



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10580.731272/2021-68
Recurso Voluntário
Acórdão nº 2301-011.267 – 2ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 07 de maio de 2024
Recorrente EDUARDO DE SOUZA RAMOS
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2016, 2017, 2018, 2019

FATOS PASSADOS. REPERCUSSÃO EM EXERCÍCIOS FUTUROS. FISCALIZAÇÃO. POSSIBILIDADE. DECADÊNCIA. NÃO APLICÁVEL.

O contribuinte está sujeito à fiscalização de fatos ocorridos em períodos passados, ainda que não seja mais possível efetuar exigência tributária, em face da decadência, quando eles repercutam em exercícios futuros, pois o procedimento de fiscalização não está sujeito ao prazo decadencial, somente o lançamento.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA (IRPF)

Ano-calendário: 2016, 2017, 2018, 2019

PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO. SIMULAÇÃO.

Só é considerado válido o planejamento tributário - conjunto de medidas e atos adotados pelo contribuinte na organização de sua vida econômico-fiscal - se este se pautar pela legalidade, com o afastamento de abuso de direito em relação aos atos e negócios praticados.

O fato de cada uma das transações dentro do grupo societário, isoladamente e do ponto de vista formal, ostentar legalidade, não garante a legitimidade do conjunto de operações, quando restar comprovado o abuso de direito, visto que, por trás da verdade declarada, de uma aparente reorganização societária, existia a intenção de dissimular a ocorrência de fato gerador de IRPF.

FUNDO DE INVESTIMENTO. DESCONSIDERAÇÃO.

Com a desconsideração de fundo de investimento, tal entidade não se torna inválida ou inexistente, porém fica suspensa a eficácia de sua formação quanto a determinado(s) ato(s) praticado(s) pelo fundo.

Nesse passo, a desconsideração do fundo de investimentos não faz retroagir a estrutura societária do grupo empresarial para o momento anterior à criação de tal fundo, pelo que o fato gerador do tributo deve ser analisado (inclusive quanto à identificação do sujeito passivo) na data de sua efetiva ocorrência, apenas retirando o fundo de investimento da citada estrutura.

DESCONSIDERAÇÃO DE FUNDOS DE INVESTIMENTO.

Comprovada a interposição de fundos de investimento, com o fim exclusivo de usufruir de benefício fiscal, deve desconsiderar os fundos de investimento, de modo a cobrar o tributo do cotista desse fundo, beneficiário dos rendimentos

MULTA DE OFÍCIO. QUALIFICAÇÃO.

Estando comprovado nos autos a prática de atos simulados, com o objetivo de eximir-se do pagamento dos tributos devidos, torna-se cabível a aplicação da multa qualificada.

MULTA QUALIFICADA. RETROATIVIDADE BENIGNA. REDUÇÃO A 100%.

O inciso VI, §1º, do art. 44 da Lei n. 9.430/96, deve ser aplicado, retroativamente, tratando-se de ato não julgado definitivamente, conforme o art. 106, inciso II, alínea 'c', do CTN.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, rejeitar as preliminares e dar provimento parcial ao recurso para reduzir o percentual da multa de ofício qualificada de 150% para 100%.

(documento assinado digitalmente)

Diogo Cristian Denny - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Flavia Lilian Selmer Dias - Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Flavia Lilian Selmer Dias, Vanessa Kaeda Bulara de Andrade, Rodrigo Rigo Pinheiro, Diogo Cristian Denny (Presidente).

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra o Acórdão nº 106-026.093 que julgou procedente o AUTO DE INFRAÇÃO relativo ao IMPOSTO DE RENDA DA PESSOA FÍSICA – anos calendários de 2016 a 2019 – por verificar omissão de rendimentos de aluguéis a partir da desconsideração de fundos de investimentos imobiliários (FII BRISA) titular das propriedades das quais derivam os referidos rendimentos.

A ciência do lançamento foi em 29/11/2021 (e-fl. 2000).

A impugnação foi apresentada em 23/12/2021 (e-fls. 2009 a 2042) alegando, segundo relatório da decisão recorrida que:

3.1. Compete à CVM regular os fundos de investimento (Código Civil, art. 1.368-C, § 2º) e que, no caso, a formação do FII BRISA e as suas características se enquadram nas regras editadas pela autarquia.

Isso porque, no entendimento do impugnante, o FII BRISA:

3.1.1 Foi constituído por FIM previamente existente, com recursos recebidos do IMPUGNANTE, por ser veículo consolidador de investimentos em diferentes classes de ativos, nos termos da IN CVM 555/14.

3.1.2 Adquiriu empresas imobiliárias que eram investidas por CERFCO PART. - detida pelo IMPUGNANTE -, em linha com a IN CVM 472/08, que é expressa em autorizar negócio com o cotista ou com empresa por ele controlada.

3.1.3 A cisão de CERFCO EMP. com incorporação em IVOTURUCAIA antes da sua compra pelo fundo imobiliário se deu para: (a) reunir em uma só pessoa jurídica as lajes corporativas de ambas antes de serem transmitidas ao fundo; e (b) deixar de fora os imóveis destinados à locação comercial e residencial, que não eram objeto do fundo.

Quanto às características, o FII BRISA atende à legislação, pois ela:

3.1.4 Admite e define como “fundo exclusivo” o veículo de investimento que tenha único cotista (IN CVM 472/08).

3.1.5 Autoriza que a carteira seja composta por imóveis que eram de investidas indiretas do cotista (IN CVM 472/08).

3.1.6 Faculta a contratação de consultoria imobiliária pelo administrador, inclusive quando a contratada for controlada pelo cotista (IN CVM 472/08).

3.2 O FII BRISA foi formado para atender diferentes objetivos simultâneos e que se buscava separar a operação com lajes corporativas das demais locações comerciais e residenciais para melhor controlar o retorno do investimento, contar com administrador independente e preservar o patrimônio para a sucessão entre os herdeiros. Tudo isso sem descuidar da avaliação do regime fiscal aplicável.

Tais propósitos explicariam também porque o FII BRISA foi constituído tendo como cotista único um fundo multimercado (FIM ARACATI e depois FIM BRISA), que detém as suas cotas e as cotas de outros fundos que aplicam em diferentes ativos (“fundo consolidador”).

Os mesmos fins motivaram o FII BRISA a receber novos aportes e reinvestimentos em montante equivalente a 40% daquilo que inicialmente lhe foi dirigido quando formado.

3.3. A legislação fiscal (Lei 9.779/99, arts. 1º e 2º) enumera os tipos de fundos imobiliários para os quais se nega o tratamento tributário próprio da figura por considerá-los abusivos. O caso concreto não se insere dentre eles.

3.4. Há normas tributárias que garantem: (a) a isenção dos rendimentos de fundo multimercado que investem em outros fundos, incluindo o fundo imobiliário (IN RFB 1.585/15, art. 14); e (b) que o cotista de fundo fechado (como o multimercado do IMPUGNANTE) só será tributado quando os rendimentos lhe forem disponibilizados (IN RFB 1.585/15, art. 16).

Não por acaso o Fisco em pelo menos duas oportunidades (MP 806/17 e PL 2.337/21)

já procurou o Legislativo para mudar tal regramento legal sem sucesso até o momento. Sendo assim, era vedado à fiscalização afastar unilateralmente as regras vigentes para adotar a sistemática perseguida com a mudança legislativa e de modo unilateral e retroativo como feito.

3.5. Caso fosse possível a desconsideração do FII BRISA ao argumento de que teria sido formado para diferir a tributação de rendas de aluguel dos imóveis que passaram para a sua titularidade, a requalificação necessária levaria à atribuição de tais valores à CERFCO PART., por ter sido quem transmitiu tais propriedades ao fundo.

Como, porém, o lançamento foi dirigido ao IMPUGNANTE, houve erro de sujeição passiva, com cobrança de tributo diverso daqueles que seriam devidos segundo a premissa adotada e contendo crédito tributário em montante superior ao considerado correto por essa ótica. Tudo a justificar o afastamento do lançamento, independentemente da higidez na formação e no funcionamento do FII BRISA.

3.6. Se o quanto acima pudesse ser superado, o que se admite para argumentar, ainda assim o trabalho fiscal se mostra equivocado. Isso porque se limitou a desconsiderar para fins fiscais o FII BRISA, não procedendo do mesmo modo em relação ao fundo multimercado que detinha as suas cotas (FIMs ARACATI e BRISA que o sucedeu).

O tratamento do fundo imobiliário como transparente para fins fiscais obrigava a fiscalização a atribuir aos seus rendimentos o regime tributário próprio de seu cotista.

Como o cotista era o fundo fechado multimercado, isso significava que os aluguéis deveriam ter sido tratados como isentos - regramento cabível ao FIM ARACATI e ao FIM BRISA, cf. IN RFB 1.585/15, art. 14 - e só poderiam ser tributados no seu investidor (IMPUGNANTE) caso tivesse promovido a sua distribuição (cf. IN RFB 1.585/15, art. 16), o que não ocorreu.

3.7. A insurgência fiscal foi dirigida aos eventos de formação do FII BRISA. Estes se deram em 2014, período já alcançado pela decadência. Por isso era vedado à fiscalização em 2021 objetar os atos de formação do FII BRISA, ainda que visando com isso impor exigências relacionadas aos resultados de 2016 a 2019, sob o pretexto de que os últimos ainda não teriam sido alcançados pelo lustro decadencial.

3.8. Os questionamentos da fiscalização relacionam-se aos imóveis transmitidos quando da formação do FII BRISA. Não impugnam a regularidade daqueles comprados com os aportes posteriores ou com os reinvestimentos dos resultados. Por conta disso, no mínimo, deve ser afastada a parcela do crédito tributário que alcançou os aluguéis das propriedades adquiridas pelo fundo depois de sua formação, já que o lançamento contemplou indistintamente tanto os ganhos daquelas que foram originariamente transmitidas, quanto daquelas que foram posteriormente adquiridas.

3.9. Em todo caso, deve ser afastada a multa de 150% por inexistir instrumento fraudulento que autorize a sua qualificação. Os atos praticados se deram com a publicidade própria, mediante registro em diferentes órgãos públicos, seguindo as regras do regulador da matéria (CVM).

Assim, ainda que se aceite terem proporcionado vantagem fiscal, quando muito, se qualificam como elisão, jamais como evasão, única hipótese em que caberia a duplicação da penalidade.

O Acórdão apreciou a impugnação (e-fls. 2327 a 2339) e decidiu por não acolher os argumentos.

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Ano-calendário: 2016, 2017, 2018, 2019

DECADÊNCIA. TRIBUTO SUJEITO AO LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO.

Nos lançamentos por homologação, o prazo decadencial começa a fluir a partir do fato gerador.

