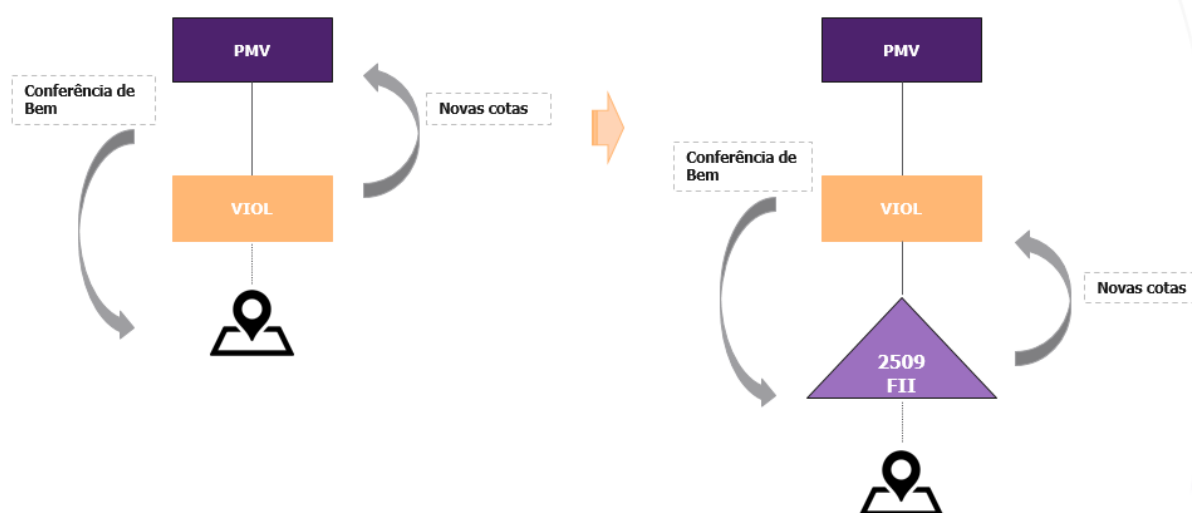
II. Mérito

II.1. SÍNTESE DOS ELEMENTOS FÁTICOS QUE FUNDAMENTARAM A AUTUAÇÃO

47. De acordo com a Fiscalização (fls. 2.268), a pessoa jurídica Participações Morro Vermelho S/A (PMV) era proprietária dos imóveis que constituíam o “Condomínio Centro Empresarial Camargo Corrêa”. A PMV seria 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. Estas pessoas jurídicas, por sua vez, seriam controladas pelas pessoas físicas Rosana, Renata e Regina, conforme apresentado pelo Recorrente 2509 FII nas suas razões:

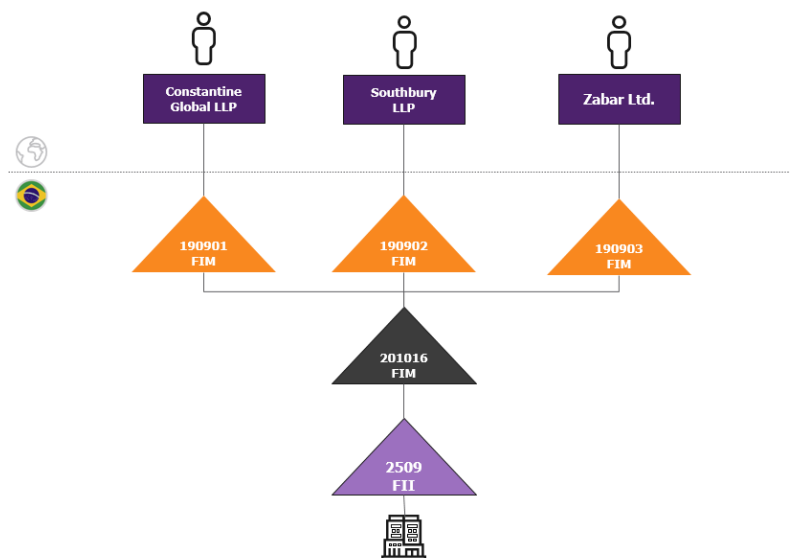


48. Em 08/09/2010, a PMV teria transferido os “terrenos que suportaram a edificação” para a Viol Empreendimentos Imobiliários Ltda. (“Viol SPE”), sociedade de propósito específico pertencente à PMV. Em 10/12/2013 houve a constituição do 2509 FII – anteriormente denominado PMV Fundo de Investimento Imobiliário – FII – e, em 20/12/2013, a Viol SPE lhe deu em alienação fiduciária os mesmos imóveis, integralizando 137.715 cotas do Fundo. A Fiscalização afirma que “ultimada a construção, os edifícios foram destinados ao pagamento das 1.347.400 cotas restantes”. Veja-se imagem presente no Recurso Voluntário do Recorrente 2509 FII:



49. Em 20/10/2016, iniciou-se uma reorganização, com a redução do capital social da Viol e a entrega das cotas do Fundo à PMV. Em seguida, a PMV também realizou redução de capital, entregando as mesmas cotas para as pessoas jurídicas (i) R.C.A.B.P.N.; (ii) R.C.N.P.N.; (iii) R.C.P.O.D.P.N.; (iv) R.C.A.B.O.N.; (v) R.C.N.O.N.; e (vi) R.C.P.O.D.O.N (fls. 807/808). No mesmo dia 20/10/2016, estas pessoas jurídicas reduziram o seu capital social nos mesmos valores recebidos pela PMV e entregaram as cotas do Fundo para as acionistas ROSANA CAMARGO DE ARRUDA BOTELHO, RENATA DE CAMARGO NASCIMENTO e REGINA DE CAMARGO PIRES OLIVEIRA.

50. Ato subsequente, as pessoas físicas citadas integralizaram as suas cotas em Fundos de Investimento Multimercado (FIM), recebendo em troca outras cotas destas entidades, que foram integralizadas em sociedades estrangeiras. Chegou-se à seguinte estrutura (fls. 6.492):



51. Referida situação levou a Fiscalização a aplicar o art. 2º da Lei nº 9.779/1999, equiparando o Recorrente 2509 FII a pessoa jurídica em função do preenchimento daquela hipótese legal:

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.

