



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



PROCESSO	16327.720096/2023-88
ACÓRDÃO	1402-007.457 – 1ª SEÇÃO/4ª CÂMARA/2ª TURMA ORDINÁRIA
SESSÃO DE	24 de setembro de 2025
RECURSO	DE OFÍCIO
RECORRENTE	FAZENDA NACIONAL
INTERESSADO	EXITUS FUNDO DE INVESTIMENTO IMOBILIARIO - FII

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Período de apuração: 01/01/2018 a 31/03/2018, 01/04/2018 a 30/06/2018, 01/07/2018 a 30/09/2018, 01/10/2018 a 31/12/2018, 01/01/2019 a 31/03/2019, 01/04/2019 a 30/06/2019, 01/07/2019 a 30/09/2019, 01/10/2019 a 31/12/2019

FUNDO DE INVESTIMENTO IMOBILIÁRIO (FII). REGIME TRIBUTÁRIO ESPECIAL. INAPLICABILIDADE DA NORMA ANTIELISIVA DO ARTIGO 2º DA LEI Nº 9.779/1999.

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

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

Assim, se o FII não aplica recursos em empreendimento imobiliário que tenha quotista relevante do fundo (mais de 25% das quotas do fundo, isoladamente ou em conjunto com pessoa a ele ligada) como incorporador, construtor ou sócio do empreendimento, não há falar em aplicação da norma antielisiva. O mero fato dos cotistas relevantes constituírem empresa que funciona como consultora dos investimentos imobiliários do

Fundo Imobiliário, sem qualquer comprovação de investimentos comuns do Fundo e de seus quotistas relevantes em empreendimentos imobiliários, direta ou indiretamente, não autoriza a aplicação da norma antielisiva do artigo 2º da Lei nº 9.779/1999.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso de ofício, mantendo a decisão recorrida.

(documento assinado digitalmente)

Alessandro Bruno Macêdo Pinto - Relator.

(documento assinado digitalmente)

Paulo Mateus Ciccone - Presidente.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Alessandro Bruno Macêdo Pinto, Alexandre Iabrudi Catunda, Mauritânia Elvira de Sousa Mendonça, Rafael Zedral, Ricardo Piza Di Giovanni e Paulo Mateus Ciccone (Presidente).

RELATÓRIO

1. Trata-se de Recurso de Ofício interposto em face v. acórdão proferido pela Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Pernambuco (DRJ04) que decidiu cancelar integralmente os Autos de Infração para exigência de IRPJ, CSLL, COFINS e Contribuição para o PIS/PASEP, acrescidos de multa de ofício no percentual de 75%, nos trimestres e meses dos anos de 2018 e 2019, além de multas por descumprimento do prazo estabelecido para entrega da ECD, ECF, EFD Contribuições respectivas, no valor total de R\$ 54.371.518,34.
2. Foram ainda responsabilizados solidariamente as empresas Planner Corretora de Valores S/A e Banco Genial S/A, nos termos do artigo 124, inciso II, do Código Tributário Nacional (CTN).
3. Os Autos de Infração foram fundamentados nos seguintes termos:

SP SÃO PAULO DEINF



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil

Fl. 2585

INFORMAÇÃO PROTEGIDA POR SIGILO FISCAL
PROCESSO: 16327-720.096/2023-88

Auto de Infração
IMPOSTO SOBRE A RENDA DA PESSOA JURÍDICA

LAVRATURA			
Unidade	DEINF - SÃO PAULO	Número do Procedimento Fiscal	
Local de Lavratura	Deinf - São Paulo	0816600.2021.00242	
		Data	Hora
		26/05/2023	09:24
SUJEITO PASSIVO			
Nome Empresarial	EXITUS FUNDO DE INVESTIMENTO IMOBILIARIO - FII	CNPJ	12.358.507/0001-09
Logradouro	PRAIA BOTAFOGO	Número	228
		Complemento	SALA 907
			ANDAR 9
Bairro	BOTAFOGO	Cidade/UF	RIO DE JANEIRO/RJ
		CEP	22250040
DEMAIS SUJEITOS PASSIVOS			
Nome Empresarial	PLANNER CORRETORA DE VALORES S/A	CNPJ	00.806.535/0001-54
Tipo de Responsabilidade Tributária	Responsabilidade Solidária de Direito		
Logradouro	AVENIDA BRIGADEIRO FARIA LIMA	Número	3900
		Complemento	: 10 ANDAR ; ;
			CONDOMINIO ; ;
			EDIFICIO
			PEDRO; : MA
Bairro	ITAIM BIBI	Cidade/UF	SÃO PAULO/SP
		CEP	04538-132
Nome Empresarial	BANCO GENIAL S.A.	CNPJ	45.246.410/0001-55
Tipo de Responsabilidade Tributária	Responsabilidade Solidária de Direito		
Logradouro	PRAIA DE BOTAFOGO	Número	228
		Complemento	SALA 907
Bairro	BOTAFOGO	Cidade/UF	RIO DE JANEIRO/RJ
		CEP	22250-040
DEMONSTRATIVO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO em R\$			
IMPOSTO		Cód. Receita Darf	2917
			Valor 12.017.410,62
JUROS DE MORA	(Calculados até 05/2023)		Valor 3.349.399,61
MULTA PROPORCIONAL	(Passível de Redução)		Valor 9.013.057,93
VALOR DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO			Valor 24.379.868,16
Valor por Estorno			
VINTE E QUATRO MILHÕES, TREZENTOS E SETENTA E NOVE MIL, OITOCENTOS E SESSENTA E OITO REAIS E DEZESSEIS CENTAVOS			

SP SÃO PAULO DEINF



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil

Fl. 2616

INFORMAÇÃO PROTEGIDA POR SIGILO FISCAL
PROCESSO: 16327-720.096/2023-88

Auto de Infração
CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO

LAVRATURA		Número do Procedimento Fiscal	
Unidade	DEINF - SÃO PAULO	0816600.2021.00242	
Local de Lavratura	Deinf - São Paulo	Data	Hora
		26/05/2023	09:24
SUJEITO PASSIVO			
Nome Empresarial	EXITUS FUNDO DE INVESTIMENTO IMOBILIARIO - FII	CNPJ	12.358.507/0001-09
Logradouro	PRAIA BOTAFOGO	Número	228
		Complemento	SALA 907
			ANDAR 9
Bairro	BOTAFOGO	Cidade/UF	RIO DE JANEIRO/RJ
		CEP	22250040
DEMAIS SUJEITOS PASSIVOS			
Nome Empresarial	PLANNER CORRETORA DE VALORES S/A	CNPJ	00.806.535/0001-54
Tipo de Responsabilidade Tributária	Responsabilidade Solidária de Direito		
Logradouro	AVENIDA BRIGADEIRO FARIA LIMA	Número	3900
		Complemento	: 10 ANDAR ; ;
			CONDOMINIO ; ;
			EDIFICIO
			PEDRO; : MA
Bairro	ITAIM BIBI	Cidade/UF	SÃO PAULO/SP
		CEP	04538-132
Nome Empresarial	BANCO GENIAL S.A.	CNPJ	45.246.410/0001-55
Tipo de Responsabilidade Tributária	Responsabilidade Solidária de Direito		
Logradouro	PRAIA DE BOTAFOGO	Número	228
		Complemento	SALA 907
Bairro	BOTAFOGO	Cidade/UF	RIO DE JANEIRO/RJ
		CEP	22250-040
DEMONSTRATIVO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO em R\$			
CONTRIBUIÇÃO		Cód. Receita Darf	2973
		Valor	4.343.547,80
JUROS DE MORA (Calculados até 05/2023)		Valor	1.210.710,13
MULTA PROPORCIONAL (Passível de Redução)		Valor	3.257.660,82
VALOR DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO		Valor	8.811.918,75
Valor por Estorno			
OITO MILHÕES, OITOCENTOS E ONZE MIL, NOVECENTOS E DEZOITO REAIS E SETENTA E CINCO CENTAVOS			



Fl. 2638

INFORMAÇÃO PROTEGIDA POR SIGILO FISCAL
PROCESSO: 16327-720.096/2023-88

Auto de Infração
CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

LAVRATURA

Unidade	DEINF - SÃO PAULO	Número do Procedimento Fiscal	0816600.2021.00242
Local de Lavratura	Deinf - São Paulo	Data	26/05/2023
		Hora	09:25

SUJEITO PASSIVO

Nome Empresarial	EXITUS FUNDO DE INVESTIMENTO IMOBILIARIO - FII	CNPJ	12.358.507/0001-09
Logradouro	PRAIA BOTAFOGO	Complemento	SALA 907
		ANDAR	9
Bairro	BOTAFOGO	Cidade/UF	RIO DE JANEIRO/RJ
		CEP	22250040

DEMAIS SUJEITOS PASSIVOS

Nome Empresarial	PLANNER CORRETORA DE VALORES S/A	CNPJ	00.806.535/0001-54
Tipo de Responsabilidade Tributária	Responsabilidade Solidária de Direito		
Logradouro	AVENIDA BRIGADEIRO FARIA LIMA	Número	3900
		Complemento	: 10 ANDAR ; ;
			CONDOMINIO ; ;
			EDIFICIO
			PEDRO; : MA
Bairro	ITAIM BIBI	Cidade/UF	SÃO PAULO/SP
		CEP	04538-132
Nome Empresarial	BANCO GENIAL S.A.	CNPJ	45.246.410/0001-55
Tipo de Responsabilidade Tributária	Responsabilidade Solidária de Direito		
Logradouro	PRAIA DE BOTAFOGO	Número	228
		Complemento	SALA 907
Bairro	BOTAFOGO	Cidade/UF	RIO DE JANEIRO/RJ
		CEP	22250-040