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Física - IRPF

Ano-calendário: 2016, 2017, 2018, 2019

PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO. SIMULAÇÃO.

Só é considerado válido o planejamento tributário - conjunto de medidas e atos adotados pelo contribuinte na organização de sua vida econômico-fiscal - se este se pautar pela legalidade, com o afastamento de abuso de direito em relação aos atos e negócios praticados. O fato de cada uma das transações dentro do grupo societário, isoladamente e do ponto de vista formal, ostentar legalidade, não garante a legitimidade do conjunto de operações, quando restar comprovado o abuso de direito, visto que, por trás da verdade declarada, de uma aparente reorganização societária, existia a intenção de dissimular a ocorrência de fato gerador de IRPF.

OMISSÃO DE RENDIMENTOS. ALUGUÉIS.

Os alugueis recebidos devem ser oferecidos à tributação nos valores que comprovadamente auferidos, comprovados pela Fiscalização.

MULTA DE OFÍCIO. QUALIFICAÇÃO.

A prática da simulação com o propósito de dissimular intuito doloso no todo ou em parte, a ocorrência do fato gerador do imposto, caracteriza a hipótese de qualificação da multa de ofício. Estando comprovado nos autos a prática de atos simulados, com o objetivo de eximir-se do pagamento dos tributos devidos, torna-se cabível a aplicação da multa qualificada.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

O contribuinte tomou ciência do Acórdão do julgamento de primeira instância em 26/10/2022 (e-fl. 2346). Em 23/11/2022, apresentou Recurso Voluntário anexado às e-fls. 2350 a 2396, aduzindo os mesmos argumentos apresentados na impugnação e também pela nulidade da decisão de primeira instância que teria sido omissa no pronunciamento de alguns pontos suscitados

A Procuradoria da Fazenda Nacional apresentou contrarrazões às e-fls. 2401 a 2427, argumentando que seria válida a decisão de piso, pois inexistia decadência, que a autuação estaria correta, que inexistia erro na determinação do sujeito passivo, sobre os limites do planejamento tributário e concluiu pela procedência da qualificação da multa de ofício.

É o relatório.

Voto

Conselheira Flavia Lilian Selmer Dias, Relatora.

Admissão do Recurso

O recurso é tempestivo e atende às demais condições de admissibilidade, portanto, merece ser conhecido.

Preliminar

Nulidade Acórdão - Falta de apreciação de todos os argumentos de defesa

O recorrente requer a anulação da decisão de piso sob o argumento que não teria se pronunciado sobre todos os argumentos trazidos na impugnação, principalmente sobre a regularidade de formação e características dos Fundos de Investimento. Cita julgados do CARF que reconhecendo omissão da decisão, anulam a decisão.

Não é o caso.

A omissão que determina a nulidade é quando não há o pronunciamento sobre um **tema** (questão, assunto) trazido na lide. Isso não é o mesmo que se pronunciar sobre todos os **argumentos** levantados para cada tema. Ademais, nem é preciso se ater aos fundamentos indicados, muito menos os apreciar um a um. Se a decisão já encontrou o motivo suficiente para amparar sua decisão, não há de se falar em omissão.

Esse é o entendimento dos Tribunais Superiores:

(...)

O Tribunal de origem **não precisaria refutar, um a um, todos os argumentos elencados pela parte ora agravante, mas apenas decidir as questões postas.**

Portanto, ainda que não tenha se referido expressamente a todas as teses de defesa, as matérias que foram devolvidas à apreciação da Corte a quo estão devidamente apreciadas.

É cediço, no STJ, **que o juiz não fica obrigado a manifestar-se sobre todas as alegações das partes, nem a ater-se aos fundamentos indicados por elas ou a responder, um a um, a todos os seus argumentos, quando já encontrou motivo suficiente para fundamentar a decisão,** o que de fato ocorreu.

Ressalte-se, ainda, que cabe ao magistrado decidir a questão de acordo com o seu livre convencimento, utilizando-se dos fatos, das provas, da jurisprudência, dos aspectos pertinentes ao tema e da legislação que entender aplicável ao caso concreto.

Nessa linha de raciocínio, o disposto no art. 131 do Código de Processo Civil: "Art. 131.

O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.

(AgRg no REsp nº 1.130.754, Rel. Min. Humberto Martins, DJ 13.04.2010).

(grifos não originais)

Essa também é a posição predominante neste Conselho:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA (IRPF)

Exercício: 2010, 2011

(...)

NULIDADE DA DECISÃO “A QUO”. FALTA DE ENFRENTAMENTO DE TODOS OS PONTOS TRAZIDOS NA IMPUGNAÇÃO. INOCORRÊNCIA.

O julgador não é obrigado a se manifestar sobre todas as alegações das partes, nem a se ater-se aos fundamentos indicados por elas ou a se manifestar acerca de todos os argumentos presentes na lide, quando já encontrou motivo suficiente para fundamentar a decisão

(Acórdão . 2201-009.786, de 06/10/2022, Relatora Conselheira Débora Fófano dos Santos.)

Estando a decisão de piso suficiente motivada, não há razão para anulá-la.

Decadência

Argumenta o recorrente que a constituição do Fundo de Investimento Imobiliário ocorreu em 2014 e o lançamento foi concluído em 2021. Assim, já teria decorrido o prazo decadencial prescrito no CTN, seja na forma do art. 150 ou do art.173

Aduz que a Administração não poderia afastar negócios de períodos já decaído para aplicar seus efeitos em períodos posteriores, por entender que o prazo decadencial aplicar-se-ia, exclusivamente à constituição do crédito tributário.

Careceria de sentido eventual entendimento contrário, de que o prazo de decadência só seria aplicável se houvesse constituição de crédito tributário. Desse modo, se não existisse um crédito a ser constituído no ano atingido pela decadência, não haveria o referido prazo, estando a Administração livre para afastar os efeitos dos atos declarados e registrados e dos contribuintes. Entender dessa forma leva ao absurdo de admitir que a Fazenda Pública possa afastar, em 2021, negócios feitos há anos, por exemplo, em 2014, para gerar a consequência de exigir tributos em relação a anos mais recentes, por exemplo, 2016-2019. É isso, aliás, justamente o que ocorreu no caso presente.

Como o lançamento está embasado na prática de simulação de ato, em tese, a forma de contagem do prazo decadencial seria a do art. 173,I, do CTN. A ciência do lançamento ocorreu em 29/11/2021, assim o crédito tributário relativo os anos-calendário a partir de 2016, são passíveis de constituição por lançamento.

Todavia, o argumento do contribuinte não é sobre a decadência dos períodos do crédito tributário abrangido no lançamento, mas de que o lançamento está baseado na descon sideração da existência do Fundo de Investimento Imobiliário formado em 2014. O argumento é que passado 5 (cinco) anos da formação do Fundo, ele, qualquer que seja o motivo, não poderia mais ser descon siderado.

Faz-se necessário separar a atividade do Fisco de realizar as conferencias para determinar a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária, da atividade de Lançamento em si.

Cito como exemplo a compensação de débitos. Quando o contribuinte ingressa com um pedido de compensação, é dever da Administração fazer a conferencia da situação fática que teria levado à apuração do indébito. Nesta atividade, não está restrito a rever somente os atos praticados dentro do período decadencial.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO (CSLL)

Ano-calendário: 2002

DECLARAÇÃO DE COMPENSAÇÃO. DECADÊNCIA. HOMOLOGAÇÃO TÁCITA. NÃO OCORRÊNCIA. CRÉDITO. NECESSIDADE DE LIQUIDEZ E CERTEZA.

O procedimento de verificação da existência do crédito pela autoridade fazendária **não está sujeito a prazo decadencial**. A não homologação da compensação no prazo de cinco anos, contado da data da entrega da declaração de compensação, afasta a homologação tácita. A homologação da compensação depende da liquidez e certeza do crédito.

(Acórdão nº 1402-005.684 – de 21/07/2021- grifos não originais)

A verificação pode e deve alcançar todo o período que participou para a formação do indébito. O mesmo raciocínio se aplica na compensação de Saldo Negativo de IRPJ.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA (IRPJ)

Exercício: 2003

POSSIBILIDADE DE VERIFICAÇÃO DA FORMAÇÃO DE SALDO NEGATIVO DE EXERCÍCIOS ANTERIORES. DECADÊNCIA. INEXISTÊNCIA.

A autoridade fiscal pode, dentro do prazo de cinco anos contados da data da apresentação da declaração de compensação (art. 74, § 5º, da Lei n. 9.430/96) verificar, para fins de homologação do crédito pleiteado, **todos os elementos que contribuíram para a formação do saldo negativo que embasou o pedido de compensação. Não se aplica à hipótese o instituto da decadência previsto no CTN, visto não se tratar de constituição de crédito tributário.**

PER/DCOMP. DIREITO CREDITÓRIO. COMPROVAÇÃO. ÔNUS DO CONTRIBUINTE.

Incumbe ao contribuinte a comprovação, por meio de documentos hábeis e idôneos, lastreados na escrita comercial e fiscal, do crédito pleiteado no recurso voluntário. Uma vez não apresentados esclarecimentos e/ou documentos com vistas a fundamentar o direito creditório pleiteado, cabe manter integralmente o que foi decidido no Despacho Decisório mantido pela DRJ.

(Acórdão nº 1401.005.822 – de 20/08/2021- grifos não originais)

E a fiscalização da contabilização de Ágio:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2011, 2012, 2013

FATOS PASSADOS. REPERCUSSÃO EM EXERCÍCIOS FUTUROS. FISCALIZAÇÃO. POSSIBILIDADE. ESCRITURAÇÃO. DOCUMENTOS. GUARDA. PRAZO.

O contribuinte está sujeito à fiscalização de fatos ocorridos em períodos passados, ainda que não seja mais possível efetuar exigência tributária, em face da decadência, quando eles repercutam em lançamentos contábeis de exercícios futuros, devendo conservar os documentos de sua escrituração, até que se opere a

decadência do direito de a Fazenda Pública constituir os créditos tributários relativos a esses exercícios.

DECADÊNCIA. AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. FATOS GERADORES DISTINTOS.

O reconhecimento do ágio não representa manifestação de fato impositivo tributário, pelo que o prazo decadencial para a constituição do crédito tributário decorrente da redução indevida do resultado do exercício inicia-se a cada amortização anual, e não com o seu registro original.

GLOSA DE DESPESAS. INCORPORAÇÃO DE SOCIEDADE INVESTIDORA (EMPRESA VEÍCULO) POR SUA INVESTIDA. AUSÊNCIA DE PROPÓSITO NEGOCIAL. AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO.

(...)