52. Veja-se a conclusão da Autoridade Fiscal (p. 11 do Termo de Verificação Fiscal):

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.

53. Feitos esses esclarecimentos de fato, passo a analisar as alegações dos Recorrentes.

II.2. APLICAÇÃO DA REGRA DE EQUIPARAÇÃO DO ART. 2º DA LEI Nº 9.779/1999

54. Inicialmente, o Recorrente 2509 fez considerações conceituais a respeito da aplicação do art. 2º da Lei nº 9.779/1999 (tópicos III.1.3 III.1.4 do Recurso Voluntário). Em seguida, passou a tratar especificamente dos supostos equívocos da Fiscalização na aplicação desta regra no caso concreto (tópico III.1.5 do Recurso Voluntário). Alegou, em síntese, que (i) as Sras. Rosana, Renata e Regina não seriam cotistas do 2509 FII, conforme quadro societário trazido pelo próprio TVF (fls. 03), sendo que o art. 2º da Lei nº 9.779/1999 não autorizaria a equiparação com base na figura de “cotista indireto” ou beneficiário final, (ii) mesmo que se pudesse qualificar as pessoas físicas como “cotistas relevantes”, elas não seriam cumulativa e concomitantemente “sócias”, “incorporadoras” ou “construtoras” do empreendimento imobiliário, (iii) ainda que adotada interpretação mais ampliada da figura de “sócio”, o “São Paulo Corporate Towers” não se caracterizaria como negócio jurídico associativo, (iv) a regra de equiparação seria inaplicável caso se considerasse que as Sras. Rosana, Renata e Regina seriam proprietárias do empreendimento e (v) houve desconsideração do fato de que o 201016 FIM seria o único cotista do Recorrente, o que demandaria prova de simulação, fraude à lei, abuso de direito, ausência de causa ou de outros eventuais vícios, o que não foi feito, o que se verifica inclusive pela ausência de qualificação da multa de ofício.

55. O Recorrente CREDIT SUISSE HEDGING GRIFFO, por sua vez, expôs a finalidade da norma antielisiva específica do art. 2º da Lei nº 9.779/1999, também tratando dos seus pressupostos de aplicação e da inexistência de correlação necessária entre exploração da atividade imobiliária por FII e vantagem fiscal. Ainda, sustentou (i) a inaplicabilidade da regra para a Contribuição ao PIS e para a Cofins, (ii) que a relação de incorporador, construtor ou sócio do empreendimento imobiliário deveria ser direta e continuada, não sendo aplicada para o ex-proprietário, (iii) a falta de envolvimento das Sras. Rosana, Renata e Regina no empreendimento e (iv) as pessoas físicas jamais teriam sido cotistas do 2509 FII.

56. De início, rejeito a alegação de que a equiparação a pessoa jurídica prevista no art. 2º da Lei nº 9.779/1999 não seria aplicável à Contribuição ao PIS e a Cofins. O fato de a regra ter sido replicada nos Regulamentos de Imposto de Renda (RIR) e a exposição de motivos usar a expressão “imposto” são insuficientes para modificar o alcance advindo da própria interpretação textual do preceito legal: a equiparação sujeita o FII à “tributação aplicável às pessoas jurídicas”, que evidentemente abrange as contribuições citadas.

57. Passo a analisar a presença dos pressupostos estabelecidos no art. 2º da Lei nº 9.779/1999 para a realização da equiparação.

58. Da leitura do referido dispositivo legal, fica evidente que a equiparação depende do preenchimento cumulativo de três pressupostos básicos: (i) deve haver “cotista relevante”, entendido como aquele que detém, individualmente ou em conjunto com pessoas ligadas, mais de 25% das cotas do FII, (ii) o FII deve aplicar recursos em “empreendimento imobiliário”, e (iii) o cotista relevante deve figurar como “incorporador, construtor ou sócio” deste empreendimento imobiliário.

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 Lívia 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.

II.3. EXIGÊNCIA DE IRPJ/CSLL SOBRE AJUSTE A VALOR JUSTO (AVJ)

63. No 4º tri/2018, a Fiscalização identificou um acréscimo a título de ajuste a valor justo (AVJ) das propriedades para investimento no montante de R\$ 686.364.751,57, incluindo tal valor no resultado do 2509 FII e, conseqüentemente, no seu lucro líquido para fins de incidência de IRPJ e de CSLL. Uma vez que entendeu ausente a evidenciação do AVJ em subcontas vinculadas ao ativo ou passivo, nos termos do art. 13 da Lei nº 12.973/2014, entendeu que o montante deveria ser tributado, de acordo com o § 3º do mesmo dispositivo legal. Esta posição foi chancelada pela DRJ.

64. O Recorrente 2509 FII, após apresentar os aspectos contábeis e fiscais do AVJ, alegou que (i) os resultados positivos de AVJ só seriam tributáveis após a alienação do ativo correspondente, momento em que a renda se torna disponível, (ii) a ausência de evidenciação em subconta seria “mera obrigação acessória”, não podendo ter como resultado a tributação do valor correspondente e (iii) em que pese a ausência de controle semelhante ao de uma pessoa jurídica – pois se trata de FII –, o valor do ativo estaria evidenciado contabilmente, conforme demonstração financeira disponível na CVM e conclusão de auditoria especializada independente.

65. O Recorrente CREDIT SUISSE HEDGING GRIFFO apresentou alegações semelhantes, acrescentando que (i) no limite, deveria ser permitida a elaboração da escrituração contábil e fiscal e (ii) haveria *bis in idem* na tributação dos ganhos com AVJ cumulado com multa regulamentar, pois ambos decorreriam da ausência de elaboração e transmissão de ECD.

66. A PGFN defendeu a interpretação da Fiscalização, no sentido de que “ao não evidenciar o ganho de AVJ em subcontas, a neutralidade fiscal não foi preservada”, sendo correta a aplicação do art. 13, § 3º, da Lei nº 12.973/2014.