DEMONSTRATIVO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO em R\$

CONTRIBUIÇÃO	Cód. Receita Derf	6656	Valor	1.171.907,87
JUROS DE MORA (Calculados até 05/2023)			Valor	329.823,25
MULTA PROPORCIONAL (Passível de Redução)			Valor	878.930,73
VALOR DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO			Valor	2.380.661,85
Valor por Estorno				
DOIS MILHÕES, TREZENTOS E OITENTA MIL, SEISCENTOS E SESSENTA E UM REAIS E OITENTA E CINCO CENTAVOS				



Fl. 2650

INFORMAÇÃO PROTEGIDA POR SIGILO FISCAL
PROCESSO: 16327-720.096/2023-88

Auto de Infração
CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL

LAVRATURA

Unidade	DEINF - SÃO PAULO	Número do Procedimento Fiscal	0816600.2021.00242
Local de Lavratura	Deinf - São Paulo	Data	26/05/2023
		Hora	09:25

SUJEITO PASSIVO

Nome Empresarial	EXITUS FUNDO DE INVESTIMENTO IMOBILIARIO - FII	CNPJ	12.358.507/0001-09
Logradouro	PRAIA BOTAFOGO	Complemento	SALA 907
		ANDAR	9
Bairro	BOTAFOGO	Cidade/UF	RIO DE JANEIRO/RJ
		CEP	22250040

DEMAIS SUJEITOS PASSIVOS

Nome Empresarial	PLANNER CORRETORA DE VALORES S/A	CNPJ	00.806.535/0001-54
Tipo de Responsabilidade Tributária	Responsabilidade Solidária de Direito		
Logradouro	AVENIDA BRIGADEIRO FARIA LIMA	Número	3900
		Complemento	: 10 ANDAR ; ;
			CONDOMINIO ; ;
			EDIFICIO
			PEDRO; : MA
Bairro	ITAIM BIBI	Cidade/UF	SÃO PAULO/SP
		CEP	04538-132
Nome Empresarial	BANCO GENIAL S.A.	CNPJ	45.246.410/0001-55
Tipo de Responsabilidade Tributária	Responsabilidade Solidária de Direito		
Logradouro	PRAIA DE BOTAFOGO	Número	228
		Complemento	SALA 907
Bairro	BOTAFOGO	Cidade/UF	RIO DE JANEIRO/RJ
		CEP	22250-040

DEMONSTRATIVO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO em R\$

CONTRIBUIÇÃO	Cód. Receita Derf	5477	Valor	5.400.478,98
JUROS DE MORA (Calculados até 05/2023)			Valor	1.519.936,74
MULTA PROPORCIONAL (Passível de Redução)			Valor	4.050.359,05
VALOR DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO			Valor	10.970.774,77
Valor por Estorno				
DEZ MILHÕES, NOVECENTOS E SETENTA MIL, SETECENTOS E SETENTA E QUATRO REAIS E SETENTA E SETE CENTAVOS				



Fl. 2662

INFORMAÇÃO PROTEGIDA POR SIGILO FISCAL
PROCESSO: 16327-720.096/2023-88

Auto de Infração
OUTRAS MULTAS ADMINISTRADAS PELA RFB

LAVRATURA			
Unidade		Número do Procedimento Fiscal	
DEINF - SÃO PAULO		0816600.2021.00242	
Local de Lavratura		Data	Hora
Deinf - São Paulo		26/05/2023	09:26
SUJEITO PASSIVO			
Nome Empresarial	EXITUS FUNDO DE INVESTIMENTO IMOBILIARIO - FII	CNPJ	12.358.507/0001-09
Logradouro	PRAIA BOTAFOGO	Número	228
		Complemento	SALA 907
			ANDAR 9
Bairro	BOTAFOGO	Cidade/UF	RIO DE JANEIRO/RJ
		CEP	22250040
DEMAIS SUJEITOS PASSIVOS			
Nome Empresarial	PLANNER CORRETORA DE VALORES S/A	CNPJ	00.806.535/0001-54
Tipo de Responsabilidade Tributária	Responsabilidade Solidária de Direito		
Logradouro	AVENIDA BRIGADEIRO FARIA LIMA	Número	3900
		Complemento	: 10 ANDAR ; : CONDOMINIO ; : EDIFICIO PEDRO; : MA
Bairro	ITAIM BIBI	Cidade/UF	SÃO PAULO/SP
		CEP	04538-132
Nome Empresarial	BANCO GENIAL S.A.	CNPJ	45.246.410/0001-55
Tipo de Responsabilidade Tributária	Responsabilidade Solidária de Direito		
Logradouro	PRAIA DE BOTAFOGO	Número	228
		Complemento	SALA 907
Bairro	BOTAFOGO	Cidade/UF	RIO DE JANEIRO/RJ
		CEP	22250-040
DEMONSTRATIVO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO em R\$			
MULTA REGULAMENTAR (Passível de Redução)	Cód. Receita Darf	3624	Valor 6.285.505,73
MULTA REGULAMENTAR (Passível de Redução)	Cód. Receita Darf	1438	Valor 1.107.692,40
MULTA REGULAMENTAR (Passível de Redução)	Cód. Receita Darf	2203	Valor 435.096,68
VALOR DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO			Valor 7.828.294,81
Valor por Estorno			
SETE MILHÕES, OITOCENTOS E VINTE E OITO MIL, DUZENTOS E NOVENTA E QUATRO REAIS E OITENTA E UM CENTAVOS			

4.

Para evitar repetições, colaciono o relatório do v. acórdão recorrido:

[...] 3. No que importa, assim a autoridade fiscal justificou a materialidade das imputações em seu RELATÓRIO FISCAL DO AUTO DE INFRAÇÃO – REFISC (fls. 2.671 e seguintes):

- O Fundo, denominado EXITUS FUNDO DE INVESTIMENTO IMOBILIÁRIO – FII, é um fundo de investimento imobiliário constituído sob a forma de condomínio fechado, com prazo de duração indeterminado, destinado a investidores em geral, no país ou no exterior;
- O Fundo é administrado pelo Banco Genial S.A. (antigo Brasil Plural S.A. Banco Múltiplo), CNPJ 45.246.410/0001-55;
- A primeira emissão das cotas ocorreu em 06 de dezembro de 2010 mediante a transferência para a Administradora do Fundo de 234 imóveis (sendo em sua maioria imóveis rurais) de propriedade dos 54 cotistas pessoas físicas, conforme descrito na Escritura Pública de Conferência de Bens Imóveis em Pagamento de Quotas Subscritas no Exitus Fundo de Investimento Imobiliário FII;
- Segundo o fiscalizado não foram realizadas novas subscrições de cotas após a primeira emissão, sendo que as transferências decorreram de sucessão hereditária e doação;
- A fonte principal de receita do Fundo de Investimento é o arrendamento de imóveis rurais. Destaca-se que quase a totalidade dos imóveis (229 de um total de 233) estão arrendados para a empresa BIOSEV S.A., CNPJ 15.527.906/0001-36, conforme foi informado pelo fiscalizado em resposta ao TIF09 (fls. 2.240/2.244);
- No ano de 2018 e 2019, havia doze cotista com participação no Fundo Superior a 25%, uma vez considerada a participação em conjunto com pessoas ligadas;

- Em 22/07/2010, na constituição do Fundo, foi aprovada a contratação para a prestação de serviços de consultoria imobiliária ao Fundo a Tavares de Melo Empreendimento S.A., sociedade por ações com sede na Cidade de Recife, Pernambuco, inscrita no CNPJ sob o nº 08.039.919/0003-62, filial da Tavares de Melo Empreendimentos S.A. (TMESA), CNPJ nº 08.039.919/0001-09;
- A TMESA, na condição de consultora, seria a responsável por prestar consultoria e recomendações à Administradora do fundo em quaisquer situações de investimentos ou alienação de ativos imobiliários;
- As recomendações, indicações e atos de gestão da TMESA passam a ser de adoção obrigatória pelo administrador do Fundo, após a aprovação do Comitê de Investimento;
- Em resumo, a TMESA, empresa que possui como sócios os próprios cotistas, é a responsável por gerir ativamente o fundo, competindo a ela todas as decisões concernentes a qualquer atividade do fundo, desde decisões de gestão da carteira à venda e aquisição de novos imóveis;
- O comitê de investimento foi formado por 06 cotista do Fundo, que eram também sócios da TMESA, havendo poucas alterações no Regulamento vigente em 2018 e 2019;
- Ainda segundo o Regulamento Inicial, compete ao Comitê, dentre outras atividades, definir e aprovar as metas e diretrizes da política de investimentos do Fundo; aprovar os investimentos do Fundo em Ativos Imobiliários e aprovar a alienação de Ativos Imobiliários integrantes da Carteira que foram analisados e recomendados pelo Consultor Imobiliário;
- Todos os sete membros do Comitê em 2018 e 2019, além de cotistas, eram sócios da TMESA, a consultora imobiliária. E que, quatro, dos sete membros, além de acumularem a função de membro do comitê de investimentos, sócios da empresa que presta consultoria imobiliária, também são cotistas com participação superior a 25%, quando computadas as pessoas ligadas;
- De acordo com a Lei nº 8.668/1993, os FII foram instituídos para viabilizar a captação de recursos externos de forma plural (comunhão de recursos) para viabilizar o financiamento da atividade imobiliária via sistema de valores mobiliários por meio da emissão de cotas. Os cotistas, são, portanto, os investidores dos recursos financeiros destinados ao FII;
- Segundo o artigo 32 da ICVM 472/2008, o Administrador deve selecionar os bens e direitos que comporão o patrimônio do fundo, controlar e supervisionar as atividades inerentes à gestão dos ativos do fundo, dentre outras atividades;
- Segundo o Caderno CVM 03 – Fundos de Investimento, o gestor da carteira é o responsável pelos investimentos realizados pelo fundo. É quem escolhe os ativos financeiros que irão compor a carteira. É o gestor quem decide quando e quanto comprar ou vender de cada ativo financeiro;
- Para evitar situações abusivas, o legislador ordinário introduziu no sistema jurídico um dispositivo para evitar que grandes proprietários e grupos familiares transferissem seus ativos para o FII e se beneficiassem como cotistas desse fundo. Assim, foi introduzida a norma do artigo 2º da Lei 9.779, de 19 de janeiro de 1999, que convencionou-se chamar de **regra antielisiva ou regra dos 25%**, que submete à tributação ordinária das PJ o fundo que aplicar recursos em empreendimentos imobiliários que tenha como incorporador, construtor ou sócio, quotista que possua, isoladamente ou em conjunto com pessoa ligada, mais de 25% das quotas do fundo;