(Acórdão nº 1401.003.080 – de 22/01/2019- grifos não originais)

O ponto de intersecção entre os julgados apresentados acima é a **inexistência de prazo para a Administração apreciar todos os fatos e elementos que irão repercutir nos períodos posteriores.**

Todos confirmam a decisão de piso, que o prazo decadencial contido no CTN aplica-se, exclusivamente, ao período em que a Administração Tributária pode constituir o crédito por lançamento, mas de modo algum limite seu poder de conferência das operações de fatos passados com repercussão no futuro.

Demais preliminares

O recorrente ainda alega outras preliminares de nulidade do lançamento e erro na identificação do sujeito passivo, todavia, estes temas estão intrinsicamente relacionados com o mérito, motivo pelo qual serão enfrentados naquele tópico.

Mérito

Planejamento tributário abusivo - visão geral

É papel do Estado, em uma democracia de direito, impor limites ao planejamento tributário, para assim poder falar em justiça em seu sistema tributário.

Em um ambiente de negócios baseados na livre iniciativa e na economia de mercado, é permitida a prática, utilizando-se de condutas lícitas e com permissão legal, de evitar, reduzir ou diferir a tributação, tal comportamento é denominado de elisão fiscal.

Já se, realizado o fato gerador, o contribuinte busca evitar, reduzir ou postergar o pagamento de tributos usando práticas ilícitas (fraude, simulação), estamos diante de uma evasão tributária.

O CTN prevê no art. 149 as hipóteses de lançamento de ofício, entre eles, quando comprovado o uso de dolo, fraude ou simulação.

Contudo, há uma terceira categoria de práticas, também visando evitar, reduzir ou diferir o tributo, que, em uma análise mais rasa e só considerando cada elemento da estrutura,

tem aparência de legalidade, todavia, em uma análise mais apurada se verifica a atipicidade do negócio jurídico, o uso de grande dose de artificialidade e a clara distorção das finalidades da norma tributária. Essa prática pode ser denominada de elusão ou elisão ineficaz.

As normas que buscam combater essa prática (antielusivas), desconsideram a estrutura simulada, artificial ou realizada com abuso de direito ou forma, que não demonstra racionalidade empresarial, mas visa claramente redução fiscal, para conferir os reais efeitos da tributação.

Nosso Código Civil prevê formas de se lidar com a “infração a lei” e disciplina a nulidade absoluta do negócio jurídico nas hipóteses do art. 166 e na ocorrência da simulação, de acordo com o conceito do art. 167. Também trata da nulidade relativa, nos termos do art. 182. Todavia, a declaração dessa nulidade só se realiza pela intervenção de um juiz (art. 168) e tem como efeito excluir todo o ato posterior e restabelecer a situação anterior a nulidade.

Essa necessidade de intervenção judicial não dá à Administração Tributária a agilidade necessária a bem realizar seu trabalho. Era necessário um instrumento que pudesse de plano, desconsiderar o ato ou negócio jurídico do ato alusivo, sem depender de decisão judicial, embora sujeito ao controle posterior.

A norma tributária conta com diversas regras que visam fechar brechas legais de planejamento tributário abusivo, todavia, não é factível acreditar que o direito positivo é capaz de prever todas as formas de simulação e dissimulação possíveis e positivar em regras específicas, aí surge a necessidade de uma norma geral, a servir de norte ao combate da elusão.

Até a 2001, o sistema tributário brasileiro não contava com essa norma geral, todavia, a alteração da LC nº 104, adicionou o parágrafo único no art. 116 do CTN:

Art. 116. Salvo disposição de lei em contrário, considera-se ocorrido o fato gerador e existentes os seus efeitos:

I - tratando-se de situação de fato, desde o momento em que o se verifiquem as circunstâncias materiais necessárias a que produza os efeitos que normalmente lhe são próprios;

II - tratando-se de situação jurídica, desde o momento em que esteja definitivamente constituída, nos termos de direito aplicável.

Parágrafo único. A autoridade administrativa **poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária**, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária. (Incluído pela Lcp nº 104, de 2001)

(grifos não originais)

O projeto de alteração legislativa, na Exposição de Motivos, informa que o objetivo da mudança é combater os procedimentos de planejamento tributário praticados com abuso de forma ou de direito.

Houve inúmeras críticas a alteração legislativa, que foi inclusive objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade, ADI nº 2446 DF, questionando que violaria, entre outros, o princípio da legalidade, da tipicidade segurança nas relações jurídicas. O julgamento no Supremo

Tribunal Federal, concluído em 27/04/2022, declarou a improcedência da ação e reconheceu a constitucionalidade. A ADI foi relatada pela Ministra Carmen Lucia:

O fato gerador ao qual se refere o parágrafo único do art. 116 do Código Tributário Nacional, incluído pela Lei Complementar n. 104/2001, é, dessa forma, aquele previsto em lei.

Faz-se necessária, assim, a configuração de fato gerador que, por óbvio, além de estar devidamente previsto em lei, já tenha efetivamente se materializado, fazendo surgir a obrigação tributária

Assim, **a desconsideração autorizada pelo dispositivo está limitada aos atos ou negócios jurídicos praticados com intenção de dissimulação ou ocultação desse fato gerador.**

O parágrafo único do art. 116 do Código não autoriza, ao contrário do que argumenta a autora, “a tributação com base na intenção do que poderia estar sendo supostamente encoberto por um forma jurídica, totalmente legal, mas que estaria ensejando pagamento de imposto menor, tributando mesmo que não haja lei para caracterizar tal fato gerador” (fl. 3, e-doc. 2, grifos originais).

Autoridade fiscal estará autorizada apenas a aplicar base de cálculo e alíquota a uma hipótese de incidência estabelecida em lei e que tenha se realizado.

Tem-se, pois, que a norma impugnada **visa conferir máxima efetividade não apenas ao princípio da legalidade tributária mas também ao princípio da lealdade tributária.**

Não se comprova também, como pretende a autora, retirar incentivo ou estabelecer proibição ao planejamento tributário das pessoas físicas ou jurídicas. **A norma não proíbe o contribuinte de buscar, pelas vias legítimas e comportamentos coerentes com a ordem jurídica, economia fiscal,** realizando suas atividades de forma menos onerosa, e, assim, deixando de pagar tributos quando não configurado fato gerador cuja ocorrência tenha sido lícitamente evitada.

O entendimento que prevalece no âmbito deste Conselho, é entender a simulação ou dissimulação (simulação relativa) em um conceito mais amplo, não analisando só o resultado e a legalidade de cada elemento da estrutura do planejamento tributário, mas verificando o resultado final, avaliando o quão “artificioso” foi o caminho usado, a adequação com a finalidade da norma, e o propósito que levou aquela estrutura. Cito como exemplo das decisões sobre “incorporação às avessas”

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ
Ano-calendário: 2008

GLOSA DE AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. EXPECTATIVA DE RENTABILIDADE FUTURA. ÁGIO INTERNO. INCORPORAÇÃO ÀS AVESSAS. EMPRESA VEÍCULO.

Não produz o efeito tributário a incorporação de pessoa jurídica, em cujo patrimônio constava registro de ágio com fundamento em expectativa de rentabilidade futura, **sem qualquer finalidade negocial ou societária, sobretudo se os eventos relacionados ocorreram em exíguo lapso temporal, e se tinham o mesmo administrador. Neste caso, resta caracterizada a utilização da empresa incorporada como mero artifício para transferência do ágio à incorporadora.**

DESPESA DECORRENTE DE ATOS SIMULADOS.

É indedutível a despesa decorrente de ato apurado cuja respectiva operação societária não teve seus efeitos tributários reconhecidos.

MULTA QUALIFICADA.

Não restando comprovada nos autos a conduta dolosa, com evidente intuito de fraude, do contribuinte, é aplicável a multa no percentual de 75%, nos termos do § 1º, do artigo 44, da Lei nº 9.430/96.

MULTA ISOLADA ESTIMATIVA.

A falta recolhimento das estimativas sujeita a pessoa jurídica à penalidade da multa isolada, de acordo com a legislação.

(Acórdão nº 13011-002.725, de 20/02/2018)

Regramento da constituição de Fundo de Investimento Imobiliário e sua tributação

A Lei nº 8.668, de 1993, regulamenta Fundos de investimento do tipo FII, bem como a Instrução da Comissão de Valores Mobiliários - CVM nº 472, de 2008. Desta regulamentação, destaco:

- O Fundo não tem personalidade jurídica, possui forma de “condomínio fechado”.
- É formado pela **a comunhão de recursos captados por meio do sistema de distribuição pública de cotas** regulada pela CVM destinados a aplicação em empreendimentos imobiliários.
- A CVM regula também a constituição, administração, funcionamento e oferta pública de distribuição pública de cotas.
- Os FII são instrumentos utilizados para a captação de recursos para investimento em empreendimentos imobiliários, ou seja, uma ferramenta que permite reunir investidores com capital suficiente a permitir investimentos em empreendimentos que normalmente exigem grandes aportes de dinheiro.
- Apesar de não possuírem personalidade jurídica, os FII possuem
 - (i) capacidade processual (representados pela instituição administradora);
 - (ii) patrimônio próprio (distinto do patrimônio da instituição administradora e do patrimônio dos quotistas);
 - (iii) escrituração contábil própria; e
 - (iv) órgão representativo de investidores (Assembleia Geral).

O art. 16 da Lei nº 8.668 dispõem sobre a isenção do IR dos rendimentos (alugueis) e ganho de capital auferido pelo Fundo. Já o art. 17 da mesma lei determina que a distribuição dos rendimentos, apurado pelo regime de caixa, será tributado na fonte à alíquota de 20%.

Art. 16. Os rendimentos e ganhos de capital auferidos pelos Fundos de Investimento Imobiliário ficam isentos do Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro, assim como do Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza. (Vide Lei nº 8.894, de 21/06/94)

Art. 17. Os rendimentos e ganhos de capital auferidos, apurados segundo o regime de caixa, quando distribuídos pelos Fundos de Investimento Imobiliário a qualquer beneficiário, inclusive pessoa jurídica isenta, sujeitam-se à incidência do imposto de renda na fonte, à alíquota de vinte por cento. (Redação dada pela Lei nº 9.779, de 19.1.1999)

A IN SRF nº 1585, de 2015 estabelece como deve ser feita a distribuição dos lucros dos fundos:

“Art. 35. Os fundos de investimento imobiliário, instituídos pela Lei nº 8.668, de 25 de junho de 1993, **deverão distribuir a seus cotistas, no mínimo, 95% (noventa e cinco por cento) dos lucros auferidos, apurados segundo o regime de caixa**, com base em balanço ou balancete semestral encerrado em 30 de junho e 31 de dezembro de cada ano.

§1º Os lucros de que trata este artigo, quando distribuídos a qualquer beneficiário, inclusive pessoa jurídica isenta, sujeitam-se à incidência do **imposto sobre a renda na fonte à alíquota de 20% (vinte por cento)**, ressalvado o disposto no §2º. §2º Os lucros acumulados até 31 de dezembro de 1998 sujeitam-se à incidência do imposto sobre a renda na fonte à alíquota de 25% (vinte e cinco por cento).