67. De acordo com o art. 13 da Lei nº 12.973/2014, os ganhos decorrentes de avaliação a valor justo não são computados no lucro real “desde que o respectivo aumento no valor do ativo ou a redução no valor do passivo seja evidenciado contabilmente em subconta vinculada ao ativo ou passivo”. A necessidade de controle em subconta tem como objetivo permitir a efetiva identificação do acréscimo vinculado ao ativo em função da AVJ, sendo *muito discutida* na doutrina a consequência estabelecida pelo dispositivo, especialmente pelo fato de prescrever a tributação do ganho pelo descumprimento do dever instrumental (art. 13, § 3º, da Lei nº 12.973/2014).

68. Independentemente dessa discussão, é importante atentar que uma interpretação teleológica do dispositivo evidencia que a lei pretende estabelecer mecanismos de controle dos acréscimos feitos em função da AVJ, permitindo a sua plena rastreabilidade. Assim, entendo que, mesmo ausente a subconta, a existência dos registros que permitam esse efetivo controle pode ser suficiente a descaracterizar a tributação imediata da AVJ. Veja-se manifestação doutrinária de HERON CHARNESKI a respeito:

Do ponto de vista jurídico, a questão que surge diz respeito justamente à validade da geração de efeitos tributários dos ajustes a valor justo no caso de as subcontas não serem escrituradas ou serem escrituradas indevidamente. Isso porque a rastreabilidade (que pode ser entendida como a possibilidade de reconstituição, por parte da autoridade fiscal, da transação a partir da contabilidade, de maneira a isolar ou identificar os direcionadores bem como o cálculo do montante deduzido ou tributado especificamente, transação a transação) poderia ser obtida por outras vias, como, por exemplo, a utilização de controles auxiliares.

Diante disso, na ausência da subconta prevista na Lei 12.973/2014 e desde que verificada a possibilidade de rastreabilidade por outros meios, poder-se-ia entender como indevida a tributação dos ajustes a valor justo reconhecidos na escrituração mercantil que não concretizem o fato gerador do imposto de renda.¹

69. Este Carf também já se manifestou a respeito da possibilidade de comprovação do controle da AVJ:

Após análise de documentação contábil e extra contábil, concluiu referida auditoria que, ao contrário do que constou das razões que levaram aos lançamentos de ofício sobre a AVJ, “foi possível identificar: (i) o custo de aquisição de cada bem; (ii) o valor justo atribuído; (iii) o valor contábil após a escrituração de AVJ; e (iv) a contabilização do IRPJ e CSLL diferidos no patrimônio líquido sobre a AVJ” .

A corroborar a isenção do laudo de auditoria, este ainda verificou ao analisar a “realização por depreciação” que “eventual prejuízo ao erário seria correspondente a uma base fiscal de R\$ 5.321.469,48”, mas nunca sobre todo o valor de AVJ na forma em que ocorreu na espécie. A Recorrente esclareceu que a referida “realização por depreciação” não foi objeto dos autos infração.

O que se verifica comprovado é que sempre esteve evidenciado o controle da AVJ pela Recorrente. Talvez o controle não tenha sido da forma esperada pela d. Fiscalização, mas fato é que se mostra evidenciado o controle da AVJ na documentação contábil e extra contábil da Recorrente. (Acórdão nº 1401-003.873, Rel. Cons. Luciana Yoshihara Arcangelo Zanin, Sessão de 11/11/2019)

¹ Lucro contábil e lucro tributário no Brasil: relacionamento, evolução e consolidação. In: FLORES, Eduardo; MIGUITA, Diego; PINTO, Alexandre Evaristo. Lucro contábil e fiscal: diálogos luso-brasileiros sobre o valor justo. – São Paulo: Almedina, 2023, p. 285.

70. Nesse sentido, a conclusão do laudo elaborado pela consultoria especializada foi a seguinte:

6. Aspectos factuais identificados

6.1. Do empreendimento imobiliário “São Paulo Corporate Towers”

Contextualização

Através do Laudo de Avaliação do Valor Justo realizado pela empresa Consult Engenharia e Avaliações Ltda. (Anexo II), para os períodos de 2018 e 2019, é possível identificar, além do valor da Propriedade para Investimento em cada período-base, as informações do empreendimento “São Paulo Corporate Towers” classificado como Propriedade para Investimento:

“Data base dezembro/2018

[...]

por solicitação da PMV FUNDO DE INVESTIMENTO IMOBILIÁRIO-FII, procedeu a avaliação do empreendimento localizado à Avenida Juscelino Kubitschek, 1909, com acesso também pela Avenida Chedid Jafet, 75 e Rua Funchal, 160, Cidade de São Paulo, Estado de São Paulo, classificado como Propriedade para Investimento do PMV FUNDO DE INVESTIMENTO IMOBILIÁRIO-FII, administrado pela CREDIT SUISSE HEDGING-GRIFFO CORRETORA DE VALORES S.A.”

“Data base novembro/2019

[...]

por solicitação do 2509 FUNDO DE INVESTIMENTO IMOBILIÁRIO – FII, procedeu a avaliação do empreendimento localizado à Avenida Juscelino Kubitschek, 1909, com acesso também pela Avenida Chedid Jafet, 75 e Rua Funchal, 160, Cidade de São Paulo, Estado de São Paulo, classificado como Propriedade para Investimento do 2509 FUNDO DE INVESTIMENTO IMOBILIÁRIO – FII, administrado pela OLIVEIRA TRUST DTVM.”

As informações apresentadas no Laudo de Avaliação são de extrema relevância para estimar o Valor Justo, pois se trata de procedimento expressamente obrigatório a todos Fundos de Investimentos Imobiliários.

Além disso, por meio do item “6” do Informe Anual Estruturado (Anexo III), é possível identificar a relação de ativos imobiliários detidos pelo Fundo, junto de seu respectivo valor com a classificação a Valor Justo de que trata a Instrução CVM nº 516/11, realizada com base em Laudo de Avaliação (Anexo II) antes mencionado, bem como o percentual de valorização/desvalorização do empreendimento apurado no período, senão vejamos:

Figura 01 – Relação de ativos imobiliários do FII (2018) – Valor Justo Fonte BDO: a partir do Informe Anual Estruturado (Anexo III).

6.	Valor Contábil dos ativos imobiliários do FII		Valor Justo, nos termos da ICVM 516 (SIM ou NÃO)	Percentual de Valorização/Desvalorização apurado no período
	Relação de ativos imobiliários	Valor (R\$)		
	São Paulo Corporate Towers	2.298.217.443,32	SIM	44,83%

Figura 02 – Relação de ativos imobiliários do FII (2019) – Valor Justo Fonte BDO: a partir do Informe Anual Estruturado (Anexo III).