- Note-se que o espírito da norma, de acordo com sua exposição de motivos, é evitar “concorrência predatória dos referidos fundos com as 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;
- **No caso do FII Exitus, os cotistas não se limitaram a adquirir cotas do fundo de investimento, mas contribuem de forma ostensiva ao contribuir com serviços, de forma que participam ativamente da gestão do empreendimento, se encaixando na figura de sócios do empreendimento imobiliário;**
- Com a transferência dos imóveis pelo grupo TAVARES DE MELO para o fundo, ocorre o primeiro item do que a legislação do FII busca evitar: a transferência de imóveis para os FII pelos grandes proprietários de imóveis fato que por si só, não ensejaria a desqualificação do fundo, nos termos da regra antielisiva. Contudo, conforme se demonstrará a seguir, os TAVARES DE MELO, além de cotistas, desempenham o papel de sócios do empreendimento;
- A TMESA, na condição de consultora imobiliária, atua como se a sócia controladora do fundo fosse, pois cabe a ela todas as decisões, inclusive aquelas que originalmente competiriam à gestora. E os cotistas, na condição de sócios da TMESA, atuam como se sócios fossem do Fundo;
- Em resumo, os TAVARES DE MELO transferiram os imóveis da EXITUS S.A. para o Fundo. E, para não perder o controle sobre o empreendimento, definiram a TMESA como consultora imobiliária, por meio da qual exercem o poder de gestão e decisão sobre todos os temas do Fundo;
- Assim, em última análise, é como se o FII Exitus tivesse celebrado um contrato de sociedade com os cotistas por intermédio da TMESA;
- Dessa forma, conforme o próprio fiscalizado reconheceu em resposta ao TIF06 (fls. 630), e confirmado pela análise dos documentos de identidade apresentado às fls. 638 a 696, bem como pelo sistemas da Receita Federal, alguns dos cotistas têm 25% ou mais das cotas do fundo (*Tabela 1 - Cotistas com Participação Superior a 25%*), e como desempenham papel de sócios do empreendimento imobiliário, o fundo viola a regra antielisiva;
- Reforça esse entendimento de controle do Fundo pelo TAVARES DE MELO, o fato de que quatro cotistas com mais de 25% das cotas (*Tabela 3 - Membros do Comitê com 25% ou mais das cotas*), além de sócios da empresa de consultoria imobiliária, compõem também o comitê de investimentos. Portanto, é evidente a violação da regra antielisiva (regra dos 25%) de forma que o FUNDO deve receber o mesmo tratamento tributário dado às pessoas jurídicas;
- O prazo decadencial aplicado ao presente lançamento está estribado no art. 173, inciso I, do CTN, nos casos em que não houve pagamento, como no caso vertente;
- Ante a recusa do fiscalizado em cumprir as obrigações acessórias elencadas no Termo de Constatação e Intimação Fiscal nº 12 – TIF12, passou-se a apuração dos Tributos IRPJ, CSLL, PIS e COFINS, períodos compreendidos entre 01/2018 e 12/2019, com base nas demonstrações financeiras publicadas e balancetes apresentados pelo fiscalizado em resposta ao TIF01;
- Considerando que não houve pagamento antecipado do imposto, o que afasta a aplicação dos artigos 2º e 3º, e 26, da Lei n.º 9.430/1996, bem como a não incidência nas hipóteses previstas no artigo 47, da Lei n.º 8.981/1995, aplica-se a regra geral e, no caso, obrigatória, de

apuração com base no lucro real trimestral, para o cálculo do Imposto de Renda e da Contribuição Social (artigos 1º a 5º, da Lei n.º 9.430/1996, artigo 14, I, da Lei n.º 9.718/1998, artigo 57 da Lei n.º 8.981/95). Portanto, a apuração dos valores devidos de IRPJ e CSLL foi realizada com base no Lucro Real apurado trimestralmente;

- Apuração das bases de cálculo do PIS e da COFINS foi realizada de acordo com as Leis 10.637/02 e 10.833/03, ou seja, o regime de não-cumulatividade, uma vez que esse é o regime de tributação normal das pessoas jurídicas;
- Considerando que o fiscalizado não atendeu o TIF12 e não apresentou a ECF, ECD e EFD-Contribuições, aplicaram-se as multas regulamentares.

4. Assim a autoridade fiscal motivou a responsabilidade dos sujeitos passivos solidários:

9.1.1 Conforme dispõe o artigo 4º da Lei 9.779/1999 c/c o inciso II do artigo 124 da Lei 5.172/1966(CTN) a Administrador de Fundo de Investimento responde solidariamente pelo cumprimento das obrigações tributárias e acessórias do Fundo.

9.1.2 Portanto são solidariamente responsáveis pelos tributos do Fundo a “antiga” administradora PLANNER CORRETORA DE VALORES S.A., CNPJ 00.806.535/0001-54 pelo período de 01/2018 a 16/11/2018 e a “atual” administradora o BANCO GENIAL, CNPJ: 45.246.410/0001-55 de 19/11/2018 em diante.

(...)

5. O devedor principal e sujeitos passivos solidários foram cientificados do lançamento em 31/05/2023 (fls. 2.708, 2.709 e 2.713).

6. Em 29/06/2023 (fls. 2.715), o devedor principal (EXITUS FUNDO DE INVESTIMENTO IMOBILIARIO - FII) apresentou sua impugnação, com motivação que pode ser assim sumariada (excertos em itálico extraídos diretamente da peça defensiva):

- *“3.5. ... embora a fiscalização tenha constatado que o empreendimento imobiliário explorado pelo IMPUGNANTE consistia no arrendamento dos imóveis rurais que compunham a sua carteira, ela concluiu que alguns de seus quotistas*

se enquadrariam no conceito de “sócios do empreendimento” em razão de eles “decidirem e controlarem” os destinos dos investimentos do IMPUGNANTE por meio de TMESA, ainda que TMESA não tivesse explorado qualquer atividade de construção, incorporação ou arrendamento dos imóveis em questão” (destaque do original);

- *“3.6. Em síntese, a fiscalização suscita o art. 2º da Lei nº 9.779/99 insurgindo-se contra o fato de alguns quotistas terem poder de gestão e decisão quanto ao próprio patrimônio imobiliário do IMPUGNANTE (o que supostamente se daria através da participação em TMESA), e não porque eles participariam, de forma paralela, do mesmo empreendimento imobiliário. Isto é, em nenhum momento o RELATÓRIO sustenta que a participação dos quotistas do IMPUGNANTE em TMESA resultaria na obtenção de benefícios econômicos decorrentes do arrendamento dos imóveis rurais que compõem a sua carteira”;*

- *“4.15. ... o art. 2º da Lei nº 9.779/99 poderia alcançar todo quotista que, simultaneamente ao investimento no FII, contribuísse para o desenvolvimento do mesmo empreendimento imobiliário explorado pelo FII, tendo direitos e obrigações dele decorrentes, inclusive participação nos resultados econômicos, positivos ou negativos. ...”;*

- *Demonstra-se à luz da jurisprudência do CARF a impropriedade da interpretação dada pela autoridade autuante ao art. 2º da Lei nº 9.779/99;*

- “4.21. Em qualquer linha de interpretação, portanto, a figura do “sócio” a que se refere o art. 2º da Lei nº 9.779/99 deve necessariamente estar relacionada à **cumulação** da condição de quotista com a atuação no empreendimento imobiliário como construtor, incorporador ou sócio”;
- “4.22. No caso concreto, em que o empreendimento imobiliário desenvolvido pelo IMPUGNANTE consiste somente no arrendamento mercantil de imóveis rurais que compõem a sua carteira, os seus quotistas somente poderiam ser considerados “sócios do empreendimento imobiliário” por também figurarem como acionistas de TMESA caso TMESA figurasse como arrendadora dos referidos imóveis (ou, adotando-se o entendimento mais abrangente do Acórdão CSRF nº 9101-004.580, tivesse algum vínculo societário com a arrendatária dos imóveis), **o que não ocorre**” (destaque do original);
- “4.23. Evidentemente que não há como confundir a mera consultoria na gestão de imóveis (atividade pela qual a TMESA era remunerada) com o exercício da atividade imobiliária em si, pois enquanto a primeira, como descreve o relatório fiscal, limita-se à avaliação do preço de mercado dos contratos de arrendamento, monitoramento e negociação dos contratos celebrados pela impugnante, a atividade imobiliária compreende a própria exploração dos imóveis, ou seja, a aquisição deles para incorporação imobiliária, construção e/ou locação/arrendamento”;
- A TMESA jamais desenvolveu qualquer atividade de arrendamento com relação aos imóveis rurais que compõem a carteira da impugnante;
- “4.27. E mais: ao contrário do que ocorreu nos precedentes da CSRF acima destacados, sequer haveria que se falar na obtenção de vantagem fiscal por parte dos membros da Família TAVARES DE MELO com a atuação de TMESA. A contratação de serviços de consultoria gerava, de um lado, uma despesa para o IMPUGNANTE (que reduzia o montante passível de distribuição sem qualquer aproveitamento fiscal) e, de outro, uma receita auferida por TMESA regularmente submetida à tributação aplicável às pessoas jurídicas. Sob qualquer ângulo, portanto, fica afastado o escopo da norma em discussão, uma vez que, além de TMESA não figurar como arrendatária dos imóveis que compunham a carteira do IMPUGNANTE, a estrutura ora analisada sequer acarretava vantagem fiscal que colocassem os seus quotistas em situação de “concorrência predatória” com pessoas jurídicas imobiliárias”;
- A sujeição dos FII à tributação aplicável às pessoas jurídicas tem como requisito a cumulação da condição de quotista relevante com a atuação como construtor, incorporador ou sócio de empreendimento imobiliário no qual também figure um quotista relevante, o que não é o caso dos autos;
- A fiscalização buscou ampliar o alcance do art. 2º da Lei nº 9.779/99, tentando caracterizar alguns de seus quotistas como “sócios do empreendimento” sem que TMESA jamais tenha explorado o arrendamento dos imóveis rurais que compõem a carteira do IMPUGNANTE;
- Pelo princípio da eventualidade, o impugnante entende que seus resultados deveriam ser tributados pelo lucro arbitrado. Assim, se a fiscalização entende que o IMPUGNANTE estava obrigado a manter (e, portanto, apresentar) a escrituração comercial e fiscal de que tratam a ECF, ECD e EFD - Contribuições, não poderia então ter deixado de aplicar o regime do lucro arbitrado por se tratar de “exceção impositiva sempre que estiverem presentes os pressupostos” previstos pelo art. 47 da Lei nº 8.981/95;