§3º O imposto de que trata este artigo será recolhido até o último dia útil do mês subsequente ao do encerramento do período de apuração.”

Fundo exclusivo

A Instrução CVM nº 555, de dezembro de 2014, que trata do funcionamento de fundos de investimento, prevê a figura do Investidor Profissional, nos art. 127 ao 129, e do fundo criado especialmente para esse tipo de investidor.

O art. 130 define o Fundo “exclusivo”, citado na defesa do contribuinte:

Art. 130. Considera-se “Exclusivo” **o fundo para investidores profissionais constituído para receber aplicações exclusivamente de um único cotista**.

§ 1º Na emissão e no resgate de cotas do fundo exclusivo pode ser utilizado o valor de cota apurado de acordo com o disposto no § 1º do art. 16, segundo dispuser o regulamento.

§ 2º O disposto no § 1º não se aplica caso o fundo exclusivo tenha como cotista outro fundo de investimento que não esteja autorizado a utilizar a faculdade prevista no § 1º do art. 16.

No caso concreto, o recorrente argumenta que a própria CVM regulamentou a criação de fundos de único cotista, não podendo a fiscalização caracterizar esse fato como um desvio da finalidade da lei que instituiu os fundos.

O art. 2º da Lei nº 9.779, de 1999, prevê uma regra antielusiva específica para fundo de investimento imobiliário, aplicável a cotista único de fundo que também for o controlador de empresa participante do empreendimento imobiliário:

Art.2º Sujeita-se à **tributação aplicável às pessoas jurídicas, o fundo de investimento imobiliário de que trata a Lei nº8.668, 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 nº6.404, de 15 de dezembro de 1976.

A finalidade da regra é justamente não permitir o uso do fundo de investimento imobiliário como forma de organização societária com vistas a reduzir carga tributária, desvirtuando a finalidade fomentar o mercado imobiliário, através da captação por comunhão (pluralidade).

Ou seja, ainda que a IN da CVM tenha previsão do fundo “exclusivo”, em algumas situações, a lei já expressamente proíbe que se opere na forma de fundo.

Ocorre que, como já dito, a legislação positiva não tem como abranger a totalidade de situações de “potencial” planejamento tributário abusivo.

Interessante citar que o recurso traz a notícia de duas alterações legislativas que não foram levadas a diante: o Projeto de Lei nº 2.237, de 2021 e a MP 806, de 2017. Os projetos criavam figura do “come-cotas, que nada mais é que a tributação pelo IRRF de forma periódica dos fundos de investimento, independentemente da distribuição de valores:

Com efeito, em 2017, a MP 806 previu que os rendimentos de fundos fechados - a exemplo do FIM ARACATI e do FIM BRISA - passariam a ser tributados como distribuídos aos cotistas regularmente pelo “come-cotas”, independentemente de distribuição dos valores que auferissem. Conforme constou da Exposição de Motivos, o propósito era “*reduzir as distorções existentes entre as aplicações em fundos de investimento e aumentar a arrecadação federal por meio da tributação dos rendimentos acumulados pelas carteiras de fundos de investimento constituídos sob a forma de condomínio fechado, os quais se caracterizam pelo pequeno número de cotistas e **forte planejamento tributário***”. A medida, porém, sequer chegou a ser aplicada, já que não convertida em lei em tempo hábil para tanto.

Em 2021, foi apresentado pelo Poder Executivo o Projeto de Lei 2.337 (Reforma do IR) com previsão (arts. 35 a 37) e justificativa semelhantes: “*no caso dos fundos de investimento constituídos sob a forma de condomínio fechado (arts. 35 a 37), estabelece-se regra de tributação periódica (come-cotas), inclusive sobre os rendimentos acumulados pelas carteiras, equiparando-se a forma de tributação com os fundos de varejo já que aqueles se caracterizam pelo pequeno número de cotistas, patrimônio geralmente acima de dez milhões de reais **além de ser utilizado como instrumento de planejamento tributário***”, de modo que os “**Fundos exclusivos** (utilizados por pessoas com mais recursos) **passam a pagar como os demais**”. O texto segue em discussão no Congresso Nacional. (grifos originais)

Os destaques acima são feitos no recurso e demonstra que é de conhecimento geral que os fundos “exclusivos,” tal como o caso concreto em análise, são amplamente utilizados como instrumentos de “**forte**” planejamento tributário, justamente pelos benefícios fiscais que o modelo dá.

Uma rápida pesquisa do termo “fundo exclusivo” aparecem artigos sobre as vantagens tributárias da sua constituição:

Os fundos exclusivos também garantem benefícios no que diz respeito a planejamento tributário, sucessório e patrimonial. O investidor pode pagar o Imposto de Renda somente no resgate do dinheiro do fundo – mas não paga quando troca um investimento por outro. Também é possível fazer uma compensação tributária entre ativos – por exemplo, perdas com ações podem ser usadas para abater o IR de ganhos com renda fixa. **Mesmo do come-cotas é possível fugir. Fundos exclusivos estão sujeitos ao come-cotas (aquela antecipação do IR sobre os rendimentos cobrada nos meses de maio e novembro) somente quando estiverem abertos para aplicações e resgates. Então geralmente a recomendação dada por especialistas é fazer o aporte e fechar o fundo para evitar o come-cotas.** Haverá restrições para aplicações e resgates, mas para investimentos com horizonte de longo prazo isso não tende a ser um problema.

(Disponível em: Carteira administrada e fundo exclusivo: saiba como investem milionários e empresas - InfoMoney, acessado em 29/06/2023)

A publicação da Lei nº 14.754, em 2023, e sua regulamentação através da Instrução Normativa RFB nº 2166, de 2023, visou tratar da questão do diferimento da tributação sobre o imposto de renda, já que não estavam sujeito ao “come-cotas”.

A existência de regras antielusivas tem por objetivo facilitar o trabalho da Administração Tributária, que fica restrito a demonstrar de forma objetiva, a incidência ou não da regra, tal como a do art. 2º da Lei nº 9.779, de 1999.

Nos caso em que não há essa regra específica, mas se vislumbra que o planejamento que passou de “forte” para “abusivo”, é justamente o campo de aplicação da norma geral antielusiva. Aqui o ônus probatório da Fiscalização é muito maior. É necessário demonstrar a falta de propósito comercial, a atipicidade da operação, o uso de artificialismo, o desvio de finalidade, para justificar a desconsideração do modelo simulado.

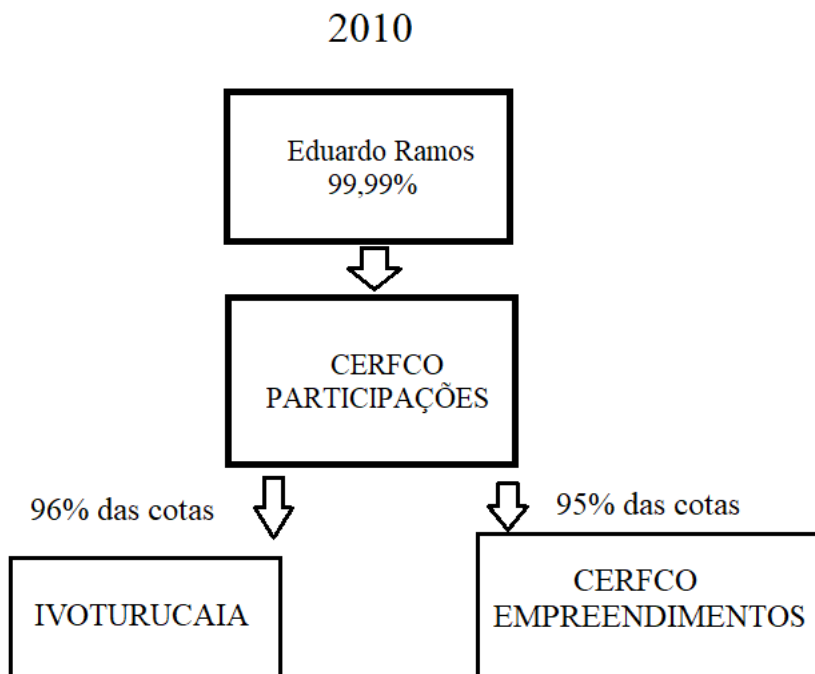
Breve histórico reorganizações societárias e constituição de Fundos

Antes da apreciação de todos os argumentos apresentados pelo recorrente é importante fazer uma breve revisão cronológica das reorganizações societárias realizadas e como foram constituídos os Fundos de Investimentos.

Em 2010 a pessoa jurídica CERFCO Participações Ltda (CNPJ nº 05.424.121/0001-84) possuía Eduardo de Souza Ramos como sócio amplamente majoritário (99,99 % das cotas)

A CERFCO Participações era controladora de outras pessoas jurídicas:

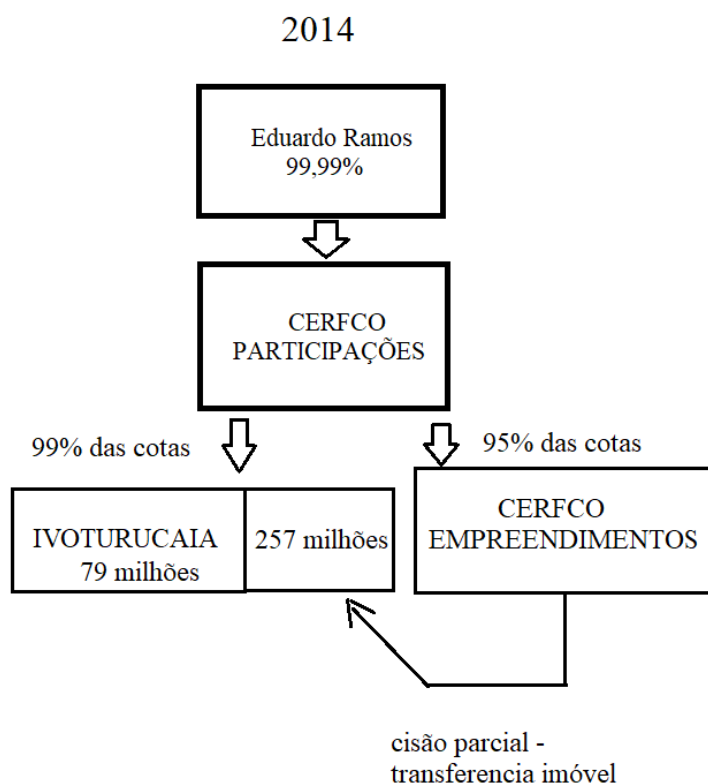
- IVOTURUCAIA Empreendimentos Imobiliários Ltda: 96% das cotas
- CERFCO Empreendimentos Ltda (atual FREC Empreendimentos Ltda): 95% das cotas



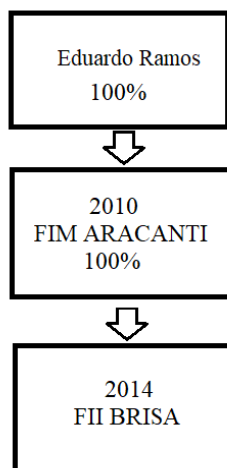
Em 2012 foi constituído o Fundo de Investimento Multimercado Crédito Privado ARACATI, sob a forma de condomínio fechado, com duração de 20 anos e administrado pelo BTG Pactual, tendo um único cotista – Eduardo Ramos.