6.	Valor Contábil dos ativos imobiliários do FII		Valor Justo, nos termos da ICVM 516 (SIM ou NÃO)	Percentual de Valorização/Desvalorização apurado no período
	Relação de ativos imobiliários	Valor (R\$)		
	São Paulo Corporate Towers	2.714.700.000,00	SIM	18,06%

Por fim, também é possível identificar nas Demonstrações Financeiras do FII, auditadas pelas empresas KMPG Auditores Independentes e PWC Auditores Independentes (Anexo IV), as informações do ativo imobiliário:

“Notas explicativas às demonstrações financeiras

1 – Contexto operacional

[...]

O objetivo do Fundo é proporcionar a seus cotistas a valorização e a rentabilidade de suas cotas no longo prazo, conforme política de investimento definida no Regulamento do Fundo, preponderantemente pelo investimento (i) empreendimento imobiliário composto de 2 torres situadas na Av. Chedid Jafet, 75, na Capital do Estado de São Paulo, sendo (a) torre norte composta por 30 andares, térreo, mezanino, ático, 22 elevadores e heliponto e (b) torre sul composta por 30 andares, térreo, mezanino, ático e 21 elevadores [...]”

Constatações Factuais:

§ Procedimento previamente acordado nº1: É possível constatar, com base nos documentos contábeis dos exercícios de 2018 e 2019, que o Fundo possui como único ativo imobiliário de Propriedade para Investimento empreendimento denominado “São Paulo Corporate Towers”, tratado de forma indivisível?

Resposta BDO Brazil: Com base no relatório elaborado pela empresa Consult Engenharia e Avaliações Ltda., nos Informes Anuais Estruturados entregues à CVM e nas Demonstrações Financeiras auditadas pelas Auditorias Independentes KPMG e PWC, constatamos que o ativo imobiliário, localizado na Localizado à Avenida Juscelino Kubitschek, 1909, com acesso também pela Avenida Chedid Jafet, 75 e Rua Funchal, 160, Cidade de São Paulo, Estado de São Paulo, e adjacências, Vila Olimpia, São Paulo, SP, denominado “São Paulo Corporate Towers” é tratado como ativo único (único imóvel) nos controles e relatórios contábeis e de total propriedade do FII e, portanto, objeto de avaliação por Valor Justo de forma integral.

6.2. Da contabilização no subgrupo do ativo referentes ao ganho de avaliação ao Valor Justo da Propriedade para Investimento

Através das razões contábeis dos exercícios de 2018 a 2019 (Anexo V), é possível facilmente identificar que os lançamentos relacionados ao AVJ da Propriedade para Investimento na Conta Contábil de ativo nº 2.1.9.90.10.10.01-4 (021102-4) – Intitulada “Imóveis Acabados” (Anexo VI) em contrapartida individualizada do ganho na subconta de resultado (receita) nº 7.1.9.99.50.10.02-1 (705512-4) – Intitulada (“Ajuste ao Valor Justo - Imóvel Renda). Na conta contábil do ativo, há, também, outros lançamentos de contrapartidas não vinculados ao ganho por AVJ, relacionados ao custo do imóvel, benfeitorias e outros, facilmente identificáveis e distinguíveis dos lançamentos referentes à AVJ:

Tabela 01 – Informações dos lançamentos contas contábeis nº 2.1.9.90.10.10.01-4 (021102-4) – Intitulada (“Imóveis Acabados”) – Movimentação 01/2016 até 12/2019

Conta Contábil nº 2.1.9.90.10.10.01-4 (021102-4) - Imóveis Acabados	Trimestre Lanç. AVJ	Débito (R\$)	Crédito (R\$)	Saldo Atual
Saldo Inicial:				0
2.1.9.90.10.20.04-0 (021204-5) - Terrenos		1.482.191.700	0	1.482.191.700
8.1.9.99.60.10.01-2 (804311-1) - Ajuste ao Valor Justo -Imovel Renda	4º trimestre/2016	0	9.729.073	1.472.462.627
Subtotal 2016 - (a)		1.482.191.700	9.729.073	1.472.462.627
7.1.9.99.50.10.02-1 (705512-4) - Ajuste ao Valor Justo - Imóvel Renda	4º trimestre/2017	114.386.044	0	1.586.848.671
Subtotal 2017 - (b)		114.386.044	0	1.586.848.671
1.1.2.30.01-0 (100801-6) - Banco Itaú S.A. (*)		22.575.060	1.955.367	1.607.468.365
1.8.3.90.33-1 (310933-9) - Benfeitoria		3.796.048	0	1.611.264.413
4.9.9.30.90.61-1 (507622-2) - Benfeitoria		588.279	0	1.611.852.692
7.1.9.99.50.10.02-1 (705512-4) - Ajuste ao Valor Justo - Imóvel Renda	4º trimestre/2018	686.364.752	0	2.298.217.443
8.1.9.99.60.10.06-7 (804316-6) - Outras despesas Imóvel		182	182	2.298.217.443
Subtotal 2018 - (c)		713.324.321	1.955.549	2.298.217.443
1.1.2.30.01-0 (100801-6) - Banco Itaú S.A. (*)		5.164.424	689	2.303.381.178
1.8.4.30.09-5 (312009-3) - Outros		0	10.432	2.303.370.746
4.9.9.30.90.61-1 (507622-2) - Benfeitoria		387.526	0	2.303.758.272
4.9.9.83.17-1 (507847-9) - Comercializ. Locação Interm.		0	41.616	2.303.716.656
7.1.9.99.01-6 (704999-2) - Outras Rendas		40.335	18	2.303.756.973
7.1.9.99.50.10.02-1 (705512-4) - Ajuste ao Valor Justo - Imóvel Renda	4º trimestre/2019	410.647.631	0	2.714.404.603
8.1.9.99.60.10.02-1 (804312-4) - Manutenção e reparo imóvel		291.281	0	2.714.695.885
8.1.9.99.60.10.06-7 (804316-6) - Outras despesas Imóvel		4.115	0	2.714.700.000
Subtotal 2019 - (d)		416.535.312	52.755	2.714.700.000
Total Geral - (e = a + b + c + d)		2.726.437.377	11.737.377	2.714.700.000
Saldo Final:				2.714.700.000

Nas demonstrações financeiras de 2018 e 2019 (Anexo IV), auditadas, respectivamente, por KPMG e PWC, o assunto referente ao ganho do AVJ foi abordado na Nota Explicativa nº “6”, nomeada como “Propriedade para Investimento”, e mencionadas como um dos principais assuntos da auditoria:

Figura 03 – Informações obtidas na Demonstração Financeira auditada pela KPMG – Nota Explicativa 6 (2018) Fonte BDO: A partir das demonstrações financeiras (Anexo IV).