- De ressaltar ainda que, mesmo que o lançamento pudesse ser feito pelo lucro real trimestral, necessário decotar dele o IRRF dos anos-calendário 2018 e 2019, como se vê no doc. 02 da impugnação;

- Os erros acima, por não observância do lucro arbitrado (e por consequência, a aplicação do regime cumulativo do PIS e COFINS), por não consistir em mero erro aritmético, mas na realização do lançamento em desconformidade com a lei, acarretam a nulidade dos autos de infração;

- Pugna pelo reconhecimento da decadência do lançamento do IRPJ do 1º trimestre de 2018, pela existência de IRRF, na forma do art. 150, § 4º, do CTN;

- No tocante às multas por descumprimento das obrigações acessórias, o art. 2º da Lei nº 9.779/1999 somente submete o Fundo à tributação aplicável às pessoas Jurídicas, sem nada dispor sobre as obrigações acessórias;

- E, quando muito, o contribuinte somente estaria obrigado a transmitir as obrigações acessórias quando o presente lançamento dos tributos fosse definitivo;

- Como se não bastasse, o cancelamento das multas também se impõe em razão do princípio da consunção ou absorção, na medida em que a fiscalização imputou ao IMPUGNANTE uma única conduta, qual seja, não ter submetido seus resultados à tributação das demais pessoas jurídicas, daí surgindo as multas vinculadas e regulamentares, devendo essas últimas serem absorvidas pelas primeiras, que são mais gravosas, porque um mesmo fato não pode ter dupla penalidade.

7. O sujeito passivo solidário Planner Corretora de Valores S/A apresentou impugnação em 29/06/2023 (fls. 2.982), alegou, em apertada síntese:

- Resumiu a nulidade, decadência e mérito das razões trazidas pelo impugnante principal;
- que os dispositivos invocados pela fiscalização para responsabilizar o solidário somente incidiria sobre o IR devido pelos quotistas, como nos fluxos de pagamentos advindos do fundo e destinados aos quotistas (distribuição periódicas, amortizações ou resgates). Em outras palavras, o art. 4º da Lei nº 9.779/1999 corresponde a uma norma de responsabilização que tem como pressuposto a existência do FII organizado como um condomínio, sem personalidade jurídica própria. Portanto, o art. 124, inciso II, do CTN e o art. 4º da Lei nº 9.779/1999 não autorizam a cobrança ora estendida de responsabilidade, o que deve culminar com o cancelamento do termo de responsabilidade tributária;
- No tocante às multas regulamentares oriundas das obrigações acessórias, estas somente poderiam ser exigidas do próprio Fundo, devendo assim ser excluída a responsabilidade do solidário;
- Por fim, como reconhecido no próprio Relatório Fiscal, o solidário somente seria responsável pelo crédito tributário de 01/2018 a 16/11/2018, e não por todo o crédito tributário lançado.

8. O sujeito passivo solidário Banco Genial S/A apresentou impugnação em 29/06/2023 (fls. 3.026), repisou as mesmas razões do solidário Planner, pedindo, por fim, o reconhecimento da responsabilidade a partir de 19/11/2018, o que não teria constado no Termo de Responsabilidade Solidária.

[...]

5. A DRJ/PE (DRJ04) proferiu o v. acórdão recorrido de fls. 3227/3240, julgando totalmente procedente as Impugnações do contribuinte e responsáveis solidários, a fim de cancelar integralmente o crédito tributário lançado, assim ementado:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Período de apuração: 01/01/2018 a 31/03/2018, 01/04/2018 a 30/06/2018, 01/07/2018 a 30/09/2018, 01/10/2018 a 31/12/2018, 01/01/2019 a 31/03/2019, 01/04/2019 a 30/06/2019, 01/07/2019 a 30/09/2019, 01/10/2019 a 31/12/2019

FUNDO DE INVESTIMENTO IMOBILIÁRIO - FII. PERDA DO REGIME TRIBUTÁRIO ESPECIAL. SUBMISSÃO À TRIBUTAÇÃO DAS DEMAIS PESSOAS JURÍDICAS PELA APLICAÇÃO DA NORMA ANTIELISIVA DO ART. 2º DA LEI Nº 9.779/1999. INAPLICABILIDADE.

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

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

6. Por força da exoneração do crédito tributário, houve interposição de Recurso de Ofício pela Fazenda Nacional – v. cf. razões de fls. 3253/3281 –, sendo aduzido, em síntese:

i. **“DA APLICABILIDADE DO ART. 2º DA LEI Nº 9.779, DE 19 DE JANEIRO DE 1999”**, afirma que:

“(...) Os FIIs são constituídos como condomínios fechados, sem personalidade jurídica, para aplicação em empreendimentos imobiliários (...);”

“(...) A MP nº 1.788/98, convertida na Lei nº 9.779/99, alterou o regime tributário dos FIIs, prevendo sua tributação em situações específicas (...);”

“(...) O art. 2º da Lei nº 9.779/99 sujeita à tributação das pessoas jurídicas o FII que aplica recursos em empreendimento imobiliário que tenha como incorporador, construtor ou sócio quotista com mais de 25% das cotas (...);”

“(...) A fiscalização comprovou que os cotistas relevantes controlam a consultora imobiliária (TMESA) e os empreendimentos do fundo (...) O comitê de investimentos era composto por cotistas que também eram sócios da TMESA (...);”

“(…) Assim, a norma antielisiva aplica-se perfeitamente ao caso, sujeitando o fundo à tributação das pessoas jurídicas (…);”

ii. **“DA JURISPRUDÊNCIA DO CARF SOBRE A APLICAÇÃO DO ART. 2º DA LEI Nº 9.779/1999”**, afirma que:

“(…) O CARF já reconheceu a aplicação do art. 2º da Lei nº 9.779/99 a situações de controle de empreendimento por cotista relevante (…);”

“(…) Constatada a cumulação da condição de quotista com mais de 25% e participação no empreendimento como sócio, há incidência da norma (…);”

“(…) A jurisprudência considera irrelevante se a participação é direta ou indireta, inclusive por meio de pessoa jurídica interposta (…);”

“(…) O CARF não admite interpretação restritiva que inviabilize a aplicação da regra antielisiva (…);”

iii. **“DA APLICAÇÃO DE MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA”**, afirma que:

“(…) Uma vez aplicada a tributação de pessoa jurídica ao fundo, este passa a ter a obrigação de cumprir todas as obrigações acessórias das pessoas jurídicas, como ECD, ECF e EFD-Contribuições (…);”

“(…) A não apresentação das obrigações acessórias caracteriza infração específica, autorizando a aplicação das multas correspondentes (…);”

“(…) As normas específicas dos arts. 11 e 12 da Lei nº 8.218/1991 prevalecem sobre a regra geral do art. 57 da MP nº 2.158-35/2001, legitimando as multas aplicadas (…); e,

iv. **“DAS RAZÕES PARA MANUTENÇÃO DA RESPONSABILIDADE DA PLANNER CORRETORA DE VALORES S.A. E DO BANCO GENIAL”**, afirma que:

“(…) A responsabilidade solidária foi fundamentada no art. 124, II, do CTN e art. 4º da Lei nº 9.779/99 (…);”

“(…) A legislação atribui expressamente à instituição administradora do FII o cumprimento das obrigações tributárias, inclusive acessórias (…);”

“(…) A responsabilidade prevista é válida, pois veiculada por lei complementar e concretizada por lei ordinária, conforme sistemática legal (…);”

É o relatório.

VOTO

Conselheiro Alessandro Bruno Macêdo Pinto – Relator

7. Do Recurso De Ofício

7.1 O v. acórdão recorrido julgou totalmente procedente as Impugnações, a fim de cancelar integralmente os lançamentos para exigência de IRPJ, CSLL, COFINS e Contribuição para o

PIS/PASEP, além das multas por descumprimento do prazo estabelecido para entrega da ECD, ECF, EFD Contribuições respectivas, no valor total de R\$ 54.371.518,34.

7.2 Bem assim, acrescentou que *“(...) Obviamente que, cancelando a imputação no mérito, soçobram igualmente as obrigações acessórias decorrentes e as multas isoladas por descumprimento do prazo estabelecido para entrega da ECD, ECF, EFD Contribuições respectivas, pois essas decorrem da imputação principal, bem como ficam prejudicadas as demais questões trazidas pelo impugnante principal e pelos solidários, porque assiste razão no mérito ao fiscalizado (...)”* – v. cf. fl. 3240.

7.3 Portanto, verifica-se que a parcela exonerada (R\$ 54.371.518,34), que constitui o objeto do Recurso de Ofício, atende ao limite de alçada estabelecido pela Portaria MF nº 2, de 17 de janeiro de 2023¹, aferido nos termos da Súmula CARF nº 103, razão pela qual dele conheço.