Em 30/06/201, foi executada a cisão parcial na pessoa jurídica CERFCO Empreendimento (controlada da CERFCO participações) com redução do capital social e incorporação da parte cindida para a pessoa jurídica IVOTURUCAIA (também controlada da CERCO Participações). Após a operação, o capital social da incorporadora (IVOTURUCAIA) passou de pouco mais de 79 milhões para mais de 336 milhões. A operação foi de transferência de imóveis de propriedade da cindida (CERFCO Empreendimentos) para a incorporadora (IVOTURUCAIA). Após a reorganização societária, a participação da CERFCO Participações (controladora) ficou assim:

- IVOTURUCAIA: 99% das cotas de propriedade de CERFCO Participações
- CERFCO Empreendimentos: 95% das cotas de propriedade de CERFCO Participações
- F17 EMPREENDIMENTOS: 95% das cotas de propriedade de CERFCO Participações



No mês seguinte, 16/07/2014, foi constituído o FUNDO DE INVESTIMENTO IMOBILIÁRIO – FII BRISA RENDA IMOBILIÁRIA, na forma de condomínio fechado, tendo um único cotista o FUNDO ARACATI (criado em 2012) e tendo por objetivo a aquisição de investimento em imóveis-alvo (principalmente imóveis de propriedade direta ou indireta de Eduardo Ramos).



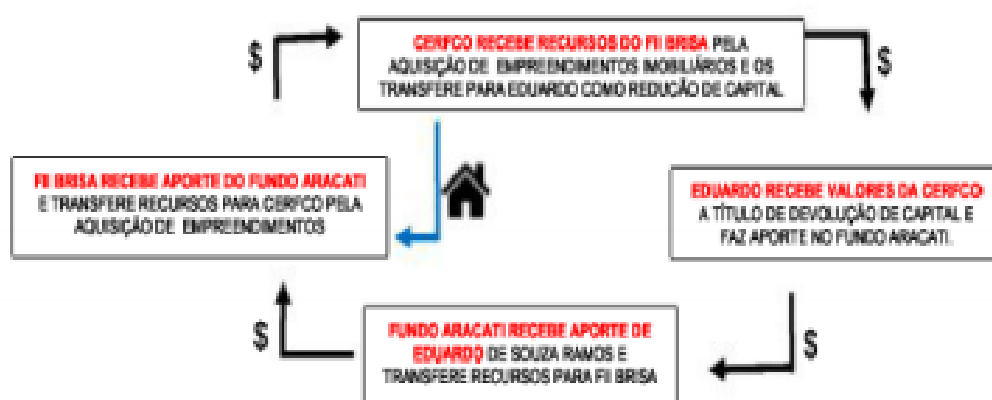
Após a reorganização societária e criação do FII BRISA, nos meses seguintes ocorreriam “simultaneamente”, venda de pessoa jurídicas controladas, redução do capital social e aporte no Fundo.

23/09/2014 –Aporte de 153 milhões de reais para FUNDO ARACATI.

1. **FII Brisa** paga a **CERFCO Participações** o valor de **153 milhões de reais** pela venda de imóvel de propriedade da pessoa jurídica.
2. **CERFCO Participações** repassa para **Eduardo Ramos**:
115,2 milhões de reais à título de quitação de empréstimo
37,78 milhões de reais na condição de sócio por redução de capital social
3. **Eduardo** faz aporte no **FUNDO ARACATI** de **153 milhões de reais**.
4. **FUNDO ARACATI** faz aporte em **FII BRISA** de **153 milhões de reais**.

A operação envolveu a participação e transferência de valores de forma simultânea e circular:

FII BRISA -> CERFCO Participações -> EDUARDO -> FUNDO ARACANTI -> FII BRISA.

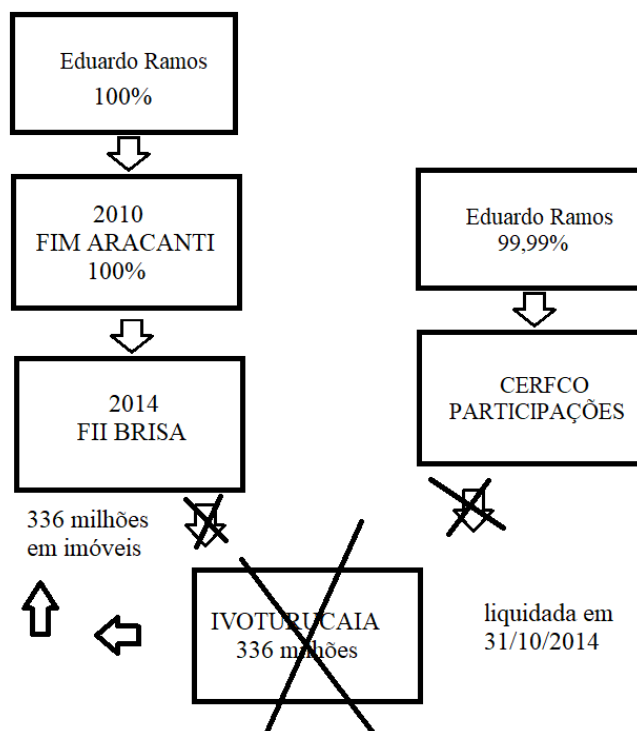
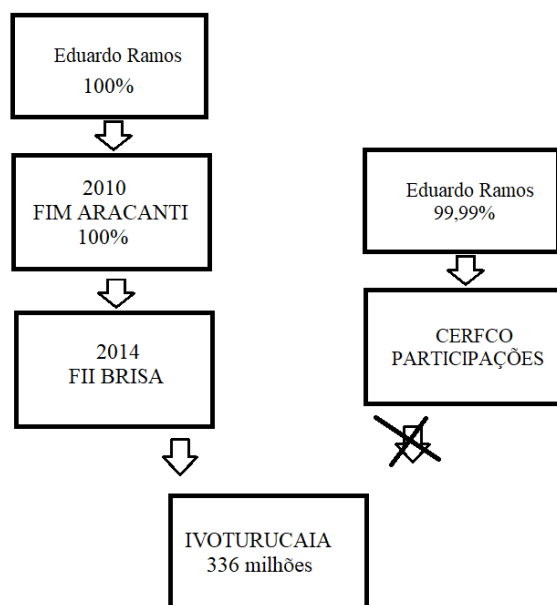


O resultado final foi uma redução do capital social da pessoa jurídica CERFCO Participações e aumento do valor do FII BRISA, com a transferência de imóvel de propriedade da pessoa jurídica para o Fundo constituído.

08/10/2014 – Aporte de 389 milhões de reais para FUNDO ARACATI

1. **FII BRISA** paga a **CERFCO Participações** de **388 milhões de reais** pela “compra” da pessoa jurídica IVOTURUCAIA (99% das cotas)
FII BRISA para **Eduardo** de **734 mil reais** pela compra da pessoa jurídica IVOTURUCAIA (0,18% das cotas)
2. **CERFCO Participações** para **Eduardo** de **388 milhões de reais** decorrente da redução de participação no capital social.
3. **Eduardo** faz aporte no **FUNDO ARACATI** de **389 milhões de reais**.
4. **FUNDO ARACATI** faz aporte em **FII BRISA** de **389 milhões de reais**.

Novamente a operação circular e simultânea envolvendo os mesmos personagens da anterior. O resultado final agora foi a transferência da controlada IVOTURUCAIA para o Fundo FII BRISA, que em operação posterior (31/10/2014), liquidou a empresa e se tornou proprietária dos imóveis. Note que um fundo, “sem personalidade jurídica” foi, por alguns meses, único sócio da pessoa jurídica.

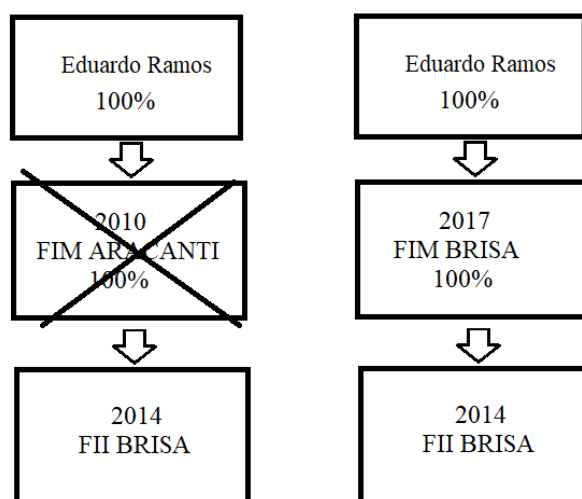


09/10/2014 – Aporte de 226 milhões de reais para FUNDO ARACATI

1. **FII BRISA** paga a **CERFCO Participações** de **266 milhões de reais** pela “compra” da pessoa jurídica FL 17 (99% das cotas)
2. **CERFCO Participações** para **Eduardo** de **226 milhões de reais** decorrente da redução de participação no capital social.
3. **Eduardo** faz aporte no **FUNDO ARACATI** de **226 milhões de reais**.
4. **FUNDO ARACATI** faz aporte em **FII BRISA** de **226 milhões de reais**

Mais uma vez uma operação circular e simultânea envolvendo os mesmos personagens das anteriores. O resultado final agora foi a transferência da controlada FL 17 para a FII BRISA.

Em 13/12/2017, a Ata da Assembleia de Quotista do FUNDO ARACATI, composta unicamente de Eduardo Ramos (único cotista) aprovou a cisão parcial para o FUNDO DE INVESTIMENTO MULTIMERCADO BRISA CRÉDITO PRIVADO INVESTIMENTO NO EXTERIOR (FIMCP BRISA), que passou a ser o intermediário entre Eduardo Ramos e o FII BRISA.



Mantida a estrutura criada pelo contribuinte, o FUNDO ARACATI (FIM BRISA), como único cotista do FII BRISA, seria o beneficiários, em tese, dos lucros distribuídos pelo Fundo Imobiliário, proveniente dos alugues recebidos, e o sujeito passivo da obrigação de recolhimento do IRRF devido na operação.