Movimentação da propriedade para investimento

A movimentação ocorrida na conta propriedades para investimento no exercício findo em 31 de dezembro de 2018 está descrita a seguir:

Imóvel	Saldo em 31/12/2017	Movimentação em 2018		Saldo em 31/12/2018
	Valor justo	Resultado com (re)avaliação	Benefícios	Valor justo
São Paulo Corporate Towers	1.586.849	686.365	25.004	2.298.218
Total	1.586.849	686.365	25.004	2.298.218

São Paulo Corporate Towers

Trata-se de empreendimento imobiliário composto de 2 torres situadas na Av. Chedid Jafet, 75, na Capital do Estado de São Paulo, sendo (a) torre norte composta por 30 andares, térreo, mezanino,ático, 22 elevadores e heliponto e (b) torre sul composta por 30 andares, térreo, mezanino,ático e 21 elevadores.

Figura 04 – Informações obtidas na Demonstração Financeira auditada pela PWC – Nota Explicativa 6 (2019)

Movimentação da propriedade para investimento

A movimentação ocorrida na conta propriedades para investimento nos períodos findos em 31 de dezembro de 2019 e 17 de janeiro de 2019 está descrita a seguir:

Imóvel	Saldo em 17/01/2019	Movimentação em 2019		Saldo em 17/01/2019
	Valor justo	Resultado com (re)avaliação	Benefícios	Valor justo
São Paulo Corporate Towers	2.299.504	419.648	4.548	2.714.700
Total	2.299.504	419.648	4.548	2.714.700

A movimentação ocorrida na conta propriedades para investimento no período de 1º a 17 de janeiro de 2019 está descrita a seguir:

Imóvel	Saldo em 31/12/2018	Movimentação em 2019		Saldo em 17/01/2019
	Valor justo	Resultado com (re)avaliação	Benefícios	Valor justo
São Paulo Corporate Towers	2.298.218	-	1.286	2.299.504
Total	2.298.218	-	1.286	2.299.504

A movimentação ocorrida na conta propriedades para investimento no exercício findo em 31 de dezembro de 2018 está descrita a seguir:

Imóvel	Saldo em 31/12/2017*	Movimentação em 2018		Saldo em 31/12/2018
	Valor justo	Resultado com (re)avaliação	Benefícios	Valor justo
São Paulo Corporate Towers	1.586.849	686.365	25.004	2.298.218
Total	1.586.849	686.365	25.004	2.298.218

São Paulo Corporate Towers

Trata-se de empreendimento imobiliário composto de 2 torres situadas na Av. Chedid Jafet, 75, na Capital do Estado de São Paulo, sendo (a) torre norte composta por 30 andares, térreo, mezanino,ático, 22 elevadores e heliponto e (b) torre sul composta por 30 andares, térreo, mezanino,ático e 21 elevadores.

Para que não paire dúvidas sobre a possibilidade de individualização, distinção e fácil identificação das movimentações contábeis, realizamos o cotejamento de todas as Notas “6- Propriedade para Investimento” das Demonstrações financeiras auditadas publicadas (Anexo IV) e extraídas diretamente de consulta pública ao sítio da CVM6 com os razões contábeis, e criamos uma mutação da Propriedade para Investimento, conforme abaixo.²

² Tabela presente na fl. 2.756.

71. Portanto, havendo referido controle, entendo que é o caso de excluir a tributação da AVJ.

II.4. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA ATRIBUÍDA AO CREDIT SUISSE HEDGING GRIFFO

72. A Fiscalização atribuiu responsabilidade tributária à pessoa jurídica CREDIT SUISSE HEDGING GRIFFO, com fundamento nos arts. 113, 121 e 124 do CTN, bem como nos arts. 14 da Lei nº 8.668/1993 e 4º da Lei nº 9.779/1999, destacando que “detinha informações necessárias e suficientes para chegar às reais proprietárias do empreendimento imobiliário e das cotas do FII e, por consequência, concluir pela clara infringência da regra estatuída no artigo 2º da Lei 9.779/99”.

73. O responsável tributário, nas suas razões recursais, alegou que (i) entende que a acusação está fundamentada no inciso II do art. 124 do CTN, (ii) mesmo assim, haveria “grave vício de motivação”, pois o TVF não teria esclarecido a razão pela qual a Recorrente se enquadraria no referido dispositivo, (iii) a responsabilidade solidária do art. 124 não teria como objetivo incluir um terceiro no polo passivo, mas sim graduar a responsabilidade dos sujeitos passivos que já o compõem, (iv) o art. 4º da Lei nº 9.779/1999 não imputa solidariedade, (v) quando muito, este dispositivo deveria ser interpretado nos termos do art. 134, III, do CTN, enquanto hipótese de responsabilidade subsidiária de terceiro, (vi) a responsabilidade deveria ser realizada por lei complementar, em função do art. 146, III, “a”, da Constituição da República, (vii) mesmo se mantida, a responsabilidade deveria ser afastada para períodos posteriores a 02/2019. A PGFN rebateu tais alegações nas suas Contrarrazões.

74. Inicialmente, é importante trazer os dispositivos que fundamentaram referida responsabilização:

Art. 124. São solidariamente obrigadas:

II - as pessoas expressamente designadas por lei.

Parágrafo único. A solidariedade referida neste artigo não comporta benefício de ordem.

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.