7.4 **Passo ao reexame da decisão recorrida.**

7.5 Cuida-se o feito de Autos de Infração para exigência de IRPJ, CSLL, COFINS e Contribuição para o PIS/PASEP, acrescidos de multa de ofício no percentual de 75%, nos trimestres e meses dos anos de 2018 e 2019, além de multas por descumprimento do prazo estabelecido para entrega da ECD, ECF, EFD Contribuições respectivas, no valor total de R\$ 54.371.518,34.

7.6 Nas razões ao Recurso de Ofício de fls. 3253/3281, a Fazenda Nacional, alegou, em suma, que:

v. **“DA APLICABILIDADE DO ART. 2º DA LEI Nº 9.779, DE 19 DE JANEIRO DE 1999”**, afirma que:

“(...) Os FIs são constituídos como condomínios fechados, sem personalidade jurídica, para aplicação em empreendimentos imobiliários (...)”;

“(...) A MP nº 1.788/98, convertida na Lei nº 9.779/99, alterou o regime tributário dos FIs, prevendo sua tributação em situações específicas (...)”;

“(...) O art. 2º da Lei nº 9.779/99 sujeita à tributação das pessoas jurídicas o FI que aplica recursos em empreendimento imobiliário que tenha como incorporador, construtor ou sócio quotista com mais de 25% das cotas (...)”;

“(...) A fiscalização comprovou que os cotistas relevantes controlam a consultora imobiliária (TMESA) e os empreendimentos do fundo (...) O comitê de investimentos era composto por cotistas que também eram sócios da TMESA (...)”;

“(...) Assim, a norma antielisiva aplica-se perfeitamente ao caso, sujeitando o fundo à tributação das pessoas jurídicas (...)”;

vi. **“DA JURISPRUDÊNCIA DO CARF SOBRE A APLICAÇÃO DO ART. 2º DA LEI Nº 9.779/1999”**, afirma que:

“(...) O CARF já reconheceu a aplicação do art. 2º da Lei nº 9.779/99 a situações de controle de empreendimento por cotista relevante (...)”;

¹ Art. 1º O Presidente de Turma de Julgamento de Delegacia de Julgamento da Receita Federal do Brasil (DRJ) recorrerá de ofício sempre que a decisão exonerar sujeito passivo do pagamento de tributo e encargos de multa, em valor total superior a R\$ 15.000.000,00 (quinze milhões de reais).

“(…) Constatada a cumulação da condição de quotista com mais de 25% e participação no empreendimento como sócio, há incidência da norma (…);”

“(…) A jurisprudência considera irrelevante se a participação é direta ou indireta, inclusive por meio de pessoa jurídica interposta (…);”

“(…) O CARF não admite interpretação restritiva que inviabilize a aplicação da regra antielisiva (…);”

vii. “DA APLICAÇÃO DE MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA”, afirma que:

“(…) Uma vez aplicada a tributação de pessoa jurídica ao fundo, este passa a ter a obrigação de cumprir todas as obrigações acessórias das pessoas jurídicas, como ECD, ECF e EFD-Contribuições (…);”

“(…) A não apresentação das obrigações acessórias caracteriza infração específica, autorizando a aplicação das multas correspondentes (…);”

“(…) As normas específicas dos arts. 11 e 12 da Lei nº 8.218/1991 prevalecem sobre a regra geral do art. 57 da MP nº 2.158-35/2001, legitimando as multas aplicadas (…); e,

viii. “DAS RAZÕES PARA MANUTENÇÃO DA RESPONSABILIDADE DA PLANNER CORRETORA DE VALORES S.A. E DO BANCO GENIAL”, afirma que:

“(…) A responsabilidade solidária foi fundamentada no art. 124, II, do CTN e art. 4º da Lei nº 9.779/99 (…);”

“(…) A legislação atribui expressamente à instituição administradora do FII o cumprimento das obrigações tributárias, inclusive acessórias (…);”

“(…) A responsabilidade prevista é válida, pois veiculada por lei complementar e concretizada por lei ordinária, conforme sistemática legal (…).”

7.7 Pois bem.

7.8 *Ab initio*, cabe salientar que Fundo de Investimento “é uma comunhão de recursos, constituído sob a forma de condomínio de natureza especial, destinado à aplicação em ativos financeiros, bens e direitos de qualquer natureza”, nos termos do art. 1.368-C, da Lei nº 10.406/2002 (Código Civil).

7.9 Outrossim, o Fundo de Investimento Imobiliário (FII) é um veículo de investimento para o fomento da atividade imobiliária com recursos mobiliários e com incentivos fiscais específicos, tendo seu regime de tributação e de seus investidores instituído pela Lei nº 8.668/1993, com importantes alterações posteriores introduzidas pelas Leis nºs 9.779/1999, 11.033/2005 e 12.024/2009.

7.10 Os artigos 1º a 13, da Lei nº 8.668/1993, determinaram os contornos jurídicos dos FIIs, nos seguintes termos:

- i. Ausência de personalidade jurídica, caracterizados pela comunhão de recursos captados por meio do Sistema de Distribuição de Valores Mobiliários, na forma da Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976, destinados a aplicação em empreendimentos imobiliários (artigo 1º);

- ii. Constituídos sob a forma de condomínio fechado, proibido o resgate de quotas, com prazo de duração determinado ou indeterminado (artigo 2º);
- iii. As quotas constituem valores mobiliários, admitida a emissão sob a forma escritural (artigo 3º);
- iv. Compete à Comissão de Valores Mobiliários-CVM autorizar, disciplinar e fiscalizar a constituição, o funcionamento e a administração dos Fundos de Investimento Imobiliário, observadas as disposições desta lei e as normas aplicáveis aos Fundos de Investimento (artigo 4º);
- v. Serão geridos por instituição administradora autorizada pela CVM, que deverá ser, exclusivamente, banco múltiplo com carteira de investimento ou com carteira de crédito imobiliário, banco de investimento, sociedade de crédito imobiliário, sociedade corretora ou sociedade distribuidora de títulos e valores mobiliários, ou outras entidades legalmente equiparadas (artigo 5º);
- vi. O patrimônio do Fundo será constituído pelos bens e direitos adquiridos pela instituição administradora, em caráter fiduciário (artigo 6º);
- vii. Os bens e direitos integrantes do patrimônio do Fundo de Investimento Imobiliário, em especial os bens imóveis mantidos sob a propriedade fiduciária da instituição administradora, bem como seus frutos e rendimentos, não se comunicam com o patrimônio desta (artigo 7º);
- viii. A alienação dos imóveis pertencentes ao patrimônio do fundo será efetivada diretamente pela instituição administrador (artigo 9º);
- ix. Deverá distribuir a seus quotistas, no mínimo, 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 (artigo 10, parágrafo único); e,
- x. O cotista não poderá exercer qualquer direito real sobre os imóveis e empreendimento integrantes do patrimônio do fundo (artigo 13, inciso I).

7.11 Com efeito, o FII é um ente, sem personalidade jurídica própria, que, tomando emprestado a personalidade jurídica do seu Administrador, adquire ativos imobiliários para auferir renda e distribuir a quase totalidade dessa renda a seus cotistas. Os cotistas são os investidores dos recursos financeiros que viabilizam o empreendimento imobiliário perpetrado pelo FII.

7.12 Assim sendo, se depreende que os FIIs foram instituídos para viabilizar a captação de recursos externos de forma plural (comunhão de recursos), a fim de possibilitar o financiamento da atividade imobiliária via sistema de valores mobiliários por meio da emissão de cotas.

7.13 Ou seja, a criação dos FII viabilizou uma alternativa para captação de recursos às opções mais tradicionais, emissão de títulos públicos ou privados, empréstimos bancários etc.

7.14 Além disso, a previsão expressa no artigo 16 da Lei nº 8.668/1993 conferiu isenção de IR sobre os resultados e receitas dos FII, bem como a não incidência de CSLL, PIS e COFINS, em razão da sua natureza condominial (são meras comunhões de recursos), e não pessoas jurídicas.

7.15 Na prática, os FIs têm a faculdade de investir em diversos tipos de ativos imobiliários, conforme norma regulamentadora (Instrução CVM nº 472/2008), tais como:

1. Quaisquer direitos reais sobre bens imóveis;
2. Ações, debêntures, bônus de subscrição, seus cupons, direitos, recibos de subscrição e certificados de desdobramentos, certificados de depósito de valores mobiliários, cédulas de debêntures, cotas de fundos de investimento, notas promissórias, e quaisquer outros valores mobiliários, desde que se trate de emissores registrados na CVM e cujas atividades preponderantes sejam permitidas aos FI;
3. Ações ou cotas de sociedades cujo único propósito se enquadre entre as atividades permitidas aos FI;
4. Cotas de fundos de investimento em participações (FIP) que tenham como política de investimento, exclusivamente, atividades permitidas aos FI ou de fundos de investimento em ações que sejam setoriais e que invistam exclusivamente em construção civil ou no mercado imobiliário;
5. Certificados de potencial adicional de construção emitidos com base na Instrução CVM nº 401, de 29 de dezembro de 2003;
6. Cotas de outros FI;
7. Certificados de recebíveis imobiliários e cotas de fundos de investimento em direitos creditórios (FIDC) que tenham como política de investimento, exclusivamente, atividades permitidas aos FI e desde que estes certificados e cotas tenham sido objeto de oferta pública registrada na CVM ou cujo registro tenha sido dispensado nos termos da regulamentação em vigor;
8. Letras hipotecárias; e,
9. Letras imobiliárias garantidas.

7.16 Ademais, a referida Instrução exige que o FI tenha um administrador (instituição financeira), responsável pelo seu funcionamento e manutenção, podendo executar as atividades diretamente ou contratar outros prestadores de serviço para auxiliá-lo. Esta figura deve ser mencionada no regulamento, dado que assume diversas obrigações perante a Comissão de Valores Mobiliários (CVM) e os cotistas.