Enquanto não realizada a distribuição dos lucros, novamente em tese, o valor dos alugues recebidos pelo FII BRISA, não estariam sujeito à tributação do imposto de renda.

Enquadramento da Fiscalização

A estrutura anterior, com os imóveis sob a administração de pessoas jurídicas controladora ou controlada, qualquer que fosse a forma de tributação aplicada (lucro real ou presumido) ou o período de apuração (anual ou trimestral), obrigava a empresa a reconhecer, dentro de um período de tempo de no máximo 1 ano, a realização de todas as despesas e o

recebimento de todos os rendimentos com a apuração do “lucro”, ainda que presumido, bem como oferecer a renda obtida, à tributação. Assim, os rendimentos obtidos com os aluguéis eram tributados de acordo com o regime de tributação da empresa, mas eram periodicamente tributados.

A estrutura de Fundo fechado, sem a distribuição dos lucros, permitiu o diferimento do tributação sobre a renda auferida com os aluguéis.

No período iniciado com a constituição do Fundo em 2014, até o período fiscalizado (2016 a 2019) não há tributação dos rendimentos auferidos. Há aquisição de disponibilidade financeira, mas não a tributação da renda. São pelo menos 5 anos de diferimento.

O argumento chave da Fiscalização é que a estrutura montada pelo contribuinte seria um planejamento tributário abusivo, realizado com o fim de simular a existência de Fundo de Investimento e, se beneficiar, indevidamente das regras deste modelo. Não haveria propósito negocial nesta estrutura.

Para embasar sua tese, apontou diversos indícios da ocorrência de simulação de negócio:

- O FII BRISA não teve comunhão de recursos captados pois foi constituído por um único cotista (FUNDO ARACATI). Não houve oferta pública de cotas. Os recursos aportados foram direcionados, em sua maioria, para aquisição dos imóveis de propriedade de Eduardo Ramos.
- Duas semanas antes da constituição do FII BRISA, houve reorganização dos investimentos que seriam “aportados” no fundo, mediante cisão/incorporação de empresas (CERFCO Empreendimentos e IVOTURUCAIA)
- O movimento circular dos valores (FII BRISA -> CERFCO part -> Eduardo -> Fundo ARACATI -> FII BRISA). A transação só se sustenta no fato que tudo teria ocorrido de “forma simultânea”. Se partir de qualquer ponto inicial, sua validade é perdida. A FII BRISA, por exemplo, não tinha a liquidez para pagar a CERFCO Participações, que não tinha liquidez, para fazer a redução do capital, assim sucessivamente.
- Antes das operações de criação do Fundo FII BRISA, foi revista a cláusula contrato firmado com o BTG Pactual e FUNDO ARACANTI, para dar isenção da taxa de administração. Uma preparação para as operações que ocorreriam na sequência, criação do FII BRISA e cisão para o FIMCP BRISA.
- A CERFCO Participações foi contratada pela FII BRISA como “Consultora Imobiliária” (22/09/2014), antes mesmo da passagem dos imóveis para o Fundo FII BRISA (31/10/2014), com obrigação de assinar os compromissos, e contratos solicitados pelo Consultor (empresa antes controladora). Nessa posição, o contrato de 01/10/2014, firmado pela esposa do contribuinte (também sócia minoritária da CERFCO

Participações – agora “Consultora Imobiliária), **assina como Locadora, Fiadora e Locatária**, evidenciando a “confusão” da estrutura.

- O contrato “pretendeu justificar” a movimentação financeira entre o FII BRISA e a contratada CERFCO Participações. Há pagamentos contabilizados à título de serviços prestados, pagamento de aluguéis, e “outros créditos”, que seriam proveniente de reembolso de despesas pagas pelo Consultor Imobiliário, e por ele mesmo autorizado o pagamento. A proximidade cotista/consultor imobiliário (com atribuições de gestor), permitiu grande controle em relação aos investimentos.

Em resumo, a interposição do FUNDO ARACATI (FIM BRISA) e a formação do FII BRISA, bem como os aportes realizados, permitiriam transferir as propriedades de imóveis de Eduardo Ramos, até então controlados indiretamente através de pessoas jurídicas, para o Fundo sem personalidade jurídica, com tributação favorecida, sem que tenha havido captação de recursos no mercado.

Como não houve resgate, não houve a incidência do imposto de Renda na fonte sobre os rendimentos obtidos com os aluguéis dos imóveis, e o valor foi utilizado para aquisição de outros imóveis-alvos (propriedade de Eduardo Ramos)

Assim a Fiscalização concluiu:

Na contramão desse conceito encontra-se o suposto Fundo Imobiliário BRISA. **É evidente que 100% dos empreendimentos imobiliários adquiridos pelo FII BRISA pertenciam a Eduardo de Souza Ramos e à empresa CERFCO PARTICIPAÇÕES LTDA, cuja participação societária de Eduardo era de 99,99% do capital social. Eduardo, por sua vez, era cotista exclusivo do FIMC ARACATI, que era o único cotista do FII BRISA. O cotista Eduardo de Souza Ramos manteve a gerência do Portfólio do FII BRISA, mesmo que de forma indireta, utilizando a empresa CERFCO PARTICIPAÇÕES LTDA, contratada para prestar serviços de Consultoria Imobiliária, com poder decisório, conforme já abordado. A nova estrutura manteve, portanto, o mesmo formato de gerência, desvirtuando a ideia de um verdadeiro Fundo de Investimento Imobiliário e evidenciando a intenção única de se valer da legislação tributária incentivada dos Fundos Imobiliários Brasileiros. Diante de todo o exposto, é possível afirmar que o FII BRISA não corresponde de fato a um Fundo Imobiliário, conforme conceitua a Lei 8.668/93. A formação da estrutura do dito FII BRISA restou carente de captação e comunhão de recursos e não se prestou ao fomento do setor imobiliário, mantendo-se na realidade sob a mesma gerência anterior.**

(...)

A estrutura construída mediante a utilização da forma de um Fundo de Investimento Imobiliário, visando a blindagem tributária dos empreendimentos do fiscalizado, foi, inquestionavelmente, planejada e executada de maneira INTENCIONAL. A concepção de um Fundo Imobiliário (FII) inicia-se quando um gestor de uma entidade financeira identifica uma oportunidade no mercado imobiliário. Na sequência, o gestor começa um processo para estruturação do Fundo de Investimento Imobiliário (FII), inscrição no CNPJ, registro na CVM e captação de recursos para aquisição do empreendimento objeto do FII. A partir desse momento os investidores terão direito proporcional ao seu percentual de cotas, aos rendimentos distribuídos e à valorização do patrimônio do fundo.

No caso do FII BRISA, aconteceu a lógica inversa. Não foi um administrador/gestor de mercado que percebeu uma oportunidade de lançamento de um fundo para determinado segmento. **O FII BRISA foi constituído para que atendesse aos interesses do fiscalizado.** Conforme detalhado no item 3 do presente termo, em junho/2014, duas semanas antes da constituição do FII BRISA, houve a reorganização dos investimentos que seriam “aportados” no FII BRISA, mediante cisões de empresas do grupo, sendo, inclusive, vertidos para a empresa IVOTURUCAIA (principal veículo de condução dos empreendimentos para o novo formato de investimento), ativos da ordem de R\$257.049.411,00 (duzentos e cinquenta e sete milhões, quarenta e nove mil, quatrocentos e onze reais). **A transferência dos empreendimentos para a estrutura de fundo foi também planejada.** Supondo que o início dessa movimentação tenha se dado com aportes financeiros do fiscalizado no fundo, tal premissa restaria inválida, visto que tais valores foram suportados pela redução de capital da empresa CERFCO PARTICIPAÇÕES LTDA (30ª Alteração Contratual) e que tal redução só seria possível se a empresa já tivesse recebido os valores acordados pela transferência dos empreendimentos imobiliários ao FII BRISA, pois sem essa etapa, a CERFCO não alcançaria a liquidez necessária para efetivar a redução de capital em moeda, conforme acordada. Qualquer que seja o ponto de início dessa movimentação circular, nenhuma hipótese seria verdadeira. A validade se sustentou na movimentação simultânea de valores que, a propósito, não foi declarada e não consta em nenhum sistema de controle desse órgão. Por fim, **Eduardo de Souza Ramos manteve a administração de seus empreendimentos mediante a figura do Consultor Imobiliário,** exercido pela empresa CERFCO PARTICIPAÇÕES LTDA, onde participou como **sócio administrador, juntamente com seu cônjuge, tendo poderes de gestão, inclusive sob a Administradora** que, conforme já abordado, deveria “Assinar os compromissos, escrituras, contratos e demais documentos em até 5 (cinco) dias úteis da solicitação formal do Consultor Imobiliário.” Foi verificado, portanto, **o desvirtuamento intencional da finalidade básica do Fundo de Investimento Imobiliário ora tratado, mediante atos formalmente praticados que, analisados pelo seu todo, demonstram que o fiscalizado tinha como único objetivo travestir-se de Fundo e alcançar, assim, os benefícios tributários concedidos a esse segmento.**

(grifos não originais)

A Fiscalização também aponta que a criação do FUNDO ARACATI serviu de barreira para distanciar o real beneficiário do FII BRISA (Eduardo Ramos) da tributação e da realização fatos geradores (obter renda de aluguéis).

Afastada toda a estrutura do Fundo FII BRISA e a interposição do FIM CP BRISA no tocante as cotas do FII BRISA, o Fiscal apontou o contribuinte pessoa física como real beneficiário dos lucros, motivo pelo qual faz o cálculo do rendimento de acordo com as regras aplicáveis ao imposto de renda retido na fonte de pessoa física, e justificou:

A desconsideração do fundo de investimento não faz retroagir a estrutura societária do grupo empresarial para o momento anterior ao planejamento tributário, visto que o **fato gerador do tributo deve ser analisado na data de sua efetiva ocorrência,** apenas retirando os fundos de investimento da citada estrutura. Afastado o arranjo tributário, **visto incabível a estrutura simulada FII BRISA/FIMCP ARACATI, e posteriormente FII BRISA/FIMCP BRISA,** salta aos olhos o **fato gerador do tributo, referente aos rendimentos de aluguéis, cujo real beneficiário e sujeito passivo da obrigação é o fiscalizado EDUARDO DE SOUZA RAMOS.**

(grifos não originais)

Reestruturação Societária e Formação dos Fundos

No recurso é alegado no mérito que não houve vício nas operações de reestruturação e na formação e características do FII BRISA, de modo que não se pode desconsiderá-lo.

Afirma que há legalidade na formação do FII BRISA:

Como se verá na sequência, a formação do FII BRISA se deu segundo operações previstas nas regras da CVM, assim como as suas características seguem igualmente a regulamentação em vigor editada por referida autarquia. Tais elementos foram ignorados pela fiscalização ao lavrar o auto de infração e se não tivessem sido completamente desconsiderados pelo acórdão recorrido, certamente teriam implicado a revisão do lançamento e o cancelamento da exigência.