75. Como se sabe, o FII é constituído sob a forma de condomínio fechado, sem personalidade jurídica (arts. 1º e 2º da Lei nº 8.668/1999). Por ter esta condição, o Fundo é gerido por “instituição administradora autorizada pela Comissão de Valores Mobiliários”, à qual compete representá-lo ativa e passivamente e “responder pessoalmente pela evicção de direito, no caso de alienação de imóveis pelo fundo” (art. 14 da Lei nº 8.668/1999).

76. Da leitura do dispositivo legal mencionado acima, verifica-se que a lei, apesar de não utilizar a expressão “solidária”, atribuiu ao administrador a responsabilidade pelo cumprimento das obrigações tributárias do FII, salvo aquela relativa à responsabilidade da fonte pagadora pela retenção do imposto sobre os rendimentos previstos no art. 16 da Lei nº 8.668/1993. Trata-se, assim, de dispositivo legal que atribuiu expressamente referida responsabilidade tributária, conforme manifestação anterior deste Carf:

FUNDO DE INVESTIMENTO IMOBILIÁRIO. INSTITUIÇÃO ADMINISTRADORA. ART. 4º DA LEI Nº 9.779/99. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. ART. 124, II DO CTN. Respondem solidariamente com o fundo de investimento imobiliário pelas obrigações principais e acessórias a instituição administradora do fundo a teor do art. 4º da lei nº 9.779/99 c/c art. 124, II do CTN. (Acórdão nº 3401-007.236, Rel. Cons. Carlos Henrique de Seixas Pantarolli, Sessão de 28/01/2020)

FUNDO DE INVESTIMENTO IMOBILIÁRIO. OBRIGAÇÕES TRIBUTÁRIAS. CUMPRIMENTO RESPONSABILIDADE. São solidariamente obrigadas as pessoas expressamente designadas por lei. Inteligência do art. 124, II, do CTN c/c o art. 4º da Lei nº 9.779/99. (Acórdão nº 1402-002.320, Rel. Cons. Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Sessão de 04/10/2016)

77. Ainda, a respeito da alegação de que o responsável só poderia ser responsabilizado por atos anteriores a 02/2019, verifico que a DRJ rejeitou expressamente a alegação, por argumento com o qual concordo, no sentido de que “apesar dos prazos para prestar 3 informações fiscais tenham vencido após 17/01/2019, elas ainda eram de responsabilidade do então Administrador por expressa previsão do item “6, I, v, a” da ATA DE ASSEMBLEIA GERAL EXTRAORDINÁRIA DE COTISTAS DO 2509 FUNDO DE INVESTIMENTO IMOBILIÁRIO – FII, datada de 02/01/2019, às fls. 6.223/6.233”.

78. Assim, voto por manter a responsabilidade tributária do CREDIT SUISSE HEDGING GRIFFO.

II.5. MULTAS APLICADAS PELA FALTA DE APRESENTAÇÃO DE ECF, EFD-CONTRIBUIÇÕES, DCTF E ECD

79. Por fim, os Recorrentes se insurgiram contra as multas isoladas aplicadas pela Fiscalização, alegando basicamente (i) a inexistência do dever de apresentar ECF, EFD-Contribuições, DCTF e ECD pelos fundos, pois ausente a personalidade jurídica, (ii) impossibilidade de aplicação retroativa das obrigações acessórias, (iii) ausência do cumprimento do art. 8º-A, § 1º, II, do Decreto-lei nº 1.598/1977, no caso da ausência de entrega da ECF, (iv) impossibilidade de *bis in idem* nas multas relativas à EFD-Contribuições e à ECF, (v) impossibilidade de exigência da multa prevista no art. 12, III, da Lei nº 8.218/1991 para a EFD-Contribuições e ECD e (vi) violação aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

80. Acerca da suposta negativa de vigência ao art. 8º-A, § 1º, inc. II, do Decreto-lei nº 1.598/1977, pois a Autoridade Fiscal deixou de aplicar o limite de R\$ 5.000.000,00 para a multa

aplicada em decorrência da não apresentação da ECF, verifico que este ponto já foi corrigido pela DRJ, que acolheu a Impugnação neste ponto (item 109 do acórdão recorrido). Neste caso, verifica-se que a Autoridade Fiscal lavrou a multa por descumprimento do prazo de entrega da ECF no art. 8º-A do Decreto-lei nº 1.598/77, utilizando a base de cálculo estabelecida no inciso I deste dispositivo, de 0,25% por mês-calendário ou fração (fls. 2.388). Porém, deixou de aplicar o limitador previsto no § 1º, inciso II, do mesmo art. 8º-A. Assim, entendo que não houve modificação da matéria tributável (art. 142 do CTN), que permaneceu a mesma, não se tratando de vício material. Aplicou-se o limitador, como prescreve a legislação, a partir das alegações apresentadas pelos Recorrentes em suas Impugnações, não havendo que se falar em prejuízo ao seu direito de defesa e, assim, entendo que não é possível falar em vício material na exigência.

81. Como já mencionado neste voto, entendo que o 2º da Lei nº 9.779/1999 não condiciona a sua aplicação a um ato declaratório específico, como ocorre em alguns regimes de tributação diferenciados, sendo preceito aplicável assim que o FII se enquadra nos pressupostos legais. Porém, deve ser considerado que a natureza das multas por descumprimento de obrigações acessórias pressupõe o descumprimento de um dever formal anterior.

82. Com efeito, nos anos-calendário de 2018 e 2019 não havia qualquer dever de o 2509 FII apresentar EFD-Contribuições, ECD e ECF, pois somente com a lavratura do Auto de Infração, em 2022, houve a equiparação do ente com as pessoas jurídicas em geral. Apesar de tal equiparação ser possível sem a existência de um ato declaratório específico, para fins da cobrança dos tributos decorrentes da equiparação, entendo que a exigência do cumprimento retroativo de uma obrigação acessória que inexistia para o Recorrente naquele momento segue outra lógica e deve ser considerada ilegítima. Isso porque não existia para o Recorrente a prestação, positiva ou negativa, prevista expressamente na legislação tributária, como prescrevem os art. 113, § 2º, e 115 do CTN.