7.17 O artigo 32 da ICVM nº 472/2008, determina que o Administrador deve selecionar os bens e direitos que comporão o patrimônio do fundo, controlar e supervisionar as atividades inerentes à gestão dos ativos do fundo, dentre outras atividades.

7.18 Já o gestor da carteira é o responsável pelos investimentos realizados pelo fundo. É quem escolhe os ativos financeiros que irão compor a carteira. É o gestor quem decide quando e quanto comprar ou vender de cada ativo financeiro.

7.19 Desta forma, nem todo investimento do FI deve ser considerado um empreendimento imobiliário em sentido técnico. Além da figura dos chamados “FI de tijolos”, que são aqueles justamente destinados à incorporação, loteamento e construção de imóveis, desenvolvendo usualmente seus empreendimentos de forma indireta, por intermédio de uma Sociedade de Propósito Específico (SPE), a legislação também admite FIs destinados a operar com uma enorme gama de produtos financeiros e demais direitos sobre imóveis, dentre eles a aquisição de imóveis prontos para locação, evidenciando a diversidade desse tipo de fundo de investimento.

7.20 Conforme previsto em lei, o FII confere ao gestor plena autonomia e amplos poderes em relação aos seus ativos. Como o fundo é um ente sem personalidade jurídica, compete ao Administrador exercer os atributos próprios à personalidade, atuando como titular fiduciário do patrimônio e respondendo pela gestão dos investimentos.

7.21 Assim, considera-se que o administrador passa a concentrar um patrimônio afetado, sob propriedade fiduciária, o que o coloca em posição equivalente à de proprietário dos ativos imobiliários do FII até sua liquidação ou resgate das cotas.

7.22 O objeto social de cada FII e seu funcionamento devem constar em regulamento, que necessita de aprovação pela CVM, devendo este dispor, dentre outros, sobre os limites de sua atuação, taxas de administração, critérios de emissão de cotas, distribuição de resultados etc.

7.23 A Lei nº 9.779/1999 trouxe quatro principais alterações que impactaram o regime de tributação da renda dos FIIs presente na Lei nº 8.668/1993 que os instituiu. Duas delas em relação à tributação da renda dos FIIs como contribuintes e as outras duas referentes aos beneficiários de lucros distribuídos ou de ganhos oriundos de alienação das quotas ou liquidação dos fundos.

7.24 A primeira exceção teve como objetivo impedir que empresas do setor imobiliário criassem FIIs para atuarem como veículos de suas próprias atividades, criando vantajosas distorções tributárias e concorrenciais.

7.25 A solução encontrada, por meio do artigo 2º da Lei nº 9.779/1999, que substituiu o artigo 19 da Lei nº 9.532/1997, equiparou os FIIs a pessoas jurídicas para fins tributários apenas quando incorporador, construtor ou sócio — isoladamente ou por intermédio de pessoa vinculada — detivesse mais de 25% das cotas de um FII que aplica recursos em empreendimentos imobiliários.

7.26 Já a segunda exceção visava impedir que os FIIs fossem utilizados como meros veículos de investimentos financeiros em outros mercados com os benefícios do diferimento da tributação da renda. Assim, a Lei nº 9.779/1999 acrescentou o artigo 16-A à Lei nº 8.668/1993.

7.27 Embora essas medidas já reduzissem algumas distorções, a Lei nº 9.779/1999 promoveu ainda duas outras modificações que impactaram a tributação da renda dos cotistas dos FIIs.

7.28 A primeira consistiu em coibir o diferimento da tributação, obrigando a distribuição dos lucros conforme o regime de caixa, com base em balanço ou balancete semestral, em conformidade com o parágrafo único do art. 10 da Lei nº 8.668/1993.

7.29 Em seguida, ocorreu a segunda modificação, de menor impacto, que alterou os artigos 17, 18 e 19 da Lei nº 8.668/1993, sendo revogado o tratamento diferenciado conferido por outras leis aos não residentes, e as alíquotas de Imposto de Renda sobre os proventos distribuídos e sobre os ganhos oriundos da alienação de quotas ou liquidação dos FIIs foram reduzidas de 25% para 20%.

7.30 Outrossim, foi esclarecido que esse imposto constitui, para pessoas jurídicas, antecipação, e, para os demais, tributação exclusiva.

7.31 Em resumo, do ponto de vista tributário, o artigo 16 da Lei nº 8.668/1993 estabeleceu a isenção dos rendimentos e ganhos de capital auferidos pelos FIIs de Imposto sobre

Operações de Crédito, Câmbio e Seguro, assim como do Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza.

7.32 Já o artigo 16-A determina que rendimentos e ganhos líquidos provenientes de aplicações financeiras pelos FIs estão sujeitos ao IRRF, com as mesmas regras aplicáveis às pessoas jurídicas tributadas nesse regime.

7.33 O artigo 17 dispõe que os rendimentos e ganhos de capital auferidos, apurados segundo o regime de caixa, quando distribuídos pelos FIs a qualquer beneficiário, inclusive, pessoa jurídica isenta, sujeitam-se à incidência do IRRF, à alíquota de 20% (redação dada pela Lei nº 9.779/1999).

7.34 Por fim, o artigo 18 ressalta que os ganhos de capital e rendimentos auferidos na alienação ou no resgate de quotas dos fundos de investimento imobiliário, por qualquer beneficiário, inclusive, por pessoa jurídica isenta, sujeitam-se à incidência do Imposto de Renda à alíquota de 20% (redação dada pela Lei nº 9.779/1999).

7.35 Noutro giro, o artigo 125 da Lei nº 11.196/2005 inseriu dispositivos no artigo 3º da Lei nº 11.033/2004, para isentar na fonte e na declaração anual os rendimentos distribuídos às pessoas físicas pelos FIs.

7.36 Entretanto, essa isenção só se opera caso sejam respeitados cumulativamente os seguintes requisitos: **(i)** as quotas desse FI sejam negociadas em bolsas de valores ou no mercado de balcão organizado; **(ii)** haja, no mínimo, 50 quotistas nesse FI; **(iii)** a pessoa física em questão não tenha 10% ou mais da totalidade das quotas emitidas pelo FI; e **(iv)** esse quotista não possua quotas que lhe deem direito ao recebimento de rendimento superior a 10% do total do rendimento auferidos pelo FI. Ou seja, desde que observadas determinadas condições, a Lei nº 11.196/2005 inseriu uma isenção a artigo 17 da Lei nº 8.668/1993.

7.37 Ainda, a Lei nº 12.024/2009 acrescentou parágrafos ao artigo 16-A da Lei nº 8.668/1993, destacando-se o § 1º que instituiu a isenção do IRRF sobre aplicações dos FIs em ativos previstos nos incisos II e III do artigo 3º da Lei nº 11.033/2004.

7.38 Dado o conjunto de isenções, diferimentos e ampla gama de ativos permitidos, além da inexistência de restrição à concentração de cotistas, os FIs passaram a atrair investidores — empenhados em maximizar resultados — e despertaram o interesse das autoridades fiscais, que buscam coibir abusos.

7.39 Conforme afirmado anteriormente, posteriormente à edição da Lei nº 8.668/1993, foi publicada a Lei nº 9.779/1999 (conversão da Medida Provisória nº 1.788/1998), que instituiu a regra de equiparação, para fins tributários, de FI à pessoa jurídica, nos termos do artigo 2º, *in verbis*:

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.

7.40 Cabe destacar as razões de política fiscal apresentada na Exposição de Motivos da MP nº 1.788/1998, que deu origem à Lei nº 9.779/1999:

“Para evitar a concorrência predatória dos referidos fundos com as pessoas jurídicas que exploram as mesmas atividades, o art. 2º do Projeto determina sejam os rendimentos do fundo tributados segundo as mesmas normas aplicáveis às pessoas jurídicas, nas hipóteses em que este permitir participação superior ao limite de vinte e cinco por cento ao incorporador, construtor ou sócio do empreendimento imobiliário”.

7.41 Verifica-se que o objetivo da norma antielisiva em apreço é evitar que quotistas relevantes participem de empreendimentos imobiliários que também recebam recursos do Fundo Imobiliário, buscando afastar a “concorrência predatória” com pessoas jurídicas que construam, incorporem ou sejam sócias de empreendimentos imobiliários.

7.42 Da leitura do artigo 2º, integrado com a sua *ratio legis* e com as normas gerais dos FII, verifica-se que existem três pressupostos, sucessivos e cumulativos, para que a equiparação seja aplicável, quais sejam:

- i. que o FII possua quotista que, isoladamente ou em conjunto com pessoa ligada, detenha participação superior a 25% da totalidade das quotas do fundo (quotista relevante);
- ii. que o FII aplique recursos em empreendimento imobiliário; e,
- iii. que o empreendimento imobiliário tenha quotista relevante como incorporador, construtor ou sócio. A figura do sócio abrange também o quotista relevante que controla (ou participa) empresa que compõe o empreendimento imobiliário.

7.43 Com efeito, o conceito de “pessoa ligada”, conforme estabelecido no artigo 2º da Lei nº 8.668/93, é direcionado exclusivamente ao quotista, não sendo aplicável ao incorporador, construtor ou ao sócio do empreendimento.

7.44 Percebe-se claramente que a pretensão do legislador foi a de evitar que pessoas que explorem atividades imobiliárias, na modalidade de incorporador, construtor ou sócio de empreendimento imobiliário, passassem a explorá-las sob a forma de FII, sujeitas a um tratamento tributário mais benéfico, especialmente quando detenham participação significativa, correspondente a 25% ou mais das quotas.

7.45 O objetivo da norma, portanto, é evitar práticas que ensejem concorrência desleal, proibindo que os FIIs sejam utilizados como instrumentos de exploração imobiliária por agentes típicos do setor, como os sócios de incorporadoras ou de construtoras, como, por exemplo, as Sociedades de Propósito Específico (SPE) ou o dono da obra.