Para isso traz a questão da permissão legal da reestruturação de empresas (cisão e incorporação ocorridos pouco antes da formação do fundo).

No tocante as características do FII BRISA, afirma que não há desvirtuamento das características pela ausência de “comunhão” de recursos e de “condomínio”, por haver um único cotista, pois tal forma é permitida expressamente pela legislação da CVM (IN CVM nº 555, de 2014). Alega ainda inapropriada a afirmação de falta de “captação de recurso”, devido ao fato da compra ter ocorrido com empresa controlada pelo cotista, pois a CVM também autoriza essa operação (IN CVN nº 472, de 2008). Continua por defender a ausência do “suposto controle” que a CERFCO Participações (controladora) exercia sobre o FII BRISA, pois tratava-se de um consultor especializado, também permitido pela CVM (IN CVN nº 472, de 2008).

No tocante a formação do FII BRISA, aduz que houve a transmissão de recurso para o fundo para a aquisição das empresas imobiliárias, mas que tal procedimento não era essencial, pois poderia ter o aporte direto. Afirma que o essencial era a avaliação ao parâmetros de mercado.

Os valores que o RECORRENTE utilizou para aportar no FIM ARACATI e que depois foram transmitidos ao FII BRISA tiveram origem parte em disponibilidades já na posse direta da pessoa física e parte em redução de capital de CERFCO PART., da qual é sócio. Do total de R\$ 769mi aportados nas três capitalizações de 2014 (23/09, 08/10 e 09/10), R\$ 75mi tiveram origem em disponibilidades já na titularidade direta do RECORRENTE e R\$ 694mi a partir da redução de capital de CERFCO PART., deliberada em 23/09/14. A redução de capital de pessoa jurídica, quando considerado excessivo para as suas atividades, é prevista na legislação, competindo aos sócios decidir acerca da matéria (Código Civil, art. 1.0825). A razão particular (motivo) para assim se proceder e o destino dos valores são indiferentes para avaliar a sua regularidade. O fundamental é a existência e disponibilidade dos recursos. Estes aspectos não foram questionados pela fiscalização nem combatidos na decisão recorrida, o que significa ser incontroverso que a empresa tinha os recursos à disposição, de modo que, tendo os seus sócios decidido que não seriam mais utilizados nas suas atividades, nada mais natural a deliberação pela sua restituição.

Da mesma forma, inexistente vício em função de os recursos obtidos com a redução de capital de CERFCO PART. - somados às disponibilidades que já eram de posse direta do RECORRENTE - terem sido canalizados ao aporte no FIM ARACATI e por esse “Art. 1.082. Pode a sociedade reduzir o capital, mediante a correspondente modificação do contrato: [...] se excessivo em relação ao objeto da sociedade”. Original 13 2493764v2 438/41211 repassados ao FII BRISA, que os utilizou na aquisição das participações nas empresas imobiliárias que eram detidas por CERFCO PART. Certo é que, sendo os valores passíveis de livre movimentação pelo RECORRENTE, eles

poderiam ser destinados a quaisquer fins. A capitalização do FIM ARACATI podia ser feita com outras disponibilidades do próprio RECORRENTE, a tomada de financiamento (inclusive dando em garantia investimentos de sua titularidade) etc., assim como também poderia ter dado como acabou por ser implementado no caso concreto. Tanto o caminho adotado, quanto os outros que poderiam ser utilizados, levam a um mesmo resultado. O que se identifica é que **o caminho escolhido não é inusual, quanto menos abusivo ou ilegal.** Tanto é assim que diferentes fundos imobiliários têm previsões semelhantes em seus atos, permitindo a compra de imóveis de seus cotistas ou de empresas a eles relacionadas⁶. Na verdade, sequer era necessário que o FII BRISA recebesse recursos e comprasse as empresas para que os investimentos nas pessoas jurídicas imobiliárias de CERFCO PART. passassem a ser de sua propriedade. Isso porque a legislação prevê, ao lado da capitalização, a possibilidade de o fundo ser formado mediante “a integralização em imóveis, bem como em direitos relativos a imóveis” (IN CVM 472/08, art. 11)

Logo, bastava CERFCO PART. aportar os seus investimentos imobiliários no FII BRISA e depois transferir as cotas recebidas ao FIM ARACATI e, ao final, reduzir o seu capital entregando as cotas do último pelo valor de aquisição ao RECORRENTE, como admite a legislação fiscal (Lei 9.249/1995, art. 22). O resultado seria rigorosamente o mesmo. A imaginada “operação direta” teria o mesmo efeito daquela considerada “indireta”.

Por fim afirma que todo a operação tinha um propósito negocial, e alega genericamente que os principais objetivos eram organizar o patrimônio, facilitar o processo sucessório e obter gestão mais eficiente e profissional:

Aliás, a razão para a constituição do FII BRISA **não se resumiu à obtenção de vantagem fiscal**, como afirmou a peça de acusação e o acórdão recorrido (fl. 2.336) repetiu (apesar de ambos não terem indicado como e qual teria sido o ganho imaginado obtido – o que evidencia a carência de motivação). Os objetivos eram variados. Visava-se, dentre outros propósitos, **organizar o patrimônio correspondente aos imóveis que fossem lajes corporativas**, o que seria passível de ser transmitido por sucessão e passar por diferentes gerações sob gestão profissional e independente, viabilizando tanto a **administração eficiente, quanto a redução dos riscos de conflito entre os herdeiros.** **No tocante à sucessão, era importante a formação de veículo como o fundo de investimento com administrador e gestor profissional, reduzindo a interação entre cotistas** para a condução dos negócios (mais presente em pessoa jurídica empresária), dado envolver 4 (quatro) filhos (herdeiros necessários) de diferentes relacionamentos, com formações e aptidões diversas, sem interação contínua, até por terem domicílio em diferentes países. Acrescente-se ainda nesse aspecto que, como o valor das cotas é divulgado periodicamente pelo administrador, é mais fácil quantificar o ativo para fins de partilha entre os herdeiros do que na transmissão de participação no capital de pessoa jurídica (tal, aliás, deverá servir ao interesse do próprio Fisco nas eventuais incidências aplicáveis por ocasião da referida sucessão)

A perseguição de objetivos diversos fica ainda mais evidente ao se identificar que o FII BRISA tem as suas cotas detidas por fundo multimercado (FIM ARACATI e depois FIM BRISA), o que é natural no planejamento que se presta tanto a **preservar o patrimônio construído, quanto a organizá-lo para poder ser futuramente sucedido pelos herdeiros**, sem se resumir a imóveis, mas compreendendo também outras classes de ativos concentrados no “fundo consolidador” (FIM). Aliás, face aos objetivos perseguidos, ilógico seria que o fundo imobiliário não fosse de titularidade do fundo multimercado. Não por acaso, o caminho adotado não foi escolhido somente pelo RECORRENTE. Há outros que, ao formarem patrimônio imobiliário, optam por colocá-los em fundo de investimento, inclusive com cotas detidas por FIM, **visando melhor eficiência na gestão e harmonia entre herdeiros.**

Primeiro ponto de importante destaque é que o Termo de Verificação Fiscal jamais questionou a legalidade das operações consideradas isoladamente. Portanto, qualquer alegação de legalidade pontual é insuficiente a justificar o todo.

O que se buscou determinar é se a operação, vista no todo, tinha propósito negocial, usou de caminhos lógicos, coerentes e típicos, não se utilizou de artificialidades para esconder o propósito de reduzir a carga tributária.

Quanto às reestruturações societárias, de fato há previsão legal para tais operações, todavia o foco é saber qual o propósito da reestruturação, e não se poderia ou não existir. Segundo a defesa, o propósito era agrupar tipos de investimentos semelhantes. Essa afirmação em nada desabona a conclusão do Fiscal que foi um ato preparatório para as operações posteriores, do contrário, só reafirma.

Quanto as características descritas para um fundo tipo FII, a defesa argumenta que as normas da CVM permitem que o fundo tenha um único cotista e que se adquira exclusivamente imóveis de propriedade direta ou indireta do cotista. Isso também é fato.

Já foi transcrita anteriormente a legislação da CVM que menciona o investidor profissional, que pode ser único.

A outra norma (IN CVM 472, de 2008 – art. 34) afirma que a aquisição de imóveis nessa qualidade se considera conflito de interesse então demandará aprovação da Assembleia. O contexto da norma é justamente a pluralidade de cotistas e os demais são um mecanismo de freio a eventual abuso. Contudo, neste caso é inócuo, posto que, com um único cotista, jamais haverá oposição na Assembleia.

Novamente temos o problema que, isoladamente, legislações esparsas até aparentam regularidade, mas na visão do global não dá para sustentar que a formação deste tipo de fundo, no limite das exceções, formado por um único sócio, constituído unicamente de recursos internos do grupo econômico, servindo ao propósito de administrar imóveis próprios, atenderia as finalidade macro do fundo de investimento que é ter pluralidade de cotistas, contribuindo com o aporte de recursos e assim captar volume suficiente para investir em empreendimentos imobiliários relevantes de forma a fomentar o mercado. A concessão de benefício fiscal é justamente com o propósito de permitir esse tipo de operação e não ser usada em usos tão personalíssimos.

Passando à questão da formação do FII BRISA. Segundo a defesa, a maior parte dos valores utilizados para aporte no FUNDO ARACATI, e depois transferido para o FII BRISA, teria saído da disponibilidade do contribuinte que teria recebido da CERFCO Part à título de redução do capital, e novamente afirma a regularidade da operação de redução de capital.

Neste caminho, o dinheiro teria partido da CERFCO Part para o sócio majoritário (Sr. Eduardo), dele para o FUNDO ARACATI, e então para o FII BRISA, que usou o valor para comprar imóveis da CERFCO, retornando assim o valor para a controladora.

A regularidade da operação de redução de capital não é o foco, seu propósito sim.

Segundo o TIF, as operações de transferências de valores e bens entre os diversos elos da cadeia ocorreram de forma “simultânea”. Não dá para precisar qual é o início e fim da operação, motivo pelo qual denominou de circular.

A operação do dia 23/09/2014, por exemplo, a CERFCO delibera pela redução de capital, operação legal, contudo, **a transferência de valores no mesmo dia da deliberação não é negócio típico**. É necessário existir disponibilidade financeira do recurso para transferência. Contrariamente ao afirmado no Recurso, mas não comprovado, **o Fiscal afirma que não existia a disponibilidade financeira na controladora, assim não tem como justificar qualquer pagamento ao sócio**. A operação só foi “coberta” pelo retorno do valor pela “venda” ao FII BRISA, no mesmo dia. O encadeamento apresentado não tem lógica no mundo real, demonstrando a “artificialidade”, típica de dissimulações.