83. Vale destacar que esta Turma Ordinária recentemente analisou caso semelhante, concluindo por unanimidade pela impossibilidade de exigência das penalidades acessórias:

Relator(a): EDUARDA LACERDA KANIESKI

Processo: 17459.720008/2023-13

Recorrente: GOLGI FUNDO DE INVESTIMENTO IMOBILIARIO e Interessado: FAZENDA NACIONAL

ACÓRDÃO 1301-007.813

Decisão: Acordam os membros do colegiado em rejeitar as preliminares de nulidade (i) por maioria de votos, quanto à ausência de motivação concreta e adequada do lançamento, vencida a Conselheira Eduarda Lacerda Kanieski(Relatora), que a acolhia; (ii) por voto de qualidade, quanto à ausência de liquidez e certeza da exigência, vencidos os Conselheiros Eduarda Lacerda Kanieski(Relatora), José Eduardo Dornelas e Eduardo Monteiro Cardozo, que a acolhiam; e(iii) por unanimidade de votos, quanto à (iii.1) desconsideração de

prejuízos fiscais e de base de cálculo negativa da CSLL na apuração dos tributos, em relação ao recurso do Contribuinte; e (iii.2) ausência de indicação legal suficiente para a imputação da responsabilidade, e ausência de motivação quanto às razões de fato e de direito que ensejariam a atribuição de solidariedade, em relação ao recurso da Responsável solidária. Acordam os membros do colegiado, ainda, por unanimidade de votos, em rejeitar a preliminar de unificação dos processos administrativos. No mérito, acordam os membros do colegiado em dar provimento parcial ao recurso para, (i) por voto de qualidade, manter a acusação fiscal referente à aplicação da regra de equiparação prevista no artigo 2º da Lei nº 9.779/1999, vencidos os Conselheiros Eduarda Lacerda Kanieski (Relatora), José Eduardo Dornelas Souza e Eduardo Monteiro Cardoso, que lhe davam provimento no ponto; e **(ii) por unanimidade de votos, (ii.1) em reconhecer a improcedência quanto aos ajustes a valor justo contabilizados pela Recorrente, (ii.2) em manter a Responsável solidária no polo passivo da obrigação e (ii.3) em cancelar as multas regulamentares quanto às obrigações acessórias.** Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Rafael Taranto Malheiros.

84. Por fim, o contribuinte requer seja aplicado o art. 112 do CTN em caso de dúvida. Porém, rejeito a alegação de aplicação deste dispositivo, mesmo que este caso venha a ser decidido por eventual voto de qualidade, vez que não há autorização legal para exoneração das multas nesta hipótese, conforme jurisprudência deste Carf:

VOTO DE QUALIDADE. CANCELAMENTO DE MULTA. FALTA DE PREVISÃO LEGAL. Não existe previsão legal para cancelamento de multa de ofício em caso de voto de qualidade. (Acórdão CARF nº 1402-003.339, de 14/08/2018)

PENALIDADES E INFRAÇÕES. ART. 112 DO CTN. TIPICIDADE. Não se inclui nas hipóteses do art. 112 do CTN, para efeito da exclusão da multa de ofício, a divergência de entendimento sobre interpretação da legislação tributária. Acórdão CARF nº 3302-002.169, de 26/06/2013)

85. Diante do exposto, entendo que devem ser canceladas as penalidades isoladas exigidas.

III. Dispositivo

86. Diante do exposto, conheço os Recursos Voluntários e acolho a preliminar de nulidade do lançamento por ausência de liquidez e certeza do crédito tributário, rejeitando as demais preliminares. Vencido quanto à preliminar, no mérito, dou provimento aos Recursos Voluntários, para cancelar integralmente a autuação, em função da ausência dos pressupostos para a aplicação do art. 2º da Lei nº 9.779/1999. Vencido quanto à aplicação da regra de equiparação, dou provimento para cancelar a exigência relativa aos valores de Ajuste a Valor Justo (AVJ) e as multas regulamentares isoladas relativas ao descumprimento das obrigações acessórias.

Assinado Digitalmente

Eduardo Monteiro Cardoso

VOTO VENCEDOR

Conselheiro **Rafael Taranto Malheiros**, redator designado

Apesar do voto como sempre bem fundamentado, discordo do i. Relator em pontos em que este restou vencido por maioria qualificada, preliminarmente, em relação à falta de liquidez e certeza da autuação; e, no mérito, no que respeita à ausência dos pressupostos para a aplicação do art. 2º da Lei nº 9.779/1999.

PRELIMINAR DE NULIDADE: FALTA DE LIQUIDEZ E CERTEZA DA AUTUAÇÃO

2. O entendimento do Relator, para acolher a preliminar, em síntese, foi o seguinte:

(...)

29. No que se refere à utilização do arbitramento, porém, entendo que a questão é mais tormentosa. O art. 47 da Lei nº 8.981/1995 prescreve as hipóteses cabíveis de apuração pela sistemática do lucro arbitrado: [...]

(...)

31. Neste caso, a Fiscalização entendeu que os elementos disponíveis permitiriam a apuração pelo 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” (fls. 2.380).

32. Analisando a apuração do IRPJ e da CSLL (fls. 2.386/2.387), verifica-se que a Fiscalização partiu dos Informes Trimestrais entregues à CVM (fls. 1.935/1.982), acrescentando a dedução do PIS/Cofins constituído. No que diz respeito à passagem do lucro líquido contábil para o lucro real, não houve qualquer ajuste: [...]

33. Nesse sentido, os Recorrentes alegam que a ausência do Lalur tornaria imprescindível o arbitramento.

34. De fato, verificando as hipóteses do art. 47 da Lei nº 8.981/1995, o inc. VIII faz referência expressa, enquanto hipótese de arbitramento, à falta de escrituração ou de apresentação dos livros auxiliares para apuração do lucro real, referidos no art. 8º, § 2º, do Decreto-lei nº 1.598/1977 e no art. 177, § 2º, da Lei nº 6.404/1976.

(...)

36. Veja-se que, neste caso, a Fiscalização agiu de forma semelhante ao citado acima, adotando o lucro contábil enquanto lucro real sem se preocupar com a necessidade ou não da realização de ajustes. Assim, apesar de não se falar em imprestabilidade da documentação que deu fundamento à apuração do lucro real, entendo que se equivocou a Autoridade Fiscal ao não analisar a questão dos possíveis ajustes que deveriam ser

realizados no lucro líquido contábil. Veja-se outro precedente analisando caso semelhante: [...]

(...)

40. Nesse sentido, entendo que houve vício material no lançamento tributário realizado, que deve ser anulado por violação ao art. 142 do CTN, razão pela qual acolho a preliminar apresentada.

41. Entendo que o mesmo equívoco se verifica para a apuração da Contribuição ao PIS e da Cofins no regime não cumulativo, como apontaram os Recorrentes. A Fiscalização, apesar de utilizar tal regime de apuração, em momento algum intimou o contribuinte a se manifestar a respeito de possíveis créditos passíveis de creditamento (arts. 3º das Leis nº 10.637/2002 e 10.833/2003), tomando como base de cálculo a totalidade da receita bruta: [...]

42. Porém, pelos mesmos fundamentos citados acima a respeito dos ajustes que deveriam ser feitos na transposição do lucro líquido para o lucro real, entendo que a Fiscalização deveria ter intimado o Recorrente a apresentar demonstrativo dos créditos que deveriam ser abatidos para a apuração da base de cálculo da Contribuição ao PIS e da Cofins, o que não foi feito.

3. A maioria qualificada da Turma não entendeu desta forma. Como pacificado na jurisprudência desta Seção de Julgamento, o arbitramento do lucro é hipótese excepcional, somente aplicável quando, no exame da escrituração, a Fiscalização comprovar que as falhas apontadas se constituem em fatos que, camuflando expressivos fatos tributáveis, impedem/tornam muito difícil a quantificação do resultado do exercício³, no que se concorda, em tese, com o i. Relator. Não é o que se verifica no caso concreto, como se vê em trecho do TVF, aduzindo que se intimou o Contribuinte a apresentar as escriturações contábil e fiscal, no que não foi atendido, tendo que partir para outra forma de se mensurar o lucro real e as Contribuições que estava a seu alcance:

54 Intimamos a administradora 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. Em resposta, alegou-se desconhecer infringência à norma isentiva e que, portanto, para o fundo, não podendo ser equiparado a pessoa jurídica, nenhuma obrigação acessória seria devida.

(...)

Escrituração Contábil Fiscal – ECF

61 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

³ P. ex., Ac. nº 9101-004.799, s. 3/03/2020, Rel. Cons. André Mendes de Moura, v. u.

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: [...]

(...)

PIS e Cofins

(...)

66 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.

4. Ademais, a simples falta de escrituração, sem que se demonstre a ocorrência do efetivo prejuízo para o Fisco, não é suficiente para sustentar a desclassificação da escrituração contábil e o consequente arbitramento dos lucros.

MÉRITO: AUSÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS PARA A APLICAÇÃO DO ART. 2º DA LEI Nº 9.779/1999

5. O entendimento do Relator, para reconhecer a ausência dos pressupostos, em síntese, foi o seguinte:

57. Passo a analisar a presença dos pressupostos estabelecidos no art. 2º da Lei nº 9.779/1999 para a realização da equiparação.

58. Da leitura do referido dispositivo legal, fica evidente que a equiparação depende do preenchimento cumulativo de três pressupostos básicos: (i) deve haver “cotista relevante”, entendido como aquele que detém, individualmente ou em conjunto com pessoas ligadas, mais de 25% das cotas do FII, (ii) o FII deve aplicar recursos em “empreendimento imobiliário”, e (iii) o cotista relevante deve figurar como “incorporador, construtor ou sócio” deste empreendimento imobiliário.

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): [...]

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): [...]

6. A maioria qualificada da Turma discordou do i. Relator quando apontou que a regra do art. 2º “*deve ser interpretada restritivamente*”: não existe tal restrição neste comando normativo que verse sobre sócio direto ou indireto, nem alusão à necessidade de simultaneidade da atuação do cotista relevante etc. Inclusive, o art. 2º, ao empregar a expressão “*ou em conjunto com pessoa a ele ligada*”, já revela que sua interpretação deve ser abrangente. A 1ª Turma da CSRF deste CARF já assentou o seguinte:

A figura do sócio é completamente atípica aos empreendimentos imobiliários e não faria qualquer sentido utilizá-la de forma estrita, sob pena de desvirtuamento do real propósito da lei, que é o de evitar o comportamento elisivo do contribuinte, consistente em se utilizar da sistemática de tributação favorecida dos FII para o exercício de atividade empresarial de empreendimentos imobiliários⁴.

7. Nesse passo, concorda-se com a Fiscalização quando dispõe que:

36 Importa agora aprofundar os conceitos mais disputados nessa relação: as figuras do incorporador, construtor e sócio. E, nesse ponto, não há como não fazer remissão à Lei 4.591/64, que é a chamada Lei dos Condomínios, que trouxe pela primeira vez a figura do incorporador ao direito brasileiro. Estabelece o art. 29 da Lei 4.591: [...]

37 O importante é observar que o incorporador é um ator central na edificação de empreendimentos imobiliários, cercado de duas outras figuras também fundamentais: a do construtor e a do proprietário do terreno onde se dará a obra. É o que se vê no artigo 31 da mesma lei, que define quem pode ocupar esse papel: [...]

38 Vemos como nesse texto legal aparecem, de forma paralela, os três elementos da regra de 25%, sendo o incorporador claramente definido e delimitado, o construtor também contextualizado podendo inclusive se confundir com o incorporador; e o proprietário do terreno, ou seja, o dono, proprietário ou sócio do empreendimento. São os mesmos três elementos da regra de 25%, com uma diferença importante em relação ao último: [...]

39 Assim, 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

⁴ Ac. nº 9101-004.580, s. 4/12/2019, Rel. Cons. Demetrius Nichele Macei

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”.

(..)

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.

8. Então, para caracterizar as pessoas físicas como sócias e cotistas relevantes, concluiu assim:

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 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

9. As conclusões fiscais foram corroboradas pela DRJ, acedendo-se ao seu entendimento:

75. 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).

76. 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 (destacamos)

CONCLUSÃO

10. Por todo o exposto, conheço os recursos, rejeito as preliminares de nulidade e, no mérito, dou-lhes parcial provimento para cancelar as autuações relativas a valores de Ajuste a Valor Justo e quanto às multas regulamentares lançadas pelo descumprimento de obrigações acessórias.

Assinado Digitalmente

Rafael Taranto Malheiros