



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



PROCESSO	16327.720170/2023-66
ACÓRDÃO	1101-001.406 – 1ª SEÇÃO/1ª CÂMARA/1ª TURMA ORDINÁRIA
SESSÃO DE	10 de outubro de 2024
RECURSO	VOLUNTÁRIO
RECORRENTE	FUNDO DE INVESTIMENTO IMOBILIARIO - FII SHOPPING PARQUE D. PEDRO
INTERESSADO	FAZENDA NACIONAL

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Ano-calendário: 2018, 2019, 2020, 2021

IMPUGNAÇÃO. TEMPESTIVIDADE. NULIDADE. SUPERAÇÃO

Ao considerar intempestiva a impugnação tempestiva, a decisão recorrida cerceou o direito de defesa do responsável solidário, o que atrai a nulidade da decisão recorrida. Todavia, em razão das particularidades dos autos, a nulidade da decisão recorrida quanto a intempestividade pode ser superada em razão de decidir o mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, conforme previsto no art. 59, §3º do Decreto 70.235/72 .

O ÓRGÃO JULGADOR NÃO ESTÁ OBRIGADO A SE PRONUNCIAR ACERCA DE TODOS OS ARGUMENTOS SUSCITADOS PELA RECORRENTE.

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

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2018, 2019, 2020, 2021

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

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

empreendimento imobiliário, exceto nos casos de dolo, fraude ou simulação.

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

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

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

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

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

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em afastar as preliminares e, no mérito, dar provimento ao recurso voluntário, nos termos do voto do Relator.

Assinado Digitalmente

Efigênio de Freitas Júnior – Relator e Presidente

Participaram do presente julgamento os conselheiros Itamar Artur Magalhães Alves Ruga, Jeferson Teodorovicz, Edmilson Borges Gomes, Diljesse de Moura Pessoa de Vasconcelos Filho, Rycardo Henrique Magalhaes de Oliveira e Efigênio de Freitas Júnior (Presidente).

RELATÓRIO

Trata-se de autos de infração para cobrança de Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica (IRPJ), Contribuição Social Sobre o Lucro Líquido (CSLL), Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins) e Contribuição para o Pis/Pasep referentes aos anos-calendário 2018 a 2021, no montante total de R\$ 399.565.601,49 incluídos principal, juros de mora e multa de ofício de 75%.

2. Exige-se também multas por falta de apresentação da Escrituração Contábil Fiscal (**ECF**), escrituração contábil digital (**ECD**) e da Escrituração Fiscal Digital da Contribuição para o PIS/Pasep, da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins) e da Contribuição Previdenciária sobre a Receita (**EFD-Contribuições**) respectivamente.

3. Houve imputação de responsabilidade solidária contra BTG PACTUAL SERVIÇOS FINANCEIROS S.A. DISTRIBUIDORA DE TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS., CNPJ 59.281.253/0001-23, administrador do FUNDO; SIERRA INVESTIMENTOS BRASIL LTDA, CNPJ 01.874.077/0001-53; e ALIANSCE SONAE SHOPPING CENTERS S.A., CNPJ 05.878.397/0001-32.

4. As infrações apuradas – falta de apuração e recolhimento de IRPJ, CSLL, Pis, Cofins e multas regulamentares – decorrem da sujeição do fundo de investimento imobiliário, ora recorrente, ao regime de tributação das demais das pessoas jurídicas, nos termos do art. 2º da Lei n.º 9.779/1999 (regra de equiparação).

5. Segundo o dispositivo legal (art. 2º da Lei n.º 9.779/1999), sujeita-se à tributação aplicável às pessoas jurídicas, o fundo de investimento imobiliário (Lei nº 8.668/1993), 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.

6. Após analisar o histórico de várias empresas, a autoridade fiscal conclui que:

i) Sierra Investimentos Brasil Ltda. (“**Sierra**”), a Enplanta Engenharia (“**Enplanta**”) e a **Unishopping** (Consultoria e Imobiliária) atuaram como incorporadoras, construtoras e sócias do empreendimento imobiliário Shopping Parque Dom Pedro;

ii) as empresas acima pertencem ao grupo Aliansce Sonae (antigo grupo Sonae), cuja empresa líder é controladora da cotista – **Sierra** – que detém mais de 25% do FIIPDPSC, e que declara ser sócia indireta do FII em suas demonstrações financeiras.

7. A seguir resumo da narrativa dos fatos pela autoridade fiscal (fls. 3923 e ss.).

Início do procedimento: representação da CVM

8. O procedimento fiscal iniciou-se em razão de representação da CVM que apontou indícios de irregularidades nos Fundos de Investimento Imobiliário: i) Parque Dom Pedro Shopping Center (FII PDPSC) e ii) Shopping Parque Dom Pedro (FII SPDP), os quais possuem cotistas detentores de mais de vinte e cinco por cento das quotas emitidas pelos Fundos.

9. Segundo a CVM, os fundos estariam sujeitos à tributação aplicável às pessoas jurídicas em virtude do descumprimento do art. 2º, da Lei n.º 9.779, de 1999. Veja-se:

1.1. Início do procedimento: representação da CVM

A Comissão de Valores Mobiliários – CVM – encaminhou à Receita Federal o Ofício n.º 393/2021/CVM/SGE em 14/10/2021, para comunicar a apuração de indícios de irregularidades tributárias no processo administrativo CVM SEI 19957.004587/2021-98.

Pelos documentos acostados eletronicamente no referido processo administrativo daquela autarquia, depreende-se que o impulso inicial dos autos foi a constatação, em procedimento de monitoramento sistemático, que o **Fundo de Investimento Imobiliário Parque Dom Pedro Shopping Center, doravante FIIPDPSC** ou Fiscalizado, e o **Fundo de Investimento Imobiliário Shopping Parque Dom Pedro, doravante também denominado FIISDP** ou Fundo Original, **possuem cotistas detentores de mais de vinte e cinco por cento das cotas emitidas pelos Fundos**. Por sua vez, a companhia aberta Aliansce Sonae Shopping Centers S.A., doravante **ALIANSCOE SONAE, informou nas Demonstrações Financeiras publicadas a participação em sociedades controladas e coligadas** equivalente a **48,26% do FIISDP** e **50,10% do FIIPDPSC**, e que em conjunto deteria 89,47% do empreendimento Shopping Parque Dom Pedro.

Como se verifica no Ofício n.º 16/2021/CVM/SSE, de 18/06/2021, a CVM manifestou o entendimento de que os fundos estariam sujeitos à tributação aplicável às pessoas jurídicas em virtude do descumprimento, segundo aquela autarquia, do disposto no artigo 2º, da Lei n.º 9.779, de 1999. Com as palavras da CVM, considerando que:

a) **A SIERRA INVESTIMENTOS BRASIL LTDA (“Sierra”)**, CNPJ: 01.874.077/0001-53, com base nos dados da Receita Federal do Brasil (“RFB”), tem como acionista **detentor de 99,99% de suas ações a ALIANSCOE SONAE SHOPPING CENTERS S.A. (“Aliansce Sonae”, “Companhia”)**, CNPJ: 05.878.397/0001-32; que por sua vez, **realizou a incorporação e é responsável pela administração e comercialização da área bruta locável (“ABL”) do Shopping Parque Dom Pedro (“Shopping”)**.

b) Adicionalmente, nas demonstrações financeiras encaminhadas a esta CVM, relativas ao exercício findo em dezembro de 2020 (“DF 2020”), pela **Aliansce Sonae**, consta da Nota Explicativa 10 (Investimentos/Sociedades Controladas e Coligadas; pg. 97) que **a Companhia detém 48,26% das cotas** do Fundo de Investimento Imobiliário Shopping Parque D. Pedro (“**FII SPDP**”) e **50,10%** das cotas do Fundo de Investimento Imobiliário Parque Dom Pedro Shopping Center (“**FII PQDP**”). Os dois Fundos, por seu turno, detêm em conjunto participação direta de 89,47% no Shopping Parque Dom Pedro (“Shopping”).

c) E que, desse modo, com base nos documentos periódicos encaminhados ao sistema Fundos.Net: (i) o FII SPDP detém participação direta de 74,47% no Shopping Parque Dom Pedro; (ii) a participação consolidada (direta e indireta) do FII PQDP no referido empreendimento é de 30,1%; e (iii) em seu Relatório de Resultados referente às demonstrações financeiras do 1º trimestre de 2021, a Aliansce Sonae informa que detém participação acionária consolidada de 51% no Shopping Center Parque D. Pedro.

Nesse contexto, concluiu a CVM que os fundos teriam aplicado recursos em empreendimento imobiliário que teve ou tem como incorporador, construtor ou sócio, cotista com mais de vinte e cinco por cento das cotas dos fundos e, desta forma, sujeitos à tributação como pessoa jurídica, como determina a lei.

Cabe observar que houve lançamento de crédito tributário contra o Fundo de Investimento Imobiliário Shopping Parque D. Pedro, o FIISDP, no processo administrativo n.º 16327.720170/2023-66, pelos mesmos motivos [...].

10. Em resumo, segundo a representação da CVM:

i) Os Fundo de Investimento Imobiliário Parque Dom Pedro Shopping Center (FIIPDPSC) e Shopping Parque Dom Pedro (FIISDP) possuem cotistas detentores de mais de vinte e cinco por cento das cotas emitidas pelos Fundos.

ii) ALIANSCE SONAE SHOPPING CENTERS S.A. (Aliansce Sonae), CNPJ: 05.878.397/0001-32, tem participação em sociedades controladas e coligadas equivalente a 48,26% do FIISDP e 50,10% do FIIPDPSC, e em conjunto detém 89,47% do empreendimento Shopping Parque Dom Pedro.

iii) Aliansce Sonae, controladora (99,99% das ações) da SIERRA INVESTIMENTOS BRASIL LTDA (“Sierra”), CNPJ: 01.874.077/0001-53, realizou incorporação e é responsável pela administração e comercialização da área bruta locável (“ABL”) do Shopping Parque Dom Pedro (“Shopping”).

11. Concluiu a CVM, portanto, que o FII aplica recursos, direta e indiretamente, em empreendimento denominado Shopping Parque D. Pedro cujo sócio quotista, Sierra, possui em conjunto com pessoa a ela ligada, a Aliansce Sonae, mais de 25% das cotas do Fundo. Esse o centro da controvérsia.

12. Corroboram tais fatos, as demonstrações financeiras da Aliansce Sonae, relativas ao exercício findo em 31.12.2020, onde o Shopping Parque Dom Pedro é tratado como Sociedade controlada (Item 10; Notas Explicativas), com base em participação acionária de 50,05%.

Fatos apurados pela fiscalização

13. O Fundo de Investimento Imobiliário FII SHOPPING PARQUE DOM PEDRO (FIISDP) foi constituído em 05/01/2005, sob a forma de condomínio fechado, com prazo de duração indeterminado, com o seguinte objeto: *“exclusivamente, a aquisição de uma participação correspondente a 100% (cem por cento) do empreendimento denominado Shopping Parque D. Pedro”*.

14. De acordo com a relação de cotistas apresentada pelo fiscalizado para os anos de 2018 a 2022, o principal detentor de cotas no período, com percentual variando entre 42,28% a 48,26%, é a Sierra Investimentos Brasil Ltda. (SIERRA).

15. SIERRA isoladamente possui mais de 25% das cotas do Fundo. Verifica-se ainda que as outras duas maiores cotistas fazem parte do mesmo grupo econômico em que inserida a própria SIERRA, e que juntas, a partir do ano de 2019, passaram a ser os únicos detentores de cotas do FIISDP.

16. A empresa BTG Pactual Serviços Financeiros S.A. DTVM substituiu a empresa Brazilian Mortgages Companhia Hipotecária como administrador do fundo, conforme Ata de AGE realizada em 09/08/2012. O administrador original do fundo foi o Banco Ourinvest S.A. até 10/11/2010.

17. A autoridade fiscal aborda os primórdios do empreendimento Shopping Parque

Dom Pedro, as reorganizações societárias no grupo Aliansce Sonae, originado na incorporação, pelo grupo português Sonae, da empresa brasileira Aliansce Shopping Centers S.A. aponta que a administração do Shopping Parque Dom Pedro sempre esteve a cargo do próprio grupo Sonae, primeiro por meio da Unishopping Administradora Ltda. (CNPJ n.º 01.169.817/0001-50), e por resultado de incorporação pela Unishopping Consultoria Imobiliária Ltda. (CNPJ n.º 03.958.025/0001-90), e por fim pela Aliansce Assessoria Comercial e Serviços Ltda. (CNPJ n.º 07.545.705/0001-33).

18. Nesse sentido, conclui que “as empresas apontadas do grupo Sonae se identificam com as entidades incorporadora, construtora e sócia do empreendimento Shopping Parque Dom Pedro”.

Composição do FIISDP, eventos societários

19. Apurou a fiscalização que no período de 2018 a 2022, a composição dos cotistas do FIISDP é a seguinte:

2018		
SIERRA INV BRASIL LTDA	01.874.077/0001-53	42,28%
PARQUE D. PEDRO1BV SARL (RV)	18.305.040/0001-07	27,61%
FII PQ DOM PEDRO SHOP CENTER	10.869.155/0001-12	17,72%
HEDGE BRASIL SHOPPING FUNDO DE INVESTIMENTO IMOBILIARIO	08.431.747/0001-06	12,39%
2019 a 2022		
SIERRA INV BRASIL LTDA	01.874.077/0001-53	48,26%
PARQUE D. PEDRO1BV SARL (RV)	18.305.040/0001-07	31,52%
FII PQ DOM PEDRO SHOP CENTER	10.869.155/0001-12	20,22%

20. A seguir a fiscalização detalha os dados das empresas envolvidas com o empreendimento Shopping Parque Dom Pedro.

Como se verifica pela tabela acima, entre 2018 e 2021, mais de 58% do patrimônio do fundo estava sob controle do grupo Sonae ou do grupo Aliansce Sonae.