Por isso o Fiscal nomeia a operação de “circular” e “simultânea”, o que jamais poderia ocorrer no mundo real. Nada no recurso infirma esse argumento. Na verdade a defesa, ao invés de esmiuçar mais a operação realizada, para provar sua congruência, opta por argumentar que existiriam outras formas de proceder e obter o mesmo resultado.

Não tem como analisar tal argumento em tese. Tivesse seguido outro caminho, teria a Fiscalização que analisar, no caso concreto, os passos seguidos. Neste caso a análise não é do fim perseguido, mas se o caminho percorrido ser lógico, congruente, possível de acontecer no mundo real (sem artificialidade).

Os argumentos de propósito comercial são extremamente genéricos impossibilitando qualquer tentativa de comparação mais apurada de modelos.

Mas também em termos genéricos, a eficiência na gestão de negócios será mais ou menos eficiente dependendo muito mais da estrutura interna de organização do que da casca (modelo). O modelo pode até favorecer, mas há muito mais variáveis a considerar.

A segregação por tipo de investimento, também colocada genericamente, não justifica usar um modelo em preferência a outro. Não há como aceitar que o tipo de negócio escolhido é mais eficiente se usar o modelo Fundo e para os demais é melhor usar a estrutura empresarial, sendo todos empreendimentos imobiliários. Faltou explicitar melhor esse ganho.

Finalmente, o argumento de facilitação do processo sucessório. Novamente posto de forma tão genérica que impede qualquer juízo de valor.

Em conclusão, os argumentos trazidos no recurso não são suficientes para afastar a conclusão do Lançamento de que houve construção planejada e intencional de estrutura com fim primordial de impedir, reduzir ou diferir o pagamento de tributo, configurando planejamento tributário abusivo.

Sujeito passivo da obrigação tributária

Concluído pela desconsideração da formação de ambos os fundos no que tange aos efeitos tributários do recebimento de aluguéis dos imóveis sob o controle do FII BRISA, o Fiscal concluiu que o sujeito passivo do lançamento era o fiscalizado, na pessoa física.

O recorrente sustenta que, se desconsiderar o FII BRISA o sujeito passivo seria a CERFCO Part, posto que ela existe, continua em operação e seria, no teor da narrativa, a responsável pela transferência dos imóveis, devendo ser restabelecida a situação de fato pré-existente.

Referidos aspectos revelam assim que, ainda que fosse acertada a ilação de que o titular dos imóveis nunca deixou de deter a sua propriedade, tendo simulado formar o fundo imobiliário somente para diferir a tributação dos aluguéis, como é a acusação posta, a consequência, evidentemente, deveria ser afastar os atos abusivos e sujeitar à tributação quem visou obter vantagem fiscal por meio deles. Afinal, a desconsideração dos atos definidos como ilegítimos e a sua requalificação, logicamente, devem levar ao reestabelecimento da situação de fato pré-existente, justamente aquela da qual se buscou escapar mediante a adoção das medidas classificadas como abusivas.

O argumento do TIF é que deveria ser considerado o sujeito passivo no momento do fato gerador, iniciado em 2016, e não fazer retroagir as reorganizações ocorridas em 2014.

Em resumo, o recorrente quer a desconsideração de todas as operações, para tributar tal qual era a situação em 2014. O Fiscal só afastou o modelo FII BRISA e a barreira do FUNDO ARACATI, para os imóveis do FII BRISA. Desconsiderados esses dois elementos, restou o único cotista do FUNDO ARACATI, o recorrente.

As contrarrazões da Procuradoria levanta um ponto importante na análise, a desconsideração dos negócios jurídicos que o CTN se refere é diferente da nulidade de ato ou negócio tal qual tratado no Código Civil.

A nulidade do CC cancela os efeitos posteriores e recoloca a situação como era antes do negócio nulo, mas só se aplica por determinação judicial. Já as regras do CTN permitem afasta a estrutura simulada, mas não cancelar operações, com fim de alcançar os reais efeitos tributários. O lançamento se reporta ao fato gerador e é ele que deve “comandar” o lançamento.

O Acórdão abaixo trata de uma situação similar, mas não idêntica, de afastamento do modelo FI, e tributação na pessoa física. A situação descrita é perfeitamente aplicável ao caso concreto e conclui pela não retroação para as estruturas anteriores ao Fato Gerador e tributação na pessoa física do cotista:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

Data do fato gerador: 09/08/2012, 21/02/2013, 09/11/2015, 07/10/2016

DECADÊNCIA. GANHO DE CAPITAL. TERMO DE INÍCIO.

A incidência do IRPF sobre ganhos de capital ocorre sob o regime de caixa, pelo que não se encontra decaído o lançamento fiscal cientificado ao contribuinte antes do prazo quinquenal, com termo de início na data do efetivo recebimento dos recursos alusivos à alienação.

PEDIDO DE NULIDADE. IDENTIFICAÇÃO DO SUJEITO PASSIVO.

FUNDO DE INVESTIMENTO PERTENCENTE A GRUPO EMPRESARIAL.
DESCONSIDERAÇÃO.

Com a desconsideração de fundo de investimento, tal entidade não se torna inválida ou inexistente, porém fica suspensa a eficácia de sua formação quanto a determinado(s) ato(s) praticado(s) pelo fundo.

Nesse passo, **a desconsideração do fundo de investimentos não faz retroagir a estrutura societária do grupo empresarial para o momento anterior à criação de tal fundo, pelo que o fato gerador do tributo deve ser analisado (inclusive quanto à identificação do sujeito passivo) na data de sua efetiva ocorrência, apenas retirando o fundo de investimento da citada estrutura.**

FUNDO DE INVESTIMENTO EM PARTICIPAÇÕES - FIP. FINALIDADE. EMPRESAS OPERACIONAIS PREVIAMENTE CONTROLADAS PELO GRUPO EMPRESARIAL ANTES DA CRIAÇÃO DO FIP. DESNECESSIDADE. FALTA DE PROPÓSITO NEGOCIAL.

O fundo de investimento em participações tem como finalidade precípua a realização de investimentos novos, e não a gestão profissional de investimentos antigos, assim representados por empresas operacionais que já pertenciam àquele grupo empresarial, antes da criação do FIP.

No caso de FIP criado para gerir empresas operacionais previamente controladas pelo grupo empresarial, os ganhos esperados pelos cotistas do FIP seriam os mesmos que obteriam se mantivessem diretamente o controle das empresas, revelando-se, assim a desnecessidade de tal FIP e sua falta de propósito negocial.

DESCONSIDERAÇÃO DE FUNDOS DE INVESTIMENTO.

Comprovada a interposição de fundos de investimento, com o fim exclusivo de usufruir da isenção de imposto de renda sobre o ganho de capital na venda de sociedade formalmente controlada por tais entidades, deve-se desconsiderar os fundos de investimento, de modo a cobrar o tributo dos cotistas desses fundos, proprietários últimos das ações da sociedade vendida.

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA. INTERPOSIÇÃO DE FUNDOS DE INVESTIMENTO.

Identificado o dolo do agente na interposição de fundos de investimento entre seus cotistas e a companhia operacional vendida, para beneficiar-se de isenção de imposto de renda sobre o ganho de capital na mencionada venda, deve-se qualificar a multa de ofício.

MULTA DE OFÍCIO. NATUREZA CONFISCATÓRIA.

INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI. DISCUSSÃO NO ÂMBITO ADMINISTRATIVO.

No âmbito do processo administrativo fiscal, é vedado o afastamento da aplicação de lei, sob fundamento de inconstitucionalidade, pelo que a autoridade julgadora administrativa não tem competência para afastar o dispositivo legal que determina a cobrança de multa de ofício, no percentual de 150% sobre o imposto devido, nas hipóteses de sonegação, fraude e conluio.

(Acórdão nº 2301-005.931, de 14/03/2019 – grifos não originais)

Reportando-se o lançamento ao período do fato gerador, deverá abranger a totalidade dos rendimentos alugueis dos imóveis sob a “cobertura simulada do fundo”, neste período. Não há como aceitar que somente os imóveis que foram alocados no fundo nos aportes feitos em 2014, estariam abrangidos no lançamento.

Multa qualificada

Com a conclusão pela “simulação de negócio” planejada e realizada com intenção de reduzir o pagamento de tributo, foi aplicada a multa qualificada que trata o art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, combinada com os artigos 71, 72 e 73 da Lei 4.502, de 1964.

O argumento do recorrente é a inexistência da simulação, todavia, concluindo-se pela sua existência, a aplicação da multa qualificada, nos termos da legislação é uma decorrência lógica, uma vez que os mesmos argumentos apontados pelo Fiscal que embasam a desconsideração da estrutura para aplicar os reais efeitos tributários, também sustentam a qualificação da multa .

Cabe aqui um ajuste no valor da multa qualificada.

O art. 44 da Lei n. 9.430/96 foi alterado pelo art. 8º da Lei n. 14.689/23, passando a ter a seguinte redação:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas: I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata; (...)

§ 1º O percentual de multa de que trata o inciso I do caput deste artigo será majorado nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis, e passará a ser de:

VI – 100% (cem por cento) sobre a totalidade ou a diferença de imposto ou de contribuição objeto do lançamento de ofício;

VII – 150% (cento e cinquenta por cento) sobre a totalidade ou a diferença de imposto ou de contribuição objeto do lançamento de ofício, nos casos em que verificada a reincidência do sujeito passivo. (Incluído pela Lei nº 14.689, de 2023)

§ 1º-A. Verifica-se a reincidência prevista no inciso VII do § 1º deste artigo quando, no prazo de 2 (dois) anos, contado do ato de lançamento em que tiver sido imputada a ação ou omissão tipificada nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, ficar comprovado que o sujeito passivo incorreu novamente em qualquer uma dessas ações ou omissões.

A multa qualificada, nos termos do art. 71 a 73 da Lei nº 4.502, de 1964, foi reduzida de 150% para 100%, nos casos de não verificada a reincidência do sujeito passivo.

Nos termos do art. 106, II, “c”, do CTN a lei nova aplica-se a ato ou fato pretérito, no caso de ato não definitivamente julgado, quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente à época da prática da infração.

Portanto, deve-se aplicar a retroação disposta na Lei n. 9.430/96, art. 44, § 1º, VI, reduzindo o percentual da multa de ofício para 100%.

Conclusão

Por todo o exposto, voto por rejeitar as preliminares e, no mérito DAR PARCIAL PROVIMENTO para reduzir a multa de ofício qualificada de 150% para 100%, mantendo os demais itens do lançamento.

(documento assinado digitalmente)

Flavia Lilian Selmer Dias