7.46 Nesse cenário, deve-se recordar que os artigos 116 e 149, inciso VII, do Código Tributário Nacional (CTN), conferem a Administração Tributária a competência para promover a requalificação de estruturas formalmente constituídas sob a forma de FIIs, desde que apresente elementos de prova que sustentem a ocorrência de simulação e, por consequência, a obtenção indevida de vantagem fiscal.

7.47 Assim, para que uma estrutura que contenha um FII seja desconsiderada, é necessário não apenas demonstrar eventual prejuízo econômico ao Fisco – como uma redução indevida da carga tributária –, mas, sobretudo, evidenciar um desvio em sua causa jurídica ou o uso fictício da forma adotada, vícios estes que se fazem presentes na figura da simulação e suas vertentes (“falta de propósito negocial”, “abuso de direito”, “ausência de substância econômica” etc.), o que não ocorreu no caso em análise.

7.48 O “*Relatório Fiscal do Auto De Infração (REFISC)*” de fls. 2671/2693 asseverou que:

[...] 5.9.2 Assim, o que sem tem é que em 31 de maio de 2010 a Exitus Administração foi extinta e os seus sócios pessoas físicas (os TAVARES DE MELO) receberam em transferência a propriedade dos imóveis da empresa. Em 22 de junho de 2010, foi firmado Instrumento Particular de Constituição do Fundo Exitus. Em 06 de dezembro de 2010 as cotas do Fundo foram subscritas pelos TAVARES DE MELO.

5.9.3 Com a transferência dos imóveis pelo grupo TAVARES DE MELO para o fundo, ocorre o primeiro item do que a legislação do FII busca evitar: a transferência de imóveis para os FII pelos grandes proprietários de imóveis, fato que por si só, não ensejaria a desqualificação do fundo, nos termos da regra antielisiva. Contudo, conforme se demonstrará a seguir, os TAVARES DE MELO, além de cotistas, desempenham o papel de sócios do empreendimento.

5.10 Os Tavares de Melo – sócios do empreendimento

5.10.1 Conforme demonstrado no *item* 3.5.2, já na criação do Fundo foi definido que a Tavares de Melo Empreendimentos S.A. (TMESA) seria a consultora imobiliária. Ressalta-se que os antigos sócios da Exitus Administração, os cotistas do Fundo e os sócios da TMESA são as mesmas pessoas, os TAVARES DE MELO (vide a tabela comparativa do Anexo I).

5.10.2 Ora, conforme demonstrado nos *itens* 3.5, 3.6, 4.2e 4.3, a TMESA acumula as funções de Administradora e Gestora do Fundo, pois as recomendações, se aprovadas pelo Comitê de Investimentos (composta pelos cotistas e, também, sócios da TMESA) são de observação obrigatória por parte da Administradora. Portanto, o que se tem na verdade, é uma mera transferência do patrimônio para o Fundo, onde os cotistas decidem e controlam todas as decisões do Fundo.

5.10.3 A TMESA, na condição de consultora imobiliária, atua como se a sócia controladora do fundo fosse, pois cabe a ela todas as decisões, inclusive aquelas que originalmente competiriam à gestora. E os cotistas, na condição de sócios da TMESA, atuam como se sócios fossem do Fundo.

5.10.4 Em resumo, os TAVARES DE MELO transferiram os imóveis da EXITUS S.A. para o Fundo. E, para não perder o controle sobre o empreendimento, definiram a TMESA como consultora imobiliária, por meio da qual exercem o poder de gestão e decisão sobre todos os temas do Fundo.

5.10.5 Assim, em última análise, é como se o FII Exitus tivesse celebrado um contrato de sociedade com os cotistas por intermédio da TMESA.

5.10.6 Em outras palavras, os cotistas, além de investirem no empreendimento e partilharem do resultado, participam ativamente do empreendimento ao assumirem a gestão do negócio e serem responsáveis por todas as decisões.

5.10.7 Dessa forma, conforme o próprio fiscalizado reconheceu em resposta ao TIF06 (fls. 630), e confirmado pela análise dos documentos de identidade apresentado às fls. 638 a 696, bem como pelo sistemas da Receita Federal, alguns dos cotistas têm 25% ou mais das cotas do fundo (*Tabela 1 - Cotistas com Participação Superior a 25%*), e como desempenham papel de sócios do empreendimento imobiliário, o fundo viola a regra antielisiva.

5.10.8 Reforça esse entendimento de controle do Fundo pelo TAVAVRES DE MELO, o fato de que quatro cotistas com mais de 25% das cotas (*Tabela 3 - Membros do Comitê com 25% ou mais das cotas*), além de sócios da empresa de consultoria imobiliária, compõem também o comitê de investimentos. Portanto, é evidente a violação da regra antielisiva (regra dos 25%) de forma que o FUNDO deve receber o mesmo tratamento tributário dado às pessoas jurídicas.

[...]

7.49 Ora, a Autoridade Fiscal entendeu que a mera transferência de imóveis para os FII por grandes proprietários de imóveis não ensejaria a desqualificação do fundo, nos termos da norma antielisiva do artigo 2º da Lei nº 9.779/1999, como se vê na parte negritada.

7.50 Contudo, aduziu que os cotistas relevantes também desempenhariam o papel de sócios do empreendimento, por intermédio da Tavares de Melo Empreendimentos S/A (TMESA), a qual, na qualidade de consultora imobiliária, exerceria funções equivalentes às de sócia controladora do Exitus FII, pois caberia a ela todas as decisões, inclusive, aquelas que originalmente competiriam à gestora.

7.51 Da mesma forma, afirma o Fisco que os quotistas, por serem sócios da TMESA, acabariam desempenhando um papel análogo ao de sócios do próprio Fundo. Em essência, isso equivaleria a afirmar que o Exitus FII teria firmado uma espécie de sociedade com os seus quotistas por meio da TMESA. Ou seja, além de realizarem aportes no empreendimento e auferirem os resultados correspondentes, os quotistas também teriam envolvimento direto na condução do empreendimento, ao assumirem o controle da gestão e tomarem todas as decisões relevantes.

7.52 Aparentemente, a interpretação adotada pela Fiscalização foi a de que a atuação da TMESA, enquanto consultora imobiliária do Fundo e composta por sócios que também figuram como quotistas relevantes do Exitus FII, caracterizaria a formação de um empreendimento imobiliário conjunto, nos termos do artigo 2º da Lei nº 9.779/1999.

7.53 Essa configuração teria sido identificada mesmo na ausência de um empreendimento concreto com investimento comum entre as partes (TMESA, Exitus FII e os quotistas relevantes), e sem a comprovação de que esses quotistas atuassem efetivamente como incorporadores, construtores ou sócios do referido empreendimento.

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

7.55 Neste sentido, a contribuinte arguiu, em síntese, que “(...) o “*empreendimento imobiliário*” mencionado pelo RELATÓRIO corresponde ao arrendamento de imóveis rurais que compõem a carteira do IMPUGNANTE, com relação aos quais TMESA, além de por óbvio não ser a proprietária, não figura como arrendadora ou tem qualquer vínculo com a arrendatária, a BIOSEV S.A (...)” – v. cf. fl. 2722 da Impugnação.

7.56 Acrescentou que “(...) No caso concreto, em que o empreendimento imobiliário desenvolvido pelo IMPUGNANTE consiste somente no arrendamento mercantil de imóveis rurais que compõem a sua carteira, os seus quotistas somente poderiam ser considerados “sócios do empreendimento imobiliário” por também figurarem como acionistas de TMESA caso TMESA figurasse como arrendadora dos referidos imóveis (ou, adotando-se o entendimento mais

abrangente do Acórdão CSRF nº 9101-004.580, tivesse algum vínculo societário com a arrendatária dos imóveis), o que não ocorre (...)” – v. cf. fl. 2729.

7.57 Ademais, asseverou que “(...) Evidentemente, não há como se confundir a mera consultoria na gestão de imóveis (atividade pela qual TMESA era remunerada) com o exercício da atividade imobiliária em si: enquanto a primeira, como descreve o próprio RELATÓRIO, limita-se à avaliação do preço de mercado dos contratos de arrendamento, monitoramento e negociação dos contratos celebrados pelo IMPUGNANTE, recomendação de novos investimentos ou desinvestimentos em ativos imobiliários, dentre outros, a atividade imobiliária compreende a própria exploração dos imóveis, ou seja, a aquisição deles para incorporação imobiliária, construção e/ou locação/arrendamento. (...)” – v. cf. fls. 2729/2730.

7.58 Ressaltou ainda que “(...) No caso concreto, portanto, é evidente a improcedência dos AUTOS ao justificarem a aplicação da tributação das pessoas jurídicas com base exclusivamente no fato de alguns dos quotistas do IMPUGNANTE também serem sócios de TMESA: reitere-se, ela (a TMESA) jamais desenvolveu qualquer atividade de arrendamento com relação aos imóveis rurais que compõem a carteira do IMPUGNANTE. (...)” – v. cf. fl. 2730.

7.59 Destarte, da leitura do artigo 2º da Lei nº 9.779/1999, percebe-se que o empreendimento imobiliário citado na norma legal, deve ser comum, que tenha aportes de recursos do Fundo e que o(s) quotista(s) relevante(s) funcione(m) como seu incorporador(es), construtor(es) ou sócio(s) (direta ou indiretamente), conforme depreende-se dos pressupostos (ii) e (iii), antes citados, e não o indicado pela Autoridade Fiscal.

7.60 Desta forma, dos três pressupostos antes descritos na norma antielisiva [(i) que o FII possua quotista que, isoladamente ou em conjunto com pessoa ligada, detenha participação superior a 25% da totalidade das quotas do fundo (quotista relevante); (ii) que o FII aplique recursos em empreendimento imobiliário; e, (iii) que o empreendimento imobiliário tenha quotista relevante como incorporador, construtor ou sócio]; no caso em análise, somente o requisito (i) teria sido cumprido.

7.61 Não verifica-se sequer um empreendimento imobiliário em que o Fundo tivesse aplicado recursos e que tivesse um quotista relevante como incorporador, construtor ou sócio (mesmo que indiretamente por intermédio de uma pessoa jurídica).

7.62 Pelo descrito no “Relatório Fiscal do Auto De Infração (REFISC)” de fls. 2671/2693, os quotistas subscreveram com imóveis as quotas do Fundo, que arrendou a quase totalidade dos imóveis (229 de um total de 233) à BIOSEV S/A. Assim sendo, não consta no relatório, por exemplo, que os quotistas relevantes seriam sócios da empresa que arrendou os bens, o que poderia provocar a aplicação da norma antielisiva ao caso destes autos.

7.63 Na verdade, toda a controvérsia decorreu da presença da TMESA, na condição de consultora imobiliária, que tinha quotistas relevantes em sua estrutura de capital e gerenciava os investimentos do Fundo. Mas, não há registro no “Relatório Fiscal do Auto De Infração (REFISC)” de um único empreendimento imobiliário em que a TMESA participasse e que tivesse recebido recursos do Exitus Fundo de Investimento Imobiliário.

7.64 Ora, se não há registro de empreendimento imobiliário incorporado, construído ou em sociedade de que TMESA ou quotistas relevantes façam parte, com aporte de recursos do Exitus FII, não se compreende como a hipótese dos autos se amoldaria à norma antielisiva do artigo 2º da Lei nº 9.779/1999, porque somente há o arrendamento dos imóveis transferidos ao

Fundo a um terceiro (BIOSEV S/A), sem conexão com a TMESA ou com quotistas relevantes do Fundo.

7.65 Ademais disso, como asseverado no v. acórdão recorrido da DRJ/PE (DRJ04) – v. cf. fl. 3240:

[...] 23. Não me parece que a presença da TMESA, direcionando os investimentos do Exitus Fundo de Investimento Imobiliário, como consultora imobiliária, pudesse caracterizar a figura do empreendimento imobiliário comum, previsto na norma antielisiva. Para incidência da norma antielisiva, mister que o Fundo aplicasse recursos em um empreendimento imobiliário, no qual quotista relevante funcionasse como seu incorporador, construtor ou sócio (mesmo que indiretamente por intermédio de uma pessoa jurídica, como a TMESA), como já dito.

24. Insiste-se que a autoridade fiscal não indicou um único empreendimento imobiliário com investimento conjunto do Exitus Fundo de Investimento Imobiliário e de quotistas relevantes (ou da TMESA). Apenas se sabe que o Fundo recebe receitas de seus imóveis rurais arrendados, sob consultoria da TMESA, esta que gerencia e direciona os investimentos do Exitus Fundo de Investimento Imobiliário. Mas não há investimento conjunto do Exitus Fundo de Investimento Imobiliário, da TMESA ou mesmo de algum quotista relevante em empreendimento imobiliário, no qual tal quotista relevante (ou a TMESA) funcionasse como construtor, incorporador ou sócio.

[...]

7.66 Com efeito, o disposto no artigo 2º da Lei nº 9.779/1999 somente poderia ser aplicado caso a TMESA também explorasse os imóveis que compõem a carteira do contribuinte para obter renda do arrendamento rural. Todavia, esta situação não se verifica, inexistindo qualquer concorrência entre a atuação de TMESA como consultora do contribuinte e as pessoas jurídicas que exploram atividades imobiliárias.

7.67 Se não bastasse, sequer haveria que se falar na existência de qualquer benefício fiscal obtido pelos integrantes da família TAVARES DE MELO em razão da atuação da TMESA. A prestação de serviços de consultoria implica, por um lado, despesa para a contribuinte, reduzindo o montante disponível para distribuição sem proporcionar qualquer economia tributária, por outro lado, gera receita tributável regularmente auferida pela TMESA, conforme o regime aplicável às pessoas jurídicas.

7.68 Dessa forma, a simples transferência de ativos imobiliários para Fundos de Investimento Imobiliário, com o objetivo de usufruir do regime fiscal previsto em lei, não configura hipótese de incidência do artigo 2º da Lei nº 9.779/1999. Trata-se de faculdade legal legítima, não vedada pelo legislador ordinário, desde que o quotista não exerça as funções de incorporador, construtor ou sócio do mesmo empreendimento imobiliário.

7.69 Outrossim, a possibilidade de transferência de imóveis para os FII's é expressamente reconhecida pela legislação e por normas da CVM. O artigo 1º, §§ 2º e 8º, da Lei nº 13.043/2014, estabelece que o recolhimento do IR incidente sobre a integralização de ativos financeiros é de responsabilidade do administrador do fundo, ressalvando-se os casos de integralização por meio de imóveis, situação em que o encargo é atribuído ao próprio quotista, nos termos da legislação aplicável. Já o artigo 12 da Instrução CVM nº 472/2008 também admite a integralização de quotas por meio de imóveis, exigindo a apresentação de laudo de avaliação, salvo nas hipóteses de primeira oferta pública de quotas do fundo.

7.70 Qualquer interpretação em sentido contrário, além de desconsiderar o texto legal e o propósito manifestado na própria Exposição de Motivos da norma, traria efeitos deletérios ao setor de fundos imobiliários. Se prevalecer o entendimento contido no “*Relatório Fiscal do Auto De Infração (REFISC)*” de fls. 2671/2693, os FIs estariam limitados a adquirir imóveis exclusivamente com recursos captados em ofertas públicas ou via transferências realizadas por pequenos investidores – estes, geralmente, não são titulares de ativos com as características dos imóveis típicos de carteiras de FIs –, como centros logísticos, edifícios corporativos ou propriedades rurais economicamente exploráveis.

7.71 Portanto, a interpretação extensiva adotada pela fiscalização do artigo 2º da Lei nº 9.779/1999, buscando enquadrar alguns quotistas como “sócios do empreendimento”, ainda que inexistente qualquer exploração imobiliária dos imóveis rurais, pela TMESA, que compõem a carteira do fundo, não deve prevalecer.

7.72 Neste sentido, destaco as ementas a seguir colacionadas:

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

Ano-calendário: 2005

FUNDO DE INVESTIMENTO IMOBILIÁRIO. NÃO CARACTERIZAÇÃO DA FIGURA DE “SÓCIO DO EMPREENDIMENTO”. EQUIPARAÇÃO TRIBUTÁRIA IMPROCEDENTE.

Considerando a inexistência da figura de sócio no empreendimento imobiliário explorado pelo FII Península, a sua equiparação à pessoa jurídica para fins tributários não se sustenta à luz do artigo 2º da Lei nº 9.779/99. (Acórdão nº 9101-006.005, CSRF / 1ª Turma, rel. Luis Henrique Marotti Toselli, Sessão do dia 05 de abril de 2022)

Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins

Ano-calendário: 2017, 2018

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

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

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

Nessa mesma linha de raciocínio, a norma a ser extraída em relação à interpretação do termo sócio não abarca a pessoa ligada ou aquela faz parte de um mesmo grupo econômico, mas somente aquela pessoa que contribui para a formação do capital social com bens ou serviços, fazendo jus a parte do resultado da sociedade. É dizer não há falar-se na figura de sócio indireto ou participação indireta. Tal racional está em consonância com o utilizado pela Receita Federal na

Solução de Consulta Cosit nº 182, de 2019, no sentido de que sócio é aquele que contribui para a formação do capital social com bens ou serviços, fazendo jus a parte do resultado da sociedade.

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

As interpretações acima devem ser afastadas pelo Fisco nos casos de dolo, fraude ou simulação. Ocasão em que o Fisco, nessas hipóteses, encontra amparo no art. 149, VII, do CTN. (Acórdão nº 1101-001.615, 1ª Seção de Julgamento / 1ª Câmara / 1ª Turma Ordinária, rel. Edmilson Borges Gomes, Sessão do dia 24 de junho de 2025)

7.73 Com efeito, em qualquer perspectiva, resta afastada a incidência da norma invocada, tendo em vista que, além da TMESA não exercer a função de arrendatária dos imóveis integrantes da carteira do contribuinte, a estrutura adotada não conferia qualquer benefício fiscal que pudesse posicionar seus quotistas em situação de “concorrência predatória” frente às empresas do setor imobiliário.

7.74 Diante de todos os elementos expostos, impõe-se o cancelamento integral dos Autos de Infração, tendo em vista a manifesta ausência da ocorrência das hipóteses legais previstas no artigo 2º da Lei nº 9.779/1999. Mesmo sob a ótica de uma interpretação ampliativa da norma, não se poderia afirmar a presença de um “sócio do empreendimento imobiliário”, uma vez que: (i) TMESA jamais atuou na exploração imobiliária dos ativos integrantes da carteira do fundo; (ii) não possuía qualquer vínculo societário com a BIOSEV S.A., arrendatária dos imóveis; e (iii) sua atuação na qualidade de consultora do fundo não resultou em qualquer benefício fiscal aos quotistas.

7.75 Deste modo, é incabível ao caso em apreço a aplicação da norma antielisiva disposta no artigo 2º da Lei nº 9.779/1999, vez que não houve o preenchimento dos requisitos legais.

7.76 Por fim, com o cancelamento dos Autos de Infração, igualmente as obrigações acessórias decorrentes e as multas isoladas por descumprimento do prazo estabelecido para entrega da ECD, ECF, EFD Contribuições respectivas, bem como as demais questões trazidas pelos Recorrentes (contribuinte e solidários), ficam prejudicadas, pois essas decorrem da imputação principal.

Dispositivo

8. Por todo o exposto e por tudo que consta processado nos autos, conheço do Recurso de Ofício, tendo em vista atender ao limite de alçada estabelecido pela Portaria MF nº 2, de 17 de janeiro de 2023, aferido nos termos da Súmula CARF nº 103, e no mérito **NEGO PROVIMENTO**, a fim de manter o cancelamento integral dos lançamentos.

(documento assinado digitalmente)

Alessandro Bruno Macêdo Pinto - Relator.