Vejamos alguns dados sobre as principais personagens envolvidas com o empreendimento Shopping Parque Dom Pedro, extraídos do sítio da JUCESP/SP e das declarações fiscais:

- a) **SIERRA INVESTIMENTOS BRASIL LTDA.** (CNPJ: 01.874.077/0001-53, NIRE 35220984301), antiga Sonae Imobiliária Brasil Ltda., antiga Parque Dom Pedro S.A.
- Primeira subscritora do FIISDP, e cotista majoritária desde sempre;
 - Constituída em 04/06/1997, tendo como sócios a empresa estrangeira Sonae Imobiliária SGPS S.A. e a Sonae Investimentos América Latina Ltda., esta substituída pela Sonaeimo Empreendimentos Comerciais Ltda. (CNPJ 03.359.500/0001-02, NIRE 35215914049) em 1999, representadas pelo Sr. João Sassetti;
 - Com a transformação em Sociedade por Ações, em 12/01/2000, Henrique Falzoni foi admitido como diretor, e a empresa Sonae Enplanta S.A. como sócia (CNPJ: 03.488.377/0001-20);
 - Em AGE de 25/09/2006, as sócias estrangeiras Parque D. Pedro 1BV e Parque D. Pedro 2BV, que haviam recebido, em 29/12/2000, as ações da não residente Sonae Imobiliária SGPS S.A., retiraram-se da sociedade, ingressando a Sonae Sierra Brasil S.A.;

- Em 2006, nova transformação do NIRE, voltando a ser uma Sociedade Limitada, com capital dividido entre Sonae Sierra Brasil (NIRE 35300358325) e Sierra Enplanta (NIRE 35220982430), e ainda comandada por João Sassetti e Henrique Falzoni;
 - A empresa Sierra Enplanta retira-se da sociedade em 2014, e a empresa Pátio Uberlândia Shopping é admitida (NIRE 35221072500);
 - A partir da incorporação ocorrida em 2019 da Aliansce, o sócio majoritário passa a ter a denominação de Aliansce Sonae Shopping Centers S.A. (NIRE 35300358325), e o outro sócio, o Pátio Uberlândia Shopping Ltda. (NIRE 35221072500) passa a ter uma participação de R\$ 1,00.
- b) SONAEIMO EMPREENDIMENTOS COMERCIAIS LTDA. (CNPJ: 03.359.500/0001-02, NIRE 35215914049)
- Avalizadora das notas promissórias dadas como parte do pagamento pelo terreno em que foi desenvolvido o empreendimento Shopping Parque Dom Pedro, e sócia da SIERRA, compradora do terreno, mentora do empreendimento e cotista do FIIPDPSC;
 - Constituída em 26/08/1999 com os sócios não residentes Sonae Imobiliária Gestão, Sonae Imobiliária Serviços e logo após Sonae Imobiliária SGPS, todas representadas pelo sr. João Sassetti;
 - Posteriormente, também foram sócias as não residentes Sonaeimo B.V. e Parque Dom Pedro I B.V. (também cotista do FIIPDPSC);
 - Cindiu, em 2003, com Pátio Penha Shopping, (NIRE 35218354001) e Sonae Imobiliária Brasil (CNPJ 01.169.817/0001-50, NIRE 35218354036), das quais era sócia, e foi incorporada, em 2003, por Sonae Enplanta S.A. (03.488.377/0001-20, NIRE 35300175751).
- c) SONAE ENPLANTA S.A. (CNPJ: 03.488.377/0001-20, NIRE 35300175751), antiga Sonae Enplanta Empreendimentos Ltda. (NIRE 35216006065)
- Início de atividade em 04/11/1999, tendo como sócios Henrique Falzoni e ENPLANTA Engenharia (NIRE 35200045490), empresa esta autora do projeto e responsável técnico pela construção do empreendimento Shopping Parque Dom Pedro;
 - A sócia ENPLANTA Engenharia retirou-se em 2006, transferindo as ações para a outra sócia Sonae Sierra Brasil (CNPJ 05.878.397/0001-32);
 - Incorporou a empresa que avalizou as notas promissórias dadas pelo terreno do Shopping.
- d) UNISHOPPING ADMINISTRADORA LTDA. (CNPJ: 01.169.817/0001-50, NIRE 35213732458)
- Início de atividade em 22/04/1996, tendo como sócios Henrique Falzoni e Enplanta Engenharia Ltda.;
 - Admitidas como sócias ao longo da sua história a Sonae Enplanta S.A., a Sonaeimo Empreendimentos Comerciais Ltda., a Sonae Sierra Brasil Ltda. e S.A., a Sonae Imobiliária Brasil Ltda., a Sierra Enplanta S.A. e Ltda., e a cotista do FIIPDPSC, a SIERRA;
 - Indicada, no Regulamento do FII, como responsável pela administração, gestão de ativos imobiliários e comercialização de áreas locáveis do empreendimento, juntamente com a Unishopping Consultoria;
 - Incorporada pela Unishopping Consultoria Imobiliária Ltda.
- e) UNISHOPPING CONSULTORIA IMOBILIÁRIA LTDA. (CNPJ: 03.958.025/0001-90, NIRE 35216423227)

- Início de atividade em 20/07/2000, tendo como sócios Henrique Falzoni, João Sassetti e Unishopping Administradora Ltda. (NIRE 35213732458);
 - A cotista SIERRA foi admitida como sócia em 2012 até 2014, e a empresa líder do grupo, a SONAE SIERRA BRASIL, em 2014;
 - Indicada, no Regulamento do FII, como responsável pela administração, gestão de ativos imobiliários e comercialização de áreas locáveis do empreendimento, juntamente com a Unishopping Administração;
 - Incorporada em 2021 pela Aliansce Assessoria Comercial Ltda., atual administradora do empreendimento Shopping Parque Dom Pedro.
- f) **ALIANSCCE SONAE SHOPPING CENTERS S.A.**, antiga SONAE SIERRA Brasil S.A. (CNPJ 05.878.397/0001-32, NIRE 35300358325), antiga Sonae Imobiliária Brasil S.A. (NIRE 35300317149), antiga Sonae Sierra Brasil Ltda. (NIRE 35220984319)
- Constituída em 08/07/2003, tendo João Sassetti e Sonaeimo Empreendimentos (NIRE 35215914049) como sócios, esta última substituída, ainda em 2003, pela estrangeira Sonaeimo B.V. (CNPJ: 05.714.737/0001-90), sendo a sócia majoritária;
 - A partir de 2005, alternaram-se como sócios diversas empresas do grupo Sonae: as estrangeiras Boavista Shopping Centre Brazil B.V., Parque Dom Pedro I B.V., Parque Dom Pedro II B.V., Shopping Penha B.V., Sierra Brazil 1 B.V. (05.714.737/0001-90), todas representadas por João Sassetti, e a brasileira Enplanta Engenharia Ltda., representada por Henrique Falzoni, restando, a partir de 2007 até 2011, somente as duas últimas;
 - A partir de 2011, com a abertura do capital e a entrada de diversos investidores, permaneceu a Sierra Brazil 1 B.V. com mais de 60% do Capital Social e o controle do grupo Sonae;
 - Ambos os fundos FIISDP e FIIPDPSC foram e são consolidados nas suas demonstrações financeiras publicadas como participações societárias em controladas indiretas, por meio da controlada direta SIERRA;
 - Em 2019, houve a incorporação da empresa brasileira Aliansce Shopping Centers S.A. (CNPJ: 06.082.980/0001-03).

21. Segundo a fiscalização, desde a constituição do FIISDP, o Grupo SONAE SIERRA BRASIL, por meio de sua controlada direta, sempre foi a principal cotista desse Fundo e do FIIPDPSC, que juntos exploram o empreendimento Shopping Parque Dom Pedro, e detêm o poder de controle e gestão, fazendo parte das suas demonstrações consolidadas como controladas indiretas da SONAE.

22. Tal situação não foi alterada com a venda de 10,53% do empreendimento a outro Fundo, tampouco com a incorporação da ALIANSCCE pela SONAE, ambas ocorridas em 2019, conforme narrado pela fiscalização e atestado pelas demonstrações financeiras da Aliansce Sonae, e Protocolo e a Justificação de Incorporação da ALIANSCCE pela SONAE e demais documentos juntados aos autos (fls. 3947).

Infrações apuradas

23. Após discorrer sobre a legislação de regência - Lei nº 8.668/1993 e art. 2º da Lei nº 9.779/1999 - a autoridade fiscal conclui:

[...] **as empresas do grupo Sonae**, incluindo aqui a joint venture formada com a Enplanta, **assumiram todo o projeto do empreendimento imobiliário Parque Dom Pedro**, desde a compra do terreno, passando pela **incorporação, construção, ampliação** e administração da locação das unidades do Shopping.

Mesmo que se entenda, como deseja o Fiscalizado, que não houve incorporação nos estritos termos pelo fato do registro imobiliário não mencionar a venda de unidades, **a cotista SIERRA não escapa da terceira condição, ou seja, de sócia do empreendimento.**

Sendo as empresas **SIERRA, ENPLANTA e UNISHOPPING** construtores, **incorporadores e sócios do empreendimento Shopping Parque Dom Pedro**, todas **pertencentes ao antigo grupo Sonae**, atual Aliansce Sonae, cuja empresa líder é a **controladora da cotista que detém mais de 25% do FIIPDPSC**, e que declara ser **sócia indireta do FII** em suas próprias demonstrações financeiras, fato é que, desde a constituição do fundo em 2005, sucederam-se fatos geradores dos tributos cuja dispensa das apurações e dos recolhimentos estava condicionada ao atendimento do artigo 2º da Lei n.º 9.779/1999, o que não foi cumprido.

Os lançamentos observarão o disposto no artigo 173, inciso I, do Código Tributário Nacional, já que não houve declaração e pagamento antecipados e, assim, resta afastada a aplicação do artigo 150 do mesmo diploma.

24. O centro da acusação fiscal é que Aliansce Sonae é controladora da Sierra, cotista que seria construtora, incorporadora e sócia do empreendimento Shopping Parque Dom Pedro e que detém mais 25% das cotas do FIIPDP e do FIIPDPSC. Portanto o Fundo está sujeito a regra de equiparação de pessoa jurídica, nos termos do art. 2º da Lei nº 9.779/1999.

Base de cálculo

25. Em razão de não haver pagamento antecipado do imposto, a autoridade fiscal afastou a aplicação dos artigos 2º e 3º, e 26, da Lei n.º 9.430/1996; entendeu pela não incidência das hipóteses de arbitramento previstas no artigo 47, da Lei n.º 8.981/1995 e aplicou a regra geral de apuração com base no lucro real trimestral, para o cálculo do IRPJ e CSLL (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).

26. Utilizou na apuração do IRPJ e CSLL os balancetes e as demonstrações de resultado apresentados pelo contribuinte - anos de 2018 a 2021 - com adições e exclusões de Avaliação ao Valor Justo – AVJ – de propriedades para investimento e de cotas de fundos imobiliários, conforme artigos 217, 257 a 261, e 388 a 390, do Decreto n.º 9.580/2018 (RIR/2018) e artigos 13 e 14, da Lei n.º 12.973/2014.

27. Para fins de Cofins e Pis, aplicou-se a regra geral do regime não-cumulativo, de acordo com as Leis nº 10.637/2002 e 10.833/2003, a partir dos lançamentos credores nas contas de receita 711 e 715.

28. Nesse sentido, não se considerou, nas bases de cálculo das contribuições, os ganhos de Avaliação ao Valor Justo – AVJ – de propriedades para investimento e de cotas de fundos imobiliários, conforme artigo 1º, parágrafo 3º, inciso VIII, da Lei n.º 10.833/2003, e artigo 1º, parágrafo 3º, inciso IX, da Lei n.º 10.637/2002.

Multas regulamentares

29. Intimado a apresentar a Escrituração Contábil Digital – ECD, a Escrituração Fiscal Digital – SPED-Contribuições, e a Escrituração Contábil Fiscal – ECF, referentes aos anos de 2018 a 2021, o contribuinte não apresentou a ECD e a ECF sob justificativa de que não estaria sujeito à

apresentação das obrigações acessórias elencadas.

30. Com efeito, aplicou-se as seguintes multas, em relação aos anos-calendário 2018 a 2021, de acordo com as respectivas bases legais:

i) não apresentação da Escrituração Contábil Digital – ECD: inciso III, artigo 12, da Lei n.º 8.218, de 1991, combinado com o § 3º, artigo 11, da mesma lei, e com os artigos 4º e 5º da Instrução Normativa RFB n.º 1.774, de 2017, e Instrução Normativa RFB n.º 2.003, de 2021;

ii) não apresentação da Escrituração Fiscal Digital – SPED-Contribuições: inciso III, artigo 12, da Lei n.º 8.218, de 1991, combinado com o § 3º, artigo 11, da mesma lei, e com o artigo 6º da Instrução Normativa RFB n.º 1.252, de 2012, inciso I, artigo 4º, da Instrução Normativa RFB n.º 1.252, de 2012, e o artigo 3º da Instrução Normativa RFB n.º 1.422, de 2013, com alterações, e da Instrução Normativa RFB n.º 2.004, de 2021;

iii) não apresentação da Escrituração Contábil Fiscal – ECF: inciso I, artigo 8º-A, do Decreto-lei n.º 1.598, de 1977, limitada pelo inciso II, parágrafo 1º, do mesmo artigo, combinado com o artigo 3º da Instrução Normativa RFB n.º 1.422, de 2013, com alteração dada pela Instrução Normativa RFB n.º 1.633, de 2016, e com o artigo 3º da Instrução Normativa RFB n.º 2.004, de 2021.

Responsabilidade tributária

31. A autoridade fiscal imputou responsabilidade solidária aos seguintes responsáveis:

a) de direito, **art. 124, II**, da Lei nº 5.172/66 (CTN): **BTG PACTUAL SERVIÇOS FINANCEIROS S.A. DISTRIBUIDORA DE TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS.**, CNPJ 59.281.253/0001-23, administrador do FUNDO;

b) por interesse comum, **art. 124, I**, do CTN:

b.1) **SIERRA INVESTIMENTOS BRASIL LTDA**, CNPJ 01.874.077/0001-53; e

b.2) **ALIANSCCE SONAE SHOPPING CENTERS S.A.**, CNPJ 05.878.397/0001-32.

32. Contribuinte e responsáveis solidários apresentaram impugnação. A decisão recorrida não conheceu da impugnação da ALIANSCCE SONAE SHOPPING CENTERS S.A, por ser intempestiva; as demais foram julgadas improcedentes, por unanimidade de votos, conforme ementa abaixo transcrita:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Período de apuração: 01/01/2018 a 31/12/2021

EQUIPARAÇÃO. PESSOA JURÍDICA. FUNDO DE INVESTIMENTO IMOBILIÁRIO-FII.

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

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

Mantém-se a atribuição de responsabilidade tributária da instituição administradora do fundo de investimento imobiliário, se a equiparação deste à pessoa jurídica não restou afastada.

Assunto: Outros Tributos ou Contribuições

Período de apuração: 01/01/2018 a 31/12/2021

LANÇAMENTOS REFLEXOS. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO. CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL. CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP.

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

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Período de apuração: 01/01/2018 a 31/12/2021

PETIÇÃO. INTEMPESTIVIDADE.

A petição intempestiva não comporta julgamento.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

33. Cientificados da decisão de primeira instância, contribuinte e responsáveis solidários apresentaram recursos voluntários, com as alegações a seguir, as quais serão analisadas em detalhe no voto.

FII PARQUE DOM PEDRO SHOPPING CENTER - FIIPDPSC

Preliminares

- i) nulidade do acórdão recorrido;
- ii) nulidade do auto de infração por vício de motivação
- iii) nulidade dos autos de infração por iliquidez do lançamento
- iv) nulidade da cobrança de PIS/COFINS em razão da desconsideração dos gastos incorridos pelo FII
- v) nulidade da cobrança das penalidades aplicadas

Mérito

- vi) inaplicabilidade do artigo 2º da Lei nº. 9.779/99 no caso concreto;
- vii) finalidade da norma antielisiva específica
- viii) o artigo 2º da Lei nº. 9.779/99 não se aplica ao PIS/COFINS
- ix) o primeiro requisito da norma: A figura do incorporador, construtor ou sócio do empreendimento imobiliário.
- x) o segundo requisito da norma: A posição de cotista relevante do FII
- xi) o “espírito” do artigo 2º da Lei nº. 9.779/99: A exploração de atividade imobiliária por meio de FIIs nem sempre é fiscalmente mais vantajosa

Subsidiariamente alega/requer:

- xii) reapuração do crédito tributário de acordo com o regime do lucro presumido ou, subsidiariamente, arbitrado;
- xiii) consideração de despesas dedutíveis na apuração do lucro real;
- xiv) os gastos incorridos pelo FII caracterizam insumo para fins de PIS/COFINS
- xv) impossibilidade da exigência conjunta da multa regulamentar e da multa de ofício devido à não apresentação da ECD, ECF e EFD-Contribuições: necessária aplicação do princípio da consunção;
- xvi) inocorrência de infração apenável: Fundo não estava sujeito a obrigações acessórias;
- xvii) as multas aplicadas pela suposta falta de entrega de ECD e EFD-Contribuições consagram odioso *bis in idem*.

Responsável solidário: **BTG PACTUAL SERVIÇOS FINANCEIROS S.A. DISTRIBUIDORA DE TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS.**

- i) nulidade do acórdão recorrido caracterizada pela falta de apreciação de matérias de defesa relevantes colacionadas na impugnação - cerceamento ao direito de defesa;
- ii) impossibilidade de inclusão da recorrente no polo passivo do presente processo (art. 124, II, do CTN e art. 4º da lei 9.779/1999)
- iii) impossibilidade de manutenção dos autos de infração que originaram este processo
- iv) impossibilidade de aplicação de multa por descumprimento de obrigação acessória
- v) impossibilidade de exigência das multas em caso de dúvida
- vi) necessidade de aplicação do princípio da absorção/consunção

Responsável solidário: SIERRA INVESTIMENTOS BRASIL LTDA.

Preliminar

- i) nulidade por ausência de motivação para imputação da responsabilidade solidária à Recorrente – art. 2º, parágrafo único, inciso VII, da Lei n. 9784 e art. 9º do Decreto n. 70.235;
- ii) nulidade dos autos de infração por deficiência de investigação – vício de fundamentação e motivação;
- iii) nulidade dos autos de infração em decorrência de erro na determinação das bases de cálculo do IRPJ, CSLL, PIS e COFINS;

Mérito

- iv) erro de sujeição passiva - impossibilidade de imputação de responsabilidade solidária à Recorrente
- v) inaplicabilidade do art. 2º da Lei n. 9.779 ao FII Parque
- vi) subsidiariamente: recálculo dos tributos exigidos (IRPJ, CSLL, PIS e COFINS) e o abatimento dos tributos já pagos pela Recorrente

vii) o Fisco pretende exigir a multa decorrente de não apresentação de ECD e EFD-Contribuições do FII Parque, verdadeiras obrigações acessórias, não foi fundamentada no art. 57 da MP n. 2158-35, como deveria ter sido, mas, sim, no art. 12 da Lei n. 8218/91.

viii) erro na capitulação legal da multa pela não apresentação da ECF – o art. 8º-A do Decreto-lei n. 1.598 aplica-se à não apresentação do livro de apuração do lucro real – ilegalidade do art. 6º, inciso I, da Instrução Normativa RFB n. 2004/2021;

ix) Inaplicabilidade das multas em razão da aplicação do princípio da absorção/consunção

Responsável solidário: ALLOS S.A, atual denominação de Aliansce Sonae Shopping Center S.A

Preliminar

i) Tempestividade da impugnação apresentada pela recorrente

ii) nulidade por ausência de motivação para imputação da responsabilidade solidária à Recorrente – art. 2º, parágrafo único, inciso VII, da Lei n. 9784 e art. 9º do Decreto n. 70.235;

Mérito

iii) erro de sujeição passiva - impossibilidade de imputação de responsabilidade solidária à Recorrente

Subsidiariamente:

iv) o IRPJ, CSLL, PIS e COFINS devem ser calculados de acordo com o lucro presumido, seguindo os cálculos do Relatório Anexo ao Recurso Voluntário da Sierra;

v) inaplicável o lucro presumido, deve ser aplicado o lucro arbitrado, para fins de apuração do IRPJ e da CSLL, e o regime cumulativo do PIS e COFINS;

vi) mantidos os autos de infração, são incabíveis as multas pela não apresentação de ECD, EFD-Contribuições e ECF.

34. Ao final, requerem o provimento do recurso voluntário.

35. A Fazenda Nacional em contrarrazões ao recurso voluntário requer seja negado provimento aos recursos voluntários conforme fundamentos que serão analisados no voto.

36. É o relatório.

VOTO

Conselheiro **Efigênio de Freitas Júnior**, Relator

37. Os recursos voluntários atendem aos pressupostos de admissibilidade razão pela qual deles conheço.

38. Cinge-se a controvérsia à aplicação do artigo 2º da Lei nº. 9.779/99, - também conhecida como “norma antielisiva” ou “regra de equiparação” - ao **Fundo de Investimento**

Imobiliário Shopping Parque Dom Pedro (FIISPDP) constituído segundo as regras da Lei nº. 8.668/93. A regra de equiparação determina a sujeição à tributação aplicável às pessoas jurídicas no caso de o FII 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”.

39. Em razão de os recursos voluntários alegarem questões semelhantes, farei a análise conjunta exceto no caso das responsabilidades dada as especificidades da solidariedade e da preliminar de tempestividade que demanda análise individual.

Preliminar de tempestividade

40. ALLOS S.A, atual denominação de Aliansce Sonae Shopping Center S.A, alega que tomou ciência do auto de infração em 25/03/2023 (sábado) e apresentou sua impugnação no dia 26/04/2023, a qual fora considerada intempestiva por intempestividade.

41. Cita legislação sobre o tema (Decreto nº 70.235/1972), doutrina e julgados do Carf, defende que sua impugnação foi tempestiva e pleiteia e requer a reforma da decisão recorrida para que seja declarada tempestiva sua impugnação.

42. Assiste razão à recorrente. Vejamos.

43. A decisão recorrida julgou a impugnação intempestiva nos seguintes termos:

50. A Impugnação de Aliansce é intempestiva vez que foi apresentada em **26/04/2023** (vide TASJ às fls. 6.111/6.112), após ciência do Auto de Infração em **25/03/2023**, conforme AR TF 221 672 651 BR juntado pela Unidade Local da RFB à fl. 3.708 (destacamos) e a consulta ao rastreamento dos Correios deste AR à fl. 5.033, apresentada na Impugnação de Sierra (destacamos):

[...]

51. Os prazos que regem o Processo Administrativo Fiscal, segundo o art. 5º do Decreto nº 70.235/72, iniciam-se ou vencem em dia útil e de expediente normal no órgão em que corra o processo ou deva ser praticado o ato e são contínuos, não se interrompendo em sábados, domingos ou feriados, excluindo-se na sua contagem o dia do início e incluindo-se o dia do vencimento.

52. Caso o início ou o fim do prazo ocorra em dia de sábado, domingo, feriado, ou em que o expediente da repartição não seja normal, considera-se o prazo prorrogado para o primeiro dia útil subsequente, ou em que a repartição funcione normalmente.

[...]

54. Logo, tendo sido dado ciência a Aliansce em **25/03/2023, um sábado**, tem-se que o início do prazo para a Impugnação de Aliansce foi **27/03/2023, uma segunda-feira, com encerramento no dia 25/04/2023, terça-feira.**

55. Do exposto, conclui-se que, por força do art. 56 do Decreto nº 7.574, de 29/09/2011, **Aliansce interpôs recurso fora do prazo, em 26/04/2023.**

44. O art. 5º do Decreto nº 70.235/1972, dispõe:

Art. 5º. Os prazos serão contínuos, **excluindo-se** na sua **contagem o dia do início e incluindo-se o do vencimento**.

Parágrafo único. Os prazos só se **iniciam** ou **vencem no dia de expediente normal** no órgão em que corra o processo ou deva ser praticado o ato.

45. Como se vê, de acordo com a norma que regulamenta o processo administrativo fiscal federal, os prazos são contínuos – uma vez iniciada, a contagem não se interrompe, excluindo-se na sua contagem o dia de início e incluindo-se o dia do vencimento.

46. Todavia, os prazos só iniciam ou vencem no dia de expediente normal, esse foi o equívoco da decisão recorrida.

47. O dia 25/03/2023 foi um sábado, assim o primeiro dia útil – segunda-feira, 27/03/2023 – é o dia de início, o qual deve ser excluído da contagem. Assim, a contagem de 30 dias iniciou-se no dia 28/03/2024 e terminou no dia 26/04/2023, data em que foi apresentada a impugnação.

48. Nesse sentido, o acórdão nº 2401-005.984, de 12/02/2019.

PRAZO RECURSAL. TEMPESTIVIDADE. a legislação - artigo 33 do Decreto nº 70.235/1972 c/c o regramento dos arts. 210 do CTN e 5º do Decreto nº 70.235, de 1972 e a jurisprudência deste CARF fixou o entendimento de que, quando a intimação pessoal ou por via postal é feita em dia não útil (sábados, domingos ou feriados) ou em dia de expediente anormal, considera-se efetivada a intimação no primeiro dia útil seguinte. E o prazo para iniciar a contagem recursal se inicia no próximo dia útil após a ciência/intimação do Contribuinte.

Nulidade. Superação.

49. No âmbito do processo administrativo tributário prevalece o entendimento de que não há nulidade sem prejuízo (*pas de nullité sans grief*). Nessa linha, conforme salienta Leandro Paulsen, a nulidade não decorre especificamente do descumprimento de requisito formal, mas sim do efeito comprometedor do direito de defesa assegurado ao contribuinte pelo art. 5º, LV, da Constituição Federal. Afinal, continua o autor, as formalidades não são um fim em si mesmas, mas instrumentos que asseguram o exercício da ampla defesa. Nesse contexto, a “*declaração de nulidade, portanto, é excepcional, só tendo lugar quando o processo não tenha tido aptidão para atingir os seus fins sem ofensa aos direitos do contribuinte*”.

50. É o caso. Ao considerar intempestiva a impugnação acima, a decisão recorrida cerceou o direito de defesa do responsável solidário, o que atrai a nulidade da decisão recorrida.

51. Ocorre que os argumentos apresentados pela recorrente (responsável solidária) nestes autos são os mesmos apresentados nos autos do processo nº 16327.720170/2023-66, que trata do Fundo de Investimento Imobiliário Parque Dom Pedro Shopping Center (FIIPDPSC). Naqueles autos, a mesma Turma da DRJ, com os mesmos julgadores e mesmo relator, analisou os mesmos argumentos apresentados nestes autos, tanto dos responsáveis solidários quanto do contribuinte e a decisão prolatada naqueles autos é a mesma prolatada nestes, exceto a equivocada intempestividade da impugnação em análise.

52. Tendo em vista que a controvérsia é a mesma, o teor da decisão de primeira

instância prolatada naqueles e nestes autos permitem inferir que a análise da impugnação considerada intempestiva não alteraria o resultado do julgamento destes autos.

53. Nestes termos, ante as particularidades do caso concreto e ciente de que não há ofensa ao contraditório e à ampla defesa, tampouco sacrifício da legalidade, entendo deva prevalecer o princípio da eficiência¹, o qual, nas palavras de Odete Medauar², determina uma ação rápida e precisa com vistas a produzir resultados que satisfaçam as necessidades da população.

54. É o caso. Assim, em vez de devolver o processo para novo julgamento, supero a nulidade da decisão recorrida quanto a intempestividade em razão de decidir o mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, conforme previsto no art. 59, §3º do Decreto 70.235/72³.

Demais preliminares

Preliminar de nulidade do acórdão recorrido

55. Aduz o recorrente (FIISDP) que em alguns pontos, o acórdão recorrido é totalmente omissivo; e (ii) em outros, apresenta fundamentação rasa, superficial e, portanto, insuficiente. Ambos levam, igualmente, à alegada preterição do direito de defesa o que atrai a nulidade do acórdão recorrido.

56. Apresenta duas listas: a primeira contém 14 argumentos que não foram analisados pelo acórdão recorrido; a segunda, outros 11 argumentos superficialmente analisados pela DRJ. Veja-se: (item da impugnação não analisado e o argumento):

- 1) III.1.2. Completa falta de motivação a respeito da forma de apuração dos tributos devidos;
- 2) III.2.1.3. O valor da base de cálculo apurado não corresponde ao que a legislação define como Lucro Real – apuração do lucro “quase real”;
- 3) III.2.1.4. Os precedentes que embasam a autuação, na verdade, provam a sua nulidade;
- 4) IV.2.1. A finalidade da norma antielisiva específica;
- 5) IV.2.2. O artigo 2º da Lei nº. 9.779/99 não se aplica ao PIS/COFINS;
- 6) IV.2.3. O primeiro requisito da norma: A figura do incorporador, construtor ou sócio do empreendimento imobiliário;
- 7) IV.2.3.1. A Sierra Investimentos não assume (e nunca assumiu) a posição de construtor do empreendimento;
- 8) IV.2.3.2. A Sierra Investimentos não assume (e nunca assumiu) a posição de incorporador do empreendimento;
- 9) IV.2.3.3. A Sierra Investimentos não assume (e nunca assumiu) a posição de sócia do empreendimento;
- 10) IV.3. O “espírito” do artigo 2º da Lei nº. 9.779/99: A exploração de atividade imobiliária por meio de FIIs nem sempre é fiscalmente mais vantajosa;
- 11) IV.4. A avidez fiscal e os erros centrais da acusação fiscal;

¹ CF/88. Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...].

² MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 15ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 137.

³ Decreto nº 70.235/1972. Art. 59. [...] § 3º Quando puder decidir do mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprimir a falta. (Redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993)

- 12) V.1.2. A imputação do imposto já pago (IRRF);
- 13) V.4. Inocorrência de infração apenável: Fundo não estava sujeito a obrigações acessórias;
- 14) V.5. As multas aplicadas pela suposta falta de entrega de ECD e EFD-Contribuições consagram odioso *bis in idem*.

57. Aduz que a falta de apreciação dos itens acima listados é mais do que suficiente para que se declare a nulidade do acórdão recorrido. Aponta que a falta de análise dos **itens IV.2.3. a IV.2.3.3.** da Impugnação é a que mais causa espanto, em razão de serem o **“coração” da defesa** apresentada pelo Recorrente, pois abordam diretamente o não preenchimento dos requisitos veiculados pelo artigo 2º da Lei nº. 9.779/99, fundamento central da acusação fiscal.

58. **Segunda lista:** argumentos superficialmente analisados (má fundamentação)

- 15) III.1. e III.1.1. Nulidade do auto de infração por vício de motivação; Contradições e falta de clareza sobre quem ocuparia a posição de suposto incorporador, construtor ou sócio do empreendimento que teria mais de 25% de participação no FII;
- 16) III.2.1.1. A necessária apuração do IRPJ e da CSL pelo lucro presumido;
- 17) III.2.1.2. A adoção obrigatória do lucro arbitrado;
- 18) III.2.2. Nulidade da cobrança de PIS/COFINS;
- 19) III.2.3. Nulidade da cobrança das penalidades aplicadas;
- 20) IV.2.4. O segundo requisito da norma: A posição de cotista relevante do FII;
- 21) IV.2.4.1. A Aliance Sonae não é cotista do FII;
- 22) V.1. A necessária consideração de despesas dedutíveis na apuração do lucro real
- 23) V.1.1. Depreciação dos imóveis e dedução de despesas necessárias;
- 24) V.2. Os gastos incorridos pelo FII caracterizam insumo para fins de PIS/COFINS;
- 25) V.3. Impossibilidade da exigência conjunta da multa regulamentar e da multa de ofício devido à não apresentação da ECD, ECF e EFD-Contribuições: Necessária aplicação do princípio da consunção.

59. Segundo o recorrente, a má fundamentação ou fundamentação superficial também implica nulidade, na medida em que não se resolve a contento a pretensão veiculada pelo sujeito passivo. Nesse contexto, também é clara a preterição ao direito de defesa do contribuinte, visto que uma decisão mal fundamentada produz os mesmos efeitos da decisão omissa, *i.e.*, que não aprecia os argumentos de defesa apresentados.

60. Alegam ainda as seguintes nulidades dos autos de infração (Sierra e Allos):

- 26) erro na determinação das bases de cálculo do IRPJ, da CSLL, do PIS e da COFINS;
- 27) erros diversos na determinação da base de cálculo de IRPJ, CSLL, PIS e COFINS, tornando imprestável a exigência fiscal, principalmente pela falta de apuração correta dos tributos exigidos;
- 28) deficiência de investigação – vício de fundamentação e motivação, em razão das confusões realizadas pela fiscalização ao longo do TVF.

61. Alega-se ainda **nulidade do acórdão recorrido** ao argumento de que as matérias alegadas nos tópicos que especifica da impugnação não teriam sido analisadas (BTG):

- 29) impossibilidade de aplicar o artigo 2º da Lei nº 9.779/1999 em relação às sociedades Enplanta Engenharia, Sierra Emplanta, Unishopping Administradora, Unishopping Consultoria e Sonaimo; Tópico II.2.2.3.1, itens 160 a 177;
- 30) não cumprimento do 2º Requisito da Regra de Equiparação em relação à Sierra; Tópico II.2.2.3.2, itens 178 a 219;
- 31) Não cumprimento do 2º Requisito da Regra de também em relação às demais sociedades; Tópico II.2.2.3.2, itens 220 a 268;

- 32) *Ad argumentandum*, a nulidade do lançamento por ausência de liquidez e certeza, no tocante aos seguintes pontos: i) as bases de cálculo do IRPJ e da CSLL consideradas pela Autoridade Fiscal não correspondem ao Lucro Real, com suas devidas adições e exclusões; ii) equívocos no tocante à adequação do tratamento de receitas e desconto de créditos para fins de tributação pelo PIS e pela COFINS na sistemática não cumulativa; iii) deveria a Autoridade Fiscal ter ao menos compensado os tributos exigidos com o IRRF recolhido pelo FII Parque em razão da distribuição de rendimentos aos seus cotistas; Tópico II.2.3, itens 279 a 287;
- 33) em relação à Acusação 02, a impossibilidade do bis in idem nas penalidades impostas: EFD-Contribuições e ECD; Tópico II.3.3;
- 34) em relação à Acusação 02, a inexistência de prejuízo ao Erário e ao Fisco e a ofensa aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade; Tópico II.3.5.

62. Defende o recorrente que a omissão do acórdão recorrido quanto às matérias encimadas compromete a aplicação do princípio do efeito devolutivo dos recursos, segundo o qual a totalidade da matéria “devolvida” e discutida no âmbito do processo administrativo deve ser enfrentada e revista pelo órgão julgador de segunda instância. Para que o efeito devolutivo dos recursos se aperfeiçoe de modo pleno e sem vícios, o órgão julgador de primeira instância deve apreciar a integralidade das alegações de defesa, não podendo ser omissos ou silentes, sob pena de acarretar supressão de instância, cerceamento de defesa do contribuinte e a consequente nulidade da decisão.

63. Como se vê, os recorrentes alegam 34 nulidades. Dentre as quais constam nulidade da decisão recorrida, do auto de infração, bem como matérias que devem ser enfrentadas no mérito.

64. No tocante as nulidades referentes aos autos de infração de IRPJ, CSLL, Pis e Cofins e às multas regulamentares, analisá-las-ei nos respectivos tópicos; portanto, serão analisadas mais adiante as nulidades referentes aos itens - 1, 2, 5, 12, 14, 16, 17, 18, 19, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 32, 33 e 34 - acima referenciados.

65. Em relação às demais nulidades alegadas – itens 3, 4, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 13, 15, 20, 21, 28, 29, 30 e 31 –, verifica-se que se relacionam ao pano de fundo da autuação – nas palavras do contribuinte versam sobre o “coração” da autuação, qual seja, subsunção ou não do contribuinte ao art. 2º da Lei nº 9.779/1999.

66. Na essência, alega-se falta de apreciação dos itens acima listados, má fundamentação ou fundamentação superficial, deficiência de investigação, impossibilidade de aplicar o artigo 2º da Lei nº 9.779/1999 em relação às sociedades que especifica, não cumprimento do Requisito da Regra de Equiparação, enfim, alegações intrinsecamente ligadas ao mérito.

67. Em sede nulidade, destaco que a jurisprudência deste Carf, na mesma linha do posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, já na vigência do CPC/2015, é no sentido de que o julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão; é dever do julgador apenas enfrentar as questões capazes de infirmar a conclusão adotada na decisão recorrida. Veja-se:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA ORIGINÁRIO. INDEFERIMENTO DA INICIAL. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO, OBSCURIDADE, ERRO MATERIAL. AUSÊNCIA.

1. Os embargos de declaração, conforme dispõe o art. 1.022 do CPC, destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade, eliminar contradição ou corrigir erro material existente no julgado, o que não ocorre na hipótese em apreço.

2. O julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão. A prescrição trazida pelo art. 489 do CPC/2015 veio confirmar a jurisprudência já sedimentada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, sendo dever do julgador apenas enfrentar as questões capazes de infirmar a conclusão adotada na decisão recorrida.

3. No caso, entendeu-se pela ocorrência de litispendência entre o presente mandamus e a ação ordinária n. 0027812-80.2013.4.01.3400, com base em jurisprudência desta Corte Superior acerca da possibilidade de litispendência entre Mandado de Segurança e Ação Ordinária, na ocasião em que as ações intentadas objetivam, ao final, o mesmo resultado, ainda que o polo passivo seja constituído de pessoas distintas.

4. Percebe-se, pois, que o embargante maneja os presentes aclaratórios em virtude, tão somente, de seu inconformismo com a decisão ora atacada, não se divisando, na hipótese, quaisquer dos vícios previstos no art. 1.022 do Código de Processo Civil, a inquirir tal decisor.

5. Embargos de declaração rejeitados.

(EDMS - Embargos de Declaração no Mandado de Segurança - 21315 2014.02.57056-9, Diva Malerbi (Desembargadora convocada TRF 3ª Região), STJ - Primeira seção, DJE:15/06/2016) (Grifo nosso)

68. Nesse sentido já se pronunciou este Carf:

ASSUNTO: IMPOSTO DE RENDA DE PESSOA JURÍDICA

Anos-calendário: 2002 e 2003

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - DEFESA DO CONTRIBUINTE - APRECIACÃO

Conforme cediço no Superior Tribunal de Justiça - STJ, a autoridade julgadora não fica obrigada a se manifestar sobre todas as alegações do Recorrente, nem quanto a todos os fundamentos indicados por ele, ou a responder, um a um, seus argumentos, quando já encontrou motivo suficiente para fundamentar a decisão. (REsp 874793/CE, julgado em 28/11/2006). (Acórdão 101-96.917, de 18/09/2008, Relatora Sandra Maria Faroni)

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2010, 2011, 2012

NULIDADE. ALEGAÇÃO DE ANÁLISE RASA DAS PROVAS NA INSTÂNCIA ANTERIOR. DESCABIMENTO.

O julgador, ao decidir, não está obrigado a examinar todos os fundamentos de fato ou de direito trazidos ao debate, podendo a estes conferir qualificação jurídica diversa da atribuída pelas partes, cumprindo-lhe entregar a prestação jurisdicional, considerando as teses discutidas no processo, enquanto necessárias ao julgamento da causa. (Acórdão Carf 9101-004.250, de 09/07/2019, Relatora Viviane Vidal Wagner)

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2012

NULIDADE. AUSÊNCIA DE ANÁLISE DE TODAS AS ALEGAÇÕES. INOCORRÊNCIA.

Conforme jurisprudência sedimentada no Superior Tribunal de Justiça, já na vigência do CPC/2015, o julgador não está obrigado a responder todas as questões suscitadas pelas partes quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão; é dever do julgador apenas enfrentar as questões capazes de infirmar a conclusão adotada na decisão recorrida. (Acórdão Carf 1201-003.996, de 15/09/2020, Relator Efigênio de Freitas Júnior)

69. É o caso dos autos.

70. Em relação ao mérito - subsunção do contribuinte ao art. 2º da Lei nº 9.779/1999; regra de equiparação a pessoa jurídica - o julgador proferiu decisão motivada e explicitou as razões pertinentes à formação de sua livre convicção, conforme trecho a seguir (e-fls. 6646):

74. Assiste razão à Autoridade Fiscal, pois “Aliansce Sonae, cuja empresa líder é a controladora da cotista que detém mais de 25% do FIIPDPSC, e que declara ser sócia indireta do FII em suas próprias demonstrações financeiras, fato é que, **desde a constituição do fundo em 2005, sucederam-se fatos geradores dos tributos cuja dispensa das apurações e dos recolhimentos estava condicionada ao atendimento do artigo 2º da Lei nº 9.779/1999, o que não foi cumprido**”.

75. Com efeito, trago a colação o organograma apresentado na Impugnação, à fl. 4.224 deste processo pelo qual se verifica que **Aliansce Sonae é controladora de Sierra Investimentos que por sua vez detém mais de 25% das cotas do FIISPDP e do FIIPDPSC**, ou seja: **Aliansce tem participação superior a 25% das cotas do FUNDO:**

[...]

76. **Logo, existindo sócio/quotista com mais de 25% do FUNDO, ainda que indiretamente, correto o enquadramento deste FUNDO na regra antielisiva insculpida no art. 2º da Lei nº 9.779/99** (destacamos):

[...]

77. Nesse sentido, eis a ementa do Acórdão nº 9101004.090 – 1ª Turma da CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS:

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

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

78. Reproduzo a seguir a explicação da Conselheira Cristiane Silva Costa, Relatora do Acórdão nº 9101004.090 – 1ª Turma da CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS:

O contribuinte reitera, em seu recurso especial, o pedido para que se reconheça que o artigo 2º, da Lei nº 9.779, só seja aplicável “a três situações, isto é, no caso de cotista relevante do Fundo de Investimento concomitantemente ser, em relação ao empreendimento imobiliário investido, ou (i) incorporador, ou (ii) construtor ou (iii) sócio.” (trecho do recurso especial, fls. 884).

No entanto, a Lei nº 9.779 não é tão restritiva, como pretende o recorrente.

Com efeito, o artigo 2º exige a tributação de Fundos imobiliários quando houver cumulação da posição do quotista relevante, que possua “isoladamente ou em conjunto com pessoa a ele ligada, mais de vinte por cento das quotas do fundo” (trecho reproduzido do caput do artigo 9.779/1999) com a condição de incorporador, construtor, sócio ou quotista do empreendimento imobiliário.

Nota-se que o próprio artigo 2º emprega a expressão “ou em conjunto com pessoa a ele ligada” revelando que a interpretação do artigo 2º é mais abrangente do que pretende o Recorrente. Exatamente nesse sentido é a

Exposição de Motivos da Medida Provisória nº 1788, que foi convertida na Lei nº 9.779/1999, destacada em acórdão recorrido:

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

79. Em relação à contribuição para o PIS e à COFINS, correto o procedimento adotado pela Autoridade Fiscal que apurou o PIS e a COFINS pela não-cumulatividade pois, ficou claro ser o lucro real a forma legal a ser usada na apuração do IRPJ e, por consequência do que consta nas normas próprias da COFINS e do PIS, impõem-se a apuração pela sistemática da incidência não-cumulativa, conforme disposto na Lei nº 10.833, de 29 de dezembro de 2003, e Lei nº 10.637, de 30 de dezembro de 2002, respectivamente.

80. Outrossim, uma vez exercida a opção pela organização de imóveis para fins de exploração de atividade econômica (no caso concreto: shopping center) em FII, este deverá se submeter às regras tributárias vigentes, o que torna ineficaz a alegação que "a utilização do FII não traz, automaticamente, vantagens tributárias ao cotista".

81. VOTO POR MANTER A EQUIPARAÇÃO PREVISTA NO ARTIGO 2º DA LEI Nº 9.779/1999 AO CASO CONCRETO. (Grifo nosso)

71. Neste tópico, não analiso o mérito, limito-me a afirmar que a decisão recorrida explicitou e fundamentou o motivo por que o contribuinte se equipara à pessoa jurídica. Como elencado acima, a decisão recorrida manteve a autuação por entender que:

Aliansce Sonae é controladora de Sierra Investimentos que, por sua vez, detém mais de 25% das cotas do FIISPD e do FIIPDPSC, ou seja: Aliansce tem participação superior a 25% das cotas do FUNDO. Assim, existindo sócio/quotista com mais de 25% do FUNDO, ainda que indiretamente, correto o enquadramento deste FUNDO na regra antielisiva insculpida no art. 2º da Lei nº 9.779/99.

72. O inconformismo com o resultado do acórdão, contrário aos interesses da recorrente, não significa haver falta de motivação ou cerceamento do direito à ampla defesa. Portanto, sem razão a recorrente.

73. Ante o exposto afasto tais nulidades no tocante ao mérito da regra de equiparação à pessoa jurídica, sem prejuízo das demais nulidades referentes aos autos de infração e multas regulamentares, elencadas acima, as quais serão analisadas mais adiante em tópico próprio.

Mérito.

74. A representação da CVM que ensejou o procedimento fiscal aponta que (fls. 3556 e ss.):

18. A Lei 9.779 dispõe em seu art. 2º que está sujeito "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".

19. Nesse caso cumpre salientar, que o FII PQDP aplica recursos, direta e indiretamente, em empreendimento imobiliário (i.e., o Shopping Parque Dom Pedro) que tem como sócio, quotista (a Sierra Inv. Ltda) que possui, em conjunto com pessoa a ele ligada (a Aliansce Sonae), mais de vinte e cinco por cento das quotas do fundo.

20. Tais fatos são corroborados nas demonstrações financeiras da Aliansce Sonae, relativas ao exercício findo em 31.12.2020 ("DF 2020"), onde o Shopping Parque Dom Pedro é tratado como Sociedade controlada (Item 10; Notas Explicativas), com base em participação acionária de 50,05%.

21. Aliás, a nota explicativa nº 1 das DF 2020, é objetiva ao informar que a *"Companhia possui como principal atividade a participação direta ou indireta e a exploração econômica de empreendimentos de centros comerciais, shopping centers e similares, podendo participar em outras sociedades, como sócia ou acionista, e a prestação de serviços de assessoria comercial, administração de shopping centers e administração de condomínios em geral. A Companhia, suas controladas, controladas em conjunto e coligadas são denominadas em conjunto como o "Grupo"."*

22. Nessa esteira, o doc. Sei nº 1274191 do presente processo contém matéria extraída do jornal o Estado de São Paulo, de 18.02.2002, onde é divulgado que o *"grupo português Sonae, mais conhecido no Brasil pelo comando dos supermercados Big, Mercadorama (Paraná) e Nacional (Rio Grande do Sul), faz sua estreia no Brasil no setor imobiliário com o shopping Dom Pedro, de Campinas (interior de SP), que será inaugurado nesta segunda-feira. O empreendimento é a primeira construção da Sonae Imobiliária, que se fundiu ao grupo Enplanta Engenharia em 1999, dono de seis shoppings no País, para construir centros de compras"*.

23. Como resultado da referida fusão surgiu o grupo Sonae Sierra Brasil, que em agosto de 2019 se uniu à administradora Aliansce Shopping Centers S/A, formando o grupo Aliansce Sonae, o maior administrador de shopping centers do Brasil.

24. Portanto, tendo em conta que a Aliansce Sonae possui participação societária de 99,9% na Sierra que, por sua vez, detém mais de 25% das quotas do FII Parque Dom Pedro Shopping Center (50,10%) e do FII Shopping Parque D. Pedro (48,26%), nos parece claro, à luz do art. 2º da Lei 9.779/99, que o sistema jurídico-tributário aplicável a este Fundo deve ser o mesmo imputado/atribuído às pessoas jurídicas. (Grifos do original)

75. Em resumo, a representação da CVM que ensejou o procedimento fiscal aponta que:

i) Os Fundo de Investimento Imobiliário Parque Dom Pedro Shopping Center (FIIPDPSC) e Shopping Parque Dom Pedro (FIISDP) possuem cotistas detentores de mais de vinte e cinco por cento das cotas emitidas pelos Fundos.

ii) ALIANSCE SONAE SHOPPING CENTERS S.A. (Aliansce Sonae), CNPJ: 05.878.397/0001-32, tem participação em sociedades controladas e coligadas equivalente a 48,26% do FIISDP e 50,10% do FIIPDPSC, e em conjunto detém

89,47% do empreendimento Shopping Parque Dom Pedro.

iii) Aliansce Sonae, controladora (99,99% das ações) da SIERRA INVESTIMENTOS BRASIL LTDA (“Sierra”), CNPJ: 01.874.077/0001-53, realizou incorporação e é responsável pela administração e comercialização da área bruta locável (“ABL”) do Shopping Parque Dom Pedro (“Shopping”).

76. Concluiu a CVM, portanto, que o FII aplica recursos em empreendimento denominado Shopping Parque D. Pedro cujo sócio, Sierra, possui em conjunto com pessoa a ela ligada, a Aliansce Sonae, mais de 25% das cotas do Fundo. **Haveria participação indireta da Aliansce Sonae no FII.**

77. O TVF, nessa mesma linha, pontuou que Sierra, além de sócia, seria também construtora e incorporadora do empreendimento imobiliário.

Sendo as empresas **SIERRA**, ENPLANTA e UNISHOPPING **construtores, incorporadores e sócios do empreendimento Shopping Parque Dom Pedro**, todas pertencentes ao antigo grupo Sonae, atual Aliansce Sonae, cuja empresa líder é a controladora da cotista que detém mais de 25% do FIIPDPSC, e que declara ser **sócia indireta do FII em suas próprias demonstrações financeiras**, fato é que, desde a constituição do fundo em 2005, sucederam-se fatos geradores dos tributos cuja dispensa das apurações e dos recolhimentos estava condicionada ao atendimento do artigo 2º da Lei n.º 9.779/1999, o que não foi cumprido.

78. Segundo a autoridade fiscal, a equiparação do FII à pessoa jurídica, nos termos do art. 2º da Lei nº 9.779/1999, é devida porque Aliansce Sonae é controladora da Sierra, cotista que seria construtora, incorporadora e sócia do empreendimento Shopping Parque Dom Pedro e que detém mais 25% das cotas do FIISPDP e do FIIPDPSC. Portanto, haveria participação indireta da Aliansce Sonae nos Fundos via Sierra.

79. A decisão recorrida, manteve a autuação nos seguintes tems (fls. 6646):

74. Assiste razão à Autoridade Fiscal, pois “Aliansce Sonae, cuja empresa líder é a **controladora da cotista** que detém mais de 25% do FIIPDPSC, e que declara ser **sócia indireta do FII em suas próprias demonstrações financeiras**, fato é que, **desde a constituição do fundo em 2005, sucederam-se fatos geradores dos tributos cuja dispensa das apurações e dos recolhimentos estava condicionada ao atendimento do artigo 2º da Lei nº 9.779/1999, o que não foi cumprido**”.

75. Com efeito, trago a colação o organograma apresentado na Impugnação, à fl. 4.224 deste processo pelo qual se verifica que **Aliansce Sonae é controladora de Sierra Investimentos que por sua vez detém mais de 25% das cotas do FIISPDP e do FIIPDPSC, ou seja: Aliansce tem participação superior a 25% das cotas do FUNDO:**

[...]

76. **Logo, existindo sócio/quotista com mais de 25% do FUNDO, ainda que indiretamente, correto o enquadramento deste FUNDO na regra antielisiva insculpida no art. 2º da Lei nº 9.779/99** (destacamos):

77. Nesse sentido, eis a ementa do Acórdão nº 9101004.090 – 1ª Turma da CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS:

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

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

80. Como se vê, a decisão recorrida, manteve o lançamento em razão de Aliansce Sonae, sócia do empreendimento imobiliário Shopping Parque Dom Pedro e controladora de Sierra Investimentos **participar indiretamente** com mais de 25% dos Fundos.

Delimitação da lide

81. Tendo em vista que a decisão recorrida manteve o lançamento em razão de Aliansce Sonae, controladora de Sierra Investimentos, **participar indiretamente** com mais de 25% dos Fundos, o centro da controvérsia portanto é verificar se a participação indireta de **sócio** do empreendimento imobiliário nos Fundos atrai a regra de equiparação a pessoa jurídica prevista no art. 2º da Lei nº 9.779/1999.

Argumentos contra a regra de equiparação do FII à pessoa jurídica

82. O Fundo insurge-se contra a autuação com base nos argumentos elencados a seguir.

83. A **Aliansce Sonae Shopping Centers S.A.** – cuja única participação no FIIPDPSC e no FIISPDP é a administração da área bruta locável do Shopping Parque Dom Pedro –, é a sócia majoritária da **Sierra Investimentos** (que detém participação “relevante” nos dois FIIs). É dizer: a **Aliansce não** é sócia, construtora ou incorporadora do empreendimento imobiliário, **tampouco possui cotas dos FIIs**.

84. A **Sierra Investimentos**, por sua vez, conquanto detenha participação “relevante” (superior a 25% das cotas) no FIIPDPSC e no FIISPDP, não é construtora, incorporadora ou sócia do empreendimento imobiliário.

85. A aplicação da regra de equiparação exige a verificação cumulativa dos dois requisitos impostos pelo art. 2º da Lei nº 9.779/99: o cotista deve (i) ser **incorporador, construtor** ou **sócio do empreendimento imobiliário** que recebe os recursos do FII; e, também, (ii) possuir de mais de 25% das cotas do FII, isoladamente ou em conjunto com pessoa a ele ligada, nos termos prescritos pelos incisos I e II do parágrafo único do referido dispositivo.

Primeiro requisito da norma: A figura do incorporador, construtor ou sócio do empreendimento imobiliário

86. O “sócio” a que faz menção o artigo 2º da Lei nº. 9.779/99 deve ter **relação jurídica direta com o empreendimento imobiliário e interesse econômico igualmente direto**. O legislador equiparou o sócio ao incorporador e ao construtor por essa razão: todos, indistintamente, mantêm relações jurídicas **diretas** e interesse econômico igualmente **direto** no empreendimento imobiliário correspondente. Conclui-se, portanto, que:

[...] o “sócio” mencionado pelo dispositivo é o sujeito que, **além de possuir interesse econômico, participa ativamente do empreendimento imobiliário, mantendo com ele, pois, relação jurídica direta**. A própria acepção básica da palavra evidencia que “sócio” é quem compartilha ou desenvolve alguma atividade em conjunto com outrem, estabelecendo uma relação de parceria, partilhando de seus resultados, mas também assumindo o risco negocial.

87. Aduz que o texto legal se refere a fato presente e exclui fatos do passado para fins de sua aplicação. Assim, não importa se o FII possuir cotista que **tenha sido** incorporador, construtor ou sócio do empreendimento imobiliário. Exige-se que o FII **tenha** cotista que assuma tal posição quando o Fisco verificar o preenchimento dos requisitos necessários à aplicação da referida regra.

88. Assim, finalizado o empreendimento imobiliário, não é mais possível aplicar a aludida regra de equiparação em relação ao suposto construtor ou incorporador, já que essas duas figuras apenas subsistem enquanto houver um empreendimento em construção. Cita como jurisprudência o Acórdão nº. 9101-006.005; de 5 de abril de 2022.

89. Defende que o elemento essencial, portanto, para que se averigue a aplicação da norma antielisiva específica do artigo 2º da Lei nº. 9.779/99, é a **contemporaneidade** de uma relação **direta**.

90. Por outro lado, sustenta que **o investimento indireto não é suficiente para caracterizar a condição de sócio do empreendimento imobiliário**; caso o fosse, a norma antielisiva frustraria o regime de tributação do FII, tornando impossível alcançá-lo. Afinal, todo cotista se tornaria indiretamente “sócio” do empreendimento imobiliário.

91. O administrador (caso da Aliansce Sonae) também não pode ser considerado sócio, já que é um mero **prestador de serviços**.

92. Aduz que **o conceito de “pessoa ligada” apenas se aplica para fins de verificação do quotista relevante**. Ou seja, a regra não se aplica ao incorporador, construtor ou sócio do respectivo empreendimento imobiliário que não possua cotas do FII. Cita novamente o Acórdão nº. 9101-006.005.

93. Defende que se o construtor, incorporador ou **sócio do empreendimento imobiliário não possuir cotas do FII, pouco importa se houver “pessoa a ele ligada” com mais de 25% das cotas**. É dizer: não haverá qualquer infração a permitir a aplicação do artigo 2º da Lei nº. 8.668/93.

94. Ante tais premissas conclui que:

(i) a **Sierra Investimentos** e a **Aliansce Sonae** não ocupam a posição de sócias dos empreendimentos imobiliários que compõem a carteira do **FIISDP**;

(ii) a **Sierra Investimentos** não ocupa a posição de construtora ou incorporadora do empreendimento imobiliário e

(iii) a **Aliansce Sonae não é – e nunca foi – cotista relevante do FIISDP**.

95. Na sequência argumenta sobre cada item.

Sierra Investimentos não assume (e nunca assumiu) a posição de construtora do empreendimento

96. Todo grande empreendimento, como é o caso da construção do Shopping Parque Dom Pedro, conta com a contratação de inúmeros prestadores de serviços para execução da obra.

97. Entre essas empresas, a **Enplanta Engenharia**, foi a responsável técnica e autora do projeto. Daí o equívoco da Autoridade Fiscal ao imputar à **Sierra Investimentos** a condição de **construtora** do empreendimento imobiliário cuja responsabilidade técnica pela obra era da **Enplanta Engenharia**, a qual jamais foi cotista do Fundo. Assim, seja no passado e no presente, a Sierra Investimentos jamais ocupou o posto de “construtora do empreendimento imobiliário”.

Sierra Investimentos não assume (e nunca assumiu) a posição de incorporadora do empreendimento

98. Ainda que Sierra fosse incorporadora, tal fato teria ocorrido no período de **28.12.2000 a 18.11.2004** (como reconhece o próprio TVF), ou seja, **antes** mesmo da própria constituição do FIISPDP (**05.01.2005**). A Autoridade Fiscal reconhece que a construção foi finalizada em **19.02.2004**.

99. Os autos de infração alcançam o período de **2018 a 2021** com base em fatos ocorridos durante o período de **2000 a 2004**, antes da constituição do FIIPDPSC (2009) e do próprio FIISPDP (fundo originário constituído em 2005), ou seja, fatos ocorridos há mais de 20 anos.

100. Ainda que se supere os fatos acima, defende que não ocorreu qualquer incorporação; pois a venda de imóvel no decorrer de uma obra, por si só, não é suficiente para caracterizar a ocorrência de uma incorporação. Não se pode equiparar a mera venda de unidades imobiliárias em construção a um modelo de incorporação. Explica:

Em primeiro lugar, a incorporação (e a baixa da incorporação após a alienação do imóvel) depende de registro do negócio jurídico (e também do memorial de incorporação) na matrícula do imóvel (por força da Lei nº. 4.591/64), o que, por si só, já é suficiente para demonstrar que mera a venda do bloco 1-B à Redevo (C&A) não se deu por meio do regime de incorporação, haja vista a inexistência de qualquer registro em matrícula (fls. 4.568 a 4.604).

Em segundo lugar, a incorporação é negócio jurídico comumente realizado antes do início das obras e se baseia em estudos financeiros e mercadológicos (exigindo-se, inclusive, o arquivamento em cartório da avaliação do custo global da obra – cf. artigo 32 da Lei nº. 4.591/64), pois visará o “financiamento” do próprio empreendimento imobiliário com a alienação das unidades no decorrer do andamento do projeto. Isso também não se verifica no presente caso, pois não houve o interesse em “financiar” o empreendimento imobiliário.

Finalmente, em terceiro lugar, exige-se o arquivamento de documentos em cartório (rol do artigo 32 da Lei nº. 4.591/64) para que seja permitida a realização da incorporação, o que também não foi realizado no presente caso.

101. Aduz que **(i)** todos os atos praticados antecederam a constituição do recorrente

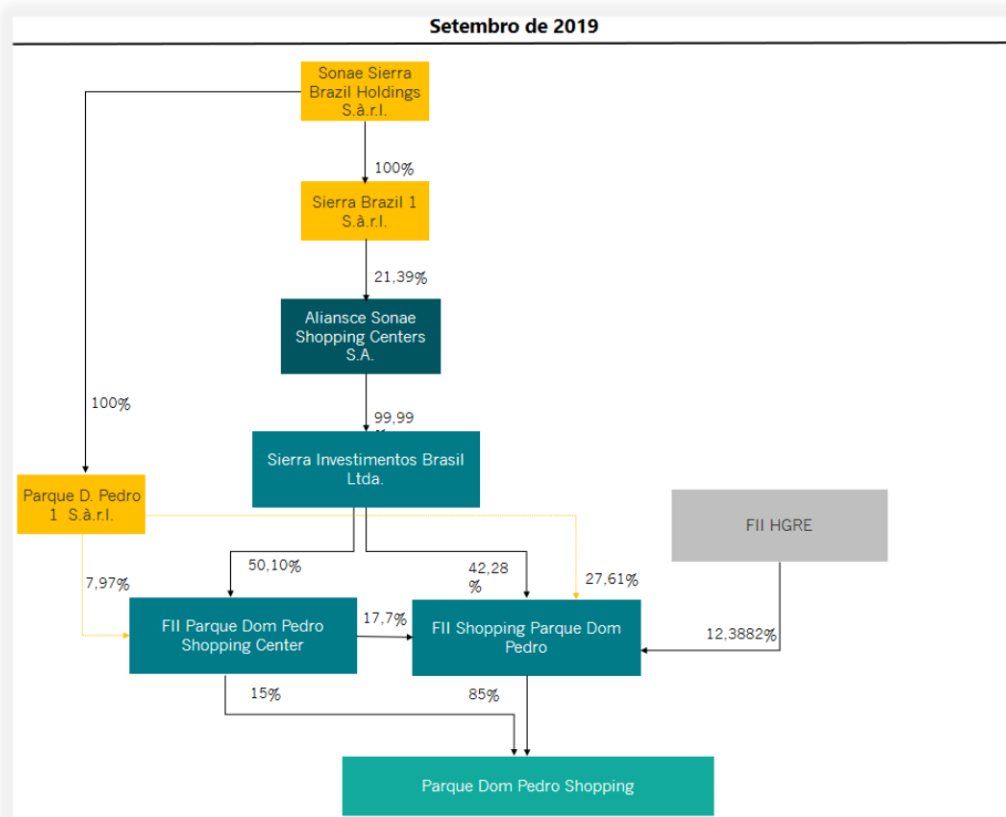
(FIIPDPSC); e (ii) analisada a operação de incorporação imobiliária à luz dos requisitos legais verifica-se que **Sierra Investimentos não atua – e jamais atuou – como incorporadora do empreendimento imobiliário**, razão que leva à inaplicabilidade do artigo 2º da Lei nº. 9.779/99.

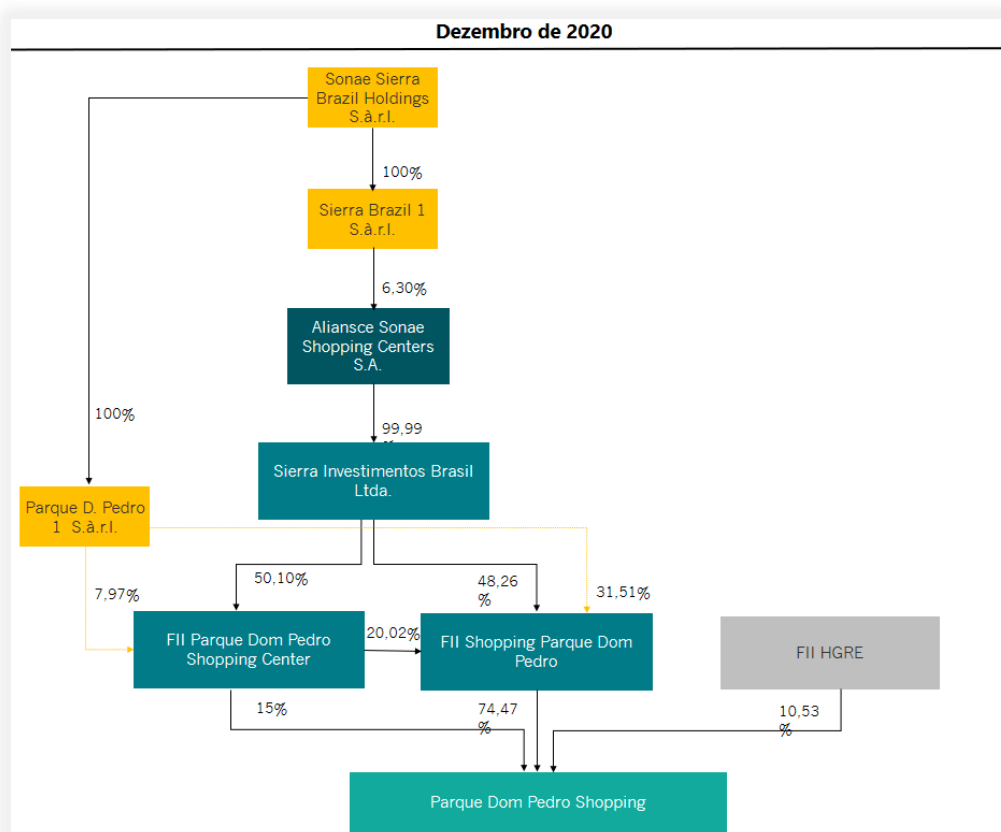
Sierra Investimentos não assume (e nunca assumiu) a posição de sócia do empreendimento

102. Em relação à acusação de que **Sierra Investimentos** seria sócia do empreendimento imobiliário, pois (i) em **1999**, realizou a compra do imóvel; (ii) em **2000**, idealizou o empreendimento imobiliário e o projeto do shopping center; e (iii) em **30.09.2004**, desenvolveu o Shopping Parque Dom Pedro, instituindo, inclusive, sua convenção de condomínio, defende, novamente que tais **eventos antecederam a constituição dos dois Fundos**, FIISPDP (2005) e FIIPDPSC (2009).

103. Assim, quando **Sierra Investimentos** poderia, em tese, ocupar a posição de potencial sócia do empreendimento imobiliário, inexistia o FIISPDP. Consequentemente, ela também não era cotista com participação superior a 25%.

104. Informa que após a constituição do FIISPDP, o empreendimento imobiliário foi integralizado ao seu patrimônio, deixando de ser propriedade da **Sierra Investimentos**, conforme organograma das relações societárias contemporâneas aos fatos atuados:





A composição foi a mesma até o final de 2021

105. Aduz com base no organograma acima que **Sierra Investimentos**, apesar de ser cotista com participação relevante no FIIPDPSC e no FIISPDP, **não** é proprietária do Shopping Parque Dom Pedro. Portanto; assim, não pode ocupar a posição sócia do empreendimento imobiliário, já que é **mera ex-proprietária**.

106. Esse fato, inclusive, é reconhecido pelo próprio Fisco. Com efeito, ao analisar o compromisso de compra e venda do terreno no qual foi construído, posteriormente, o Shopping Parque Dom Pedro, a d. Autoridade Fiscal reconhece que **Sierra Investimentos**, conquanto **tenha sido** proprietária do terreno (situação passada), apenas “mais tarde” se tornou cotista do FIIPDPSC) e do FIISPDP, fato reconhecido pelo Fisco (fls. 3931).

107. Assim, a partir do momento em que houve a transferência da propriedade dos imóveis ao FIISPDP, **fato não contestado pelo Fisco**, perde o sentido cogitar a situação de “propriedade indireta” dos imóveis que se parece querer atribuir à **Sierra Investimentos**.

O segundo requisito da norma: A posição de cotista relevante do FII

108. Observa que além de o cotista assumir o posto de incorporador, construtor ou sócio do empreendimento imobiliário, deve, também, possuir, isoladamente ou em conjunto com pessoa a ele ligada, mais de 25% das cotas do FII. Embora a Sierra Investimentos possua mais de 25% das cotas do FII ela não é – e nunca foi – incorporadora, construtora ou sócia do empreendimento imobiliário.

109. Defende que o fato de a Aliansce Sonae ser a administradora dos alugueres do shopping (ficando responsável pelo recebimento dos valores e eventuais cobranças a locatários), **não a torna sócia do empreendimento**, visto que ela não assume o risco negocial, **sendo apenas uma prestadora de serviços**. Ademais, a Aliansce Sonae não é – e jamais foi – coproprietária do bem imóvel detido pelo FII, muito menos mantém qualquer relação jurídica direta ou interesse econômico igualmente direto.

110. Ainda que se admita a possibilidade de a **Aliansce Sonae** figure como sócia do empreendimento imobiliário, isso não seria suficiente para permitir a aplicação do artigo 2º da Lei nº. 9.779/99, pois além de ocupar essa posição, a norma **também exige** que o cotista possua, isoladamente ou em conjunto com pessoa a ele ligada, mais de 25% das cotas do FII. No período autuado, **a Aliansce Sonae jamais deteve cotas do Recorrente**, conforme atestam os organogramas anteriormente reproduzidos.

111. O recorrente cita ainda em sua defesa trecho de sentença em proferida pela Justiça Federal de São Paulo⁴, que determinou o cancelamento de Auto de Infração lavrado contra o FII Península no sentido de que *“é irrelevante [...] investigar [...] se havia eventual controle indireto por alguém que fosse sócio (controlador ou não) da empresa detentora do fundo autor”,* já que *“[n]ada disso é de ser considerado para determinar a aplicação do art. 2º da Lei 9.779/99, cujos requisitos são extremamente claros [...]”*

112. Menciona que a sentença acima desconstituiu o acórdão nº. 9101-004.090 que amparou o entendimento da decisão ora recorrida.

113. Nesse sentido, defende que para considerar a **Aliansce Sonae** “cotista indireta” do decorrente exigiria a comprovação da prática de dissimulação, simulação, dolo ou fraude à lei, conforme pontuado na referida sentença, o que não ocorreu no caso em análise.

O “espírito” do artigo 2º da Lei nº. 9.779/99: A exploração de atividade imobiliária por meio de FIIs nem sempre é fiscalmente mais vantajosa

114. Com base em julgados do Carf aduz que nem sempre explorar determinada atividade imobiliária por meio de FIIs é mais benéfico do que o exercício da mesma atividade por uma pessoa jurídica. Afinal, ninguém faz um planejamento tributário para pagar mais imposto! Daí a necessidade de se comparar as duas situações de forma intelectualmente honesta, analisando-se a tributação global incidente sobre as atividades.

115. Observa que explorar atividades imobiliárias por meio de um FII só seria interessante se o benefício fiscal correspondente fosse relevante, o que também não se verifica. Mesmo no caso de uma pessoa jurídica submetida ao regime de lucro real, que detenha a posição de cotista relevante no FII, por exemplo, a vantagem não é certa, tendo em vista o dever de distribuição semestral dos rendimentos (que enseja a incidência do IRRF à alíquota de 20%), passíveis de ajuste quando da tributação na própria pessoa jurídica (25% de IRPJ mais 9% de CSL),

⁴ Processo nº. 5014538-74.2021.4.03.6100

afora a incidência de PIS e COFINS sobre a receita bruta (cuja alíquota é de 9,25%), o que implica uma carga tributária total de 43,5%.

116. Tais considerações, segundo o recorrente, derrubam a ideia lançada pelo Fisco na autuação, no sentido de que a utilização de FII para concentração de renda e perpetuidade de financiamentos familiares seria um excelente “negócio”. A verdade é que, na prática, esse cenário favorável obtido pelo FII nem sempre se verifica.

A avidez fiscal e os erros centrais da acusação fiscal

117. Como visto nos tópicos acima, o que se tem, em relação às principais pessoas jurídicas mencionadas na autuação, é a seguinte:

	Real função	Cotista do Fundo?
Sierra Investimentos Brasil Ltda.	Ex-proprietária do terreno (imóvel transferido ao FIISDP em 2009).	Sim
Enplanta Engenharia Ltda.	Responsável Técnica pela Construção	Não
Sonae Enplanta S.A.	Nenhuma relação diretamente. Constituída para realização de investimentos imobiliários.	Sim. entre 2005 e 2006.
Aliansce Sonae Shopping Centers S.A.	Administra as áreas locáveis do empreendimento.	Não

118. Consta do TVF, que a Sierra Investimentos Brasil Ltda. (nova denominação de Parque Dom Pedro S.A. e, conseqüentemente, de Sonae Imobiliária), nos anos de 2018 a 2022, teve participação no FII, que variou entre 50,10% e 51,15%. Ocorre, segundo o recorrente que a Fiscalização confunde as pessoas jurídicas, chamando-as, todas, de “Sierra” (fls. 3.926).

119. O recorrente explica o equívoco nos seguintes trechos:

Tal confusão pode ter contribuído para a d. Autoridade Fiscal compreender que a Sierra Investimentos seria sócia, construtora e incorporadora do empreendimento imobiliário – argumentos já infirmados acima –, visto que, no passado, duas pessoas jurídicas (com CNPJs distintos) foram detentoras do mesmo nome (i.e., Sonae Imobiliária Brasil).

Uma das pessoas jurídicas (CNPJ nº. 01.874.077/0001-53) deu origem à Sierra Investimentos, ao passo que a outra (CNPJ nº. 05.878.397/0001-32) resultou na Aliansce Sonae Shopping Center S.A. É possível que essas alterações tenham contribuído para que a d. Autoridade Fiscal, em algum momento, entendesse que a Sonae Imobiliária (Sierra Investimentos) é a ex-proprietária do imóvel e, também, a mesma Sonae Imobiliária (Aliansce Sonae) fosse a administradora do empreendimento imobiliário.

Esse não foi o único equívoco incorrido pela d. Autoridade Fiscal, já que se relata, no TVF (fl. 3.928), que a Sierra Investimentos teria realizado a construção do empreendimento para, depois, afirmar (fl. 3.931) que foi a Enplanta Engenharia quem executou a obra do Shopping Parque Dom Pedro:

120. Aduz ainda que a fiscalização alega que a certidão negativa de débitos nº. 16.2212004/21003030 mencionaria que a **Sierra Investimentos Brasil** seria a construtora do empreendimento imobiliário (fl. 3.933 – a certidão não foi acostada aos autos).

121. Ocorre que na referida CND (fls. 4.826 a 4.838) há a indicação apenas do sujeito passivo (*i.e.*, o proprietário do imóvel); o documento não aponta que a Sierra Investimentos seria a construtora shopping center. A confirmar o exposto, o certificado de conclusão da obra (fls. 4.826 a 4.838), expedido pela Prefeitura de Campinas, atesta que a **Enplanta Engenharia** foi a responsável técnica pela obra, confirmando, conseqüentemente, que a **Sierra Investimentos** era apenas a proprietária do imóvel. A Sierra Investimentos solicitou a CND da obra na condição de proprietária (à época) do imóvel, e não como construtora. Isso, aliás, também se extrai do próprio pedido da aludida CND, feito pela Sierra Investimentos.

Subsidiariamente

122. O recorrente pleiteia ainda a reapuração do crédito tributário de acordo com o regime do lucro presumido ou, subsidiariamente, arbitrado.

123. Junta aos autos Parecer Técnico elaborado pela Deloitte que confirma a possibilidade de apuração do IRPJ e da CSL por meio do regime do lucro presumido (caixa).

124. Aduz sobre a necessidade se considerar despesas dedutíveis na apuração do lucro real tais como despesa de depreciação, que os gastos incorridos pelo FII caracterizam insumo para fins de PIS/COFINS.

Contrarrazões da Fazenda Nacional

125. Em contrarrazões, a Fazenda Nacional aduz, em síntese, que a palavra “sócio”, utilizada no art. 2º da Lei 9.779/99, refere-se ao “sócio do empreendimento imobiliário”, o qual deve ser entendido como uma atividade econômica, objeto da aplicação dos recursos do fundo e que não corresponde necessariamente a uma pessoa jurídica, mas à participação do quotista na própria atividade econômica (locação de imóveis) que caracteriza o empreendimento imobiliário.

64. No que diz respeito à palavra “sócio”, utilizada no art. 2º da Lei 9.779/99, trata-se, obviamente, do “sócio do empreendimento imobiliário”.

65. Ocorre que “empreendimento imobiliário”, referido no art. 2º da Lei 9.779/99, é uma atividade econômica, objeto da aplicação dos recursos do fundo, e não corresponde necessariamente a uma pessoa jurídica. O fundo de investimento aplica recursos em atividades econômicas, e pode usar diversos instrumentos para isso, eventualmente a aquisição de participações societárias em pessoas jurídicas.

66. Portanto, “empreendimento imobiliário” é um termo que abrange as inúmeras atividades econômicas relacionadas com a exploração de imóveis. Por exemplo, a aquisição de áreas e lojas em centro comercial para locação é, sem dúvida, um empreendimento imobiliário, que pode receber recursos do fundo de investimento.

67. Assim, o termo “sócio do empreendimento imobiliário” não se refere a sócio de uma pessoa jurídica, mas à participação do quotista na própria atividade econômica (locação de imóveis) que caracteriza o empreendimento imobiliário.

126. Na sequência pontua que, para fins do art. 2º da Lei 9.779/99, necessário analisar o

empreendimento imobiliário não em sua forma, mas em sua substância. Não se trata de imputar fraude ou simulação ao fundo de investimento ou seus quotistas, **mas de verificar se o fundo está sendo utilizado pelo quotista como mero instrumento de aplicação de recursos no empreendimento**.

127. Assim, quotista “sócio do empreendimento imobiliário”, referido pelo art. 2º da Lei 9.779/99, é aquele que de algum modo participa da atividade econômica em que o fundo aplica recursos, e recebe os rendimentos decorrentes dessa atividade.

69. É que, para cumprimento da finalidade do art. 2º da Lei 9.779/99, importa analisar o empreendimento imobiliário não em sua forma, mas em sua substância. Não se trata de imputar fraude ou simulação ao fundo de investimento ou seus quotistas, **mas de verificar se o fundo está sendo utilizado pelo quotista como mero instrumento de aplicação de recursos no empreendimento**.

70. Portanto, o quotista que é “sócio do empreendimento imobiliário”, referido pelo art. 2º da Lei 9.779/99, é aquele que de algum modo participa da atividade econômica em que o fundo aplica recursos, e recebe os rendimentos decorrentes dessa atividade.

Legislação de regência da matéria.

Fundo de investimento imobiliário (FII)

128. O fundo de investimento imobiliário é uma comunhão de recursos, constituído sob a forma de condomínio de natureza especial, destinado à aplicação em empreendimentos imobiliários com a regra específica aplicável à categoria do fundo, com as seguintes características, nos termos da Lei nº 8.668/93 e alterações:

- i) não possuem personalidade jurídica, e caracterizam-se 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 (art. 1º);
- ii) constituído sob a forma de condomínio fechado, proibido o resgate de quotas, com prazo de duração determinado ou indeterminado (art. 2º);
- iii) compete à Comissão de Valores Mobiliários autorizar, disciplinar e fiscalizar a constituição, o funcionamento e a administração dos Fundos de Investimento Imobiliário (art. 4º);

Normas aplicáveis aos Fundos de Investimento.

Lei nº 8.668/1993

Art. 1º Ficam instituídos Fundos de Investimento Imobiliário, **sem 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.

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

Art. 3º As quotas dos Fundos de Investimento Imobiliário constituem valores mobiliários sujeitos ao regime da [Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976](#), admitida a emissão sob a forma escritural.

Art. 4º Compete à Comissão de Valores Mobiliários 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.

Art. 5º Os Fundos de Investimento Imobiliário serão geridos por instituição administradora autorizada pela Comissão de Valores Mobiliários, 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.

Art. 6º O patrimônio do Fundo será constituído pelos bens e direitos adquiridos pela instituição administradora, em caráter fiduciário.

Art. 7º 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, observadas, quanto a tais bens e direitos, as seguintes restrições:

- I - não integrem o ativo da administradora;
- II - não respondam direta ou indiretamente por qualquer obrigação da instituição administradora;
- III - não componham a lista de bens e direitos da administradora, para efeito de liquidação judicial ou extrajudicial;
- IV - não possam ser dados em garantia de débito de operação da instituição administradora;
- V - não sejam passíveis de execução por quaisquer credores da administradora, por mais privilegiados que possam ser;
- VI - não possam ser constituídos quaisquer ônus reais sobre os imóveis.

[...]

Art. 8º O fiduciário administrará os bens adquiridos em fidúcia e deles disporá na forma e para os fins estabelecidos no regulamento do fundo ou em assembléia de quotistas, respondendo em caso de má gestão, gestão temerária, conflito de interesses, descumprimento do regulamento do fundo ou de determinação da assembléia de quotistas.

Art. 9º A alienação dos imóveis pertencentes ao patrimônio do fundo será efetivada diretamente pela instituição administradora, constituindo o instrumento de alienação documento hábil para cancelamento, perante o Cartório de Registro de Imóveis, das averbações pertinentes às restrições e destaque de que tratam os § 1º e 2º do art. 7º.

Parágrafo único. Os recursos resultantes da alienação constituirão patrimônio do fundo.

Art. 10. Cada Fundo de Investimento Imobiliário será estruturado através de regulamento elaborado pela instituição administradora, contendo:

- I - qualificação da instituição administradora;
 - II - política de investimento que estabeleça, com precisão e clareza, as definições quanto aos ativos que comporão o patrimônio do fundo para atender seus objetivos;
- [...]

Parágrafo único. O fundo 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. [\(Incluído pela Lei nº 9.779, de 19.1.1999\)](#)

[...]

Art. 13. O titular das quotas do Fundo de Investimento Imobiliário:

I - **não poderá exercer qualquer direito real sobre os imóveis** e empreendimentos integrantes do patrimônio do fundo;

II - não responde pessoalmente por qualquer obrigação legal ou contratual, relativamente aos imóveis e empreendimentos integrantes do fundo ou da administradora, salvo quanto à obrigação de pagamento do valor integral das quotas subscritas.

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

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

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

[...]

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. 16-A. Os rendimentos e ganhos líquidos auferidos pelos Fundos de Investimento Imobiliário, em aplicações financeiras de renda fixa ou de renda variável, **sujeitam-se à incidência do imposto de renda na fonte**, observadas as mesmas normas aplicáveis às pessoas jurídicas submetidas a esta forma de tributação. [\(Incluído pela Lei nº 9.779, de 19.1.1999\)](#)

[...]

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. [\(Redação dada pela Lei nº 9.779, de 19.1.1999\)](#)

129. Verifica-se que o Fundo tem bens e direitos próprios, adquiridos pela instituição administradora em caráter fiduciário, os quais não se confundem com o patrimônio da administradora nem dos cotistas (arts. 6º e 7º)

130. Os recursos resultantes da alienação de imóveis constituem patrimônio do Fundo e os quotistas do Fundo não podem exercer qualquer direito real sobre os imóveis e empreendimentos integrantes do patrimônio do Fundo; nem respondem pessoalmente por qualquer obrigação legal ou contratual, relativamente aos imóveis e empreendimentos integrantes do Fundo ou da administradora (arts. 9º e 14).

131. Quanto à tributação, nos termos do art. 16 da Lei nº 8.668/1993, os rendimentos e ganhos de capital auferidos pelos Fundos de Investimento Imobiliário são isentos do Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro (IOF) e Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza (IRPJ).

132. Todavia, se o fundo de investimento imobiliário aplicar recursos em empreendimento imobiliário que tenha como incorporador, construtor ou sócio, quotista que possua, isoladamente ou em conjunto com pessoa a ele ligada, mais de vinte e cinco por cento das quotas do fundo, estará sujeito à tributação aplicável às demais pessoas jurídicas, consoante o art. 2º da Lei 9.779/99. Veja-se:

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.

133. Busca-se se evitar que o construtor, o incorporador ou **sócio** do empreendimento imobiliário – com participação de mais de 25% quotas de forma isolada ou com pessoa ligada – usufrua do benefício da isenção de IRPJ/CSLL do FII.

134. Conforme consta da exposição de motivos⁵ da Medida Provisória nº 1788/1998, convertida na Lei nº 9.779/1999, o objetivo da regra de equiparação do FII à pessoa jurídica é evitar concorrência predatória dos fundos de investimento imobiliários com as pessoas jurídicas que exploram as mesmas atividades - incorporadores, construtores e sócios do empreendimento imobiliário - fazendo com que o fundo deixasse de cumprir sua finalidade de ser um instrumento de investimento coletivo. Veja-se:

Para **evitar 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 objeto do fundo**.

135. Trata-se, portanto, de “regra antielisiva específica”, com vistas a evitar a prática de atos e negócios jurídicos pelos contribuintes apenas para fins gozar dos benefícios tributários dos fundos imobiliários, exercendo uma concorrência desleal no setor.

136. A análise do art. 2º da Lei nº 9.79/199, para fins de aplicação da regra de equiparação do FII à pessoa jurídica, demanda os seguintes passos:

- i) Identificar o empreendimento imobiliário em que o fundo aplica recursos;
- ii) Identificar os quotistas do fundo imobiliário que detêm mais de 25% (isoladamente ou com pessoas ligadas) das quotas do fundo; e
- iii) verificar se o quotista identificado é incorporador, construtor ou sócio do empreendimento imobiliário que o fundo aplica recursos.

137. No caso concreto, a autoridade fiscal equiparou os FII à pessoa jurídica por entender que Aliansce Sonae é controladora da Sierra Investimentos, cotista que seria construtora, incorporadora e sócia do empreendimento Shopping Parque Dom Pedro e que detém mais 25% das cotas do FIISDP e do FIIPDPSC. Portanto, haveria participação indireta da Aliansce Sonae nos Fundos.

⁵ Exposição de motivos da Medida Provisória nº 1.788/1998, convertida na Lei nº 9.779/1999. Diário do Congresso Nacional - 14/1/1999, Página 780.

138. A decisão recorrida, manteve a autuação, em razão de Aliansce Sonae, controladora de Sierra Investimentos, **participar indiretamente** com mais de 25% do empreendimento. Portanto, o centro da controvérsia é verificar se a **participação indireta** da Aliansce Sonae, por meio de Sierra, no empreendimento imobiliário – Shopping Parque Dom Pedro – atrai a regra de equiparação a pessoa jurídica. Vejamos.

139. Segundo a autoridade fiscal, as Demonstrações Financeiras publicadas em 19/03/2019 (referentes ao ano de 2018), da **SONAE SIERRA BRASIL**, atual **ALIANSCOE SONAE**, apontam como controladas diretas, com 99,99% de participação no capital, a **cotista SIERRA** e a UNISHOPPING Consultoria Imobiliária, a mesma que administrava o empreendimento Shopping Parque Dom Pedro (fls. 1313).

140. Segundo as Notas Explicativas das referidas Demonstrações, **SONAE SIERRA BRASIL** tem como principais objetivos:

A Sonae Sierra Brasil S.A. ("Companhia"), com sede localizada na Cidade de São Paulo, Estado de São Paulo, foi constituída em 18 de junho de 2003 com os seguintes principais objetivos:

(a) a realização de planejamento, desenvolvimento, implantação e investimentos na área imobiliária, nomeadamente em shopping centers e atividades correlatas, como empreendedora, incorporadora, construtora, locadora e assessora;

(b) a exploração e a gestão de imóveis próprios e/ou de terceiros e de estabelecimentos comerciais e a prestação de serviços conexos em operações imobiliárias de imóveis próprios e/ou de terceiros; e

(c) a participação em outras sociedades empresárias e/ou em fundos de investimentos imobiliários, podendo as atividades aqui descritas serem exercidas diretamente ou por meio de controladas e coligadas.

141. Os objetivos da **SIERRA**, de acordo com as referidas Notas, são (fls. 1313):

a) Sierra Investimentos Brasil Ltda. ("Sierra Investimentos") - tem como principais objetivos:

(i) a realização de planejamento, desenvolvimento, implantação e investimentos na área imobiliária, nomeadamente em shopping centers, e atividades correlatas, como empreendedora, **incorporadora, construtora**, locadora e assessora;

(ii) a exploração e a gestão de imóveis próprios e de estabelecimentos comerciais e a prestação de serviços conexos; e

(iii) a participação em outras empresas.

Em 31 de dezembro de 2018, a empresa **é controladora** da Pátio Boavista Shopping Ltda. ("Pátio Boavista"), Pátio São Bernardo Shopping Ltda. ("Pátio São Bernardo"), Pátio Sertório Shopping Ltda. ("Pátio Sertório"), Pátio Uberlândia Shopping Ltda. ("Pátio Uberlândia"), Pátio Londrina Empreendimento e Participações Ltda. ("Pátio Londrina"), Pátio São Paulo Shopping Ltda. ("Pátio São Paulo"), **Fundo de Investimento Imobiliário Shopping Parque D. Pedro** ("**Fundo de Investimento Imobiliário I**") e **Fundo de Investimento Imobiliário Parque D. Pedro Shopping Center** ("**Fundo de Investimento Imobiliário I**").

(i) **Fundo de Investimento Imobiliário I** - tem por objetivo realizar investimentos imobiliários de longo prazo, auferir receitas por meio de locação e arrendamento de imóveis integrantes do seu patrimônio imobiliário.

Em 31 de dezembro de 2018, o Fundo de Investimento Imobiliário I detém domínio fiduciário correspondente a 85% da fração ideal representativa do Shopping Parque D. Pedro.

(ii) Fundo de Investimento Imobiliário II - tem por objetivo realizar investimentos imobiliários de longo prazo, auferir receitas por meio de locação e arrendamento de imóveis integrantes do seu patrimônio imobiliário.

Constituído em 30 de junho de 2009 mediante a cisão parcial das operações do Fundo de Investimento Imobiliário I, o Fundo de Investimento Imobiliário II **detém 15% da fração ideal representativa do Shopping Parque D. Pedro e também detém quotas representativas de 17,7% do Fundo de Investimento Imobiliário I.**

142. As Notas Explicativas apontam ainda que a **SONAE SIERRA BRASIL** possuía 50,10% de participação nas cotas do FIIPDPSC, que, somadas com a do FIISPDP, representa **51% do empreendimento Shopping Parque Dom Pedro** (Nota Explicativa 3, Consolidação; fls. 1313). Veja-se:

3. CONSOLIDAÇÃO: Em 31 de dezembro de 2018 e de 2017, as empresas consolidadas e as respectivas participações estão apresentadas a seguir:

	Participação no capital - %	
	31/12/18	31/12/17
Controladas diretas:		
Sierra Investimentos	99,99	99,99
Unishopping Consultoria	99,99	99,99
Controladas indiretas:		
Fundos de Investimento Imobiliário I (a)	42,28	42,28
Fundos de Investimento Imobiliário II (a)	50,10	50,10
Pátio Boavista	100,00	100,00
Pátio São Bernardo	100,00	100,00
Pátio Sertório	100,00	100,00
Pátio Uberlândia	100,00	100,00
Pátio Londrina	100,00	100,00
Pátio Goiânia Shopping Ltda. (b)	—	100,00
Pátio São Paulo	100,00	100,00
Coligada não consolidada - Campo Limpo Empreendimentos e Participações Ltda.	20,00	20,00

(a) Fundo de Investimento II detém 17,72% de participação no Fundo de Investimento I. Como o Fundo de Investimento I e II detém 85% e 15%, respectivamente, do **Shopping Parque D. Pedro, a Companhia detém 51% deste empreendimento de forma combinada em 31 de dezembro de 2018 e 2017.**

143. As demonstrações financeiras da SONAE SIERRA BRASIL evidenciam que, desde 2009, ano em que houve de fato a integralização do imóvel em que foi constituído o empreendimento, as cotas de ambos os fundos FIIPDPSC e FIISPDP foram tratadas como participação societária:

Em 31 de dezembro de 2009 e de 2008, as empresas consolidadas são as seguintes:

	Participação no capital - %	
	2009	2008 (Reapresentado)
Controladas diretas:		
Sierra Investimentos Brasil Ltda.	99,99	99,99
Unishopping Administradora Ltda.	99,99	99,99
Controladas indiretas:		
Unishopping Administradora Ltda.	100,00	100,00
Fundos de Investimento Imobiliário I e II	51,00	51,00
Unishopping Consultoria Imobiliária Ltda.	99,99	99,99
Sierra Enplanta Ltda.	100,00	100,00
Pátio Boavista Shopping Ltda.	100,00	100,00
Pátio Penha Shopping Ltda.	100,00	100,00
Pátio São Bernardo Shopping Ltda.	100,00	100,00
Pátio Sertório Shopping Ltda.	100,00	100,00
Pátio Uberlândia Shopping Ltda.	100,00	100,00
Pátio Londrina Empreendimentos e Participações Ltda.	100,00	100,00
Pátio Goiânia Shopping Ltda.	100,00	100,00
Coligada não consolidada -		

144.

145. Aduz a autoridade fiscal que desde a constituição do FIISDP, a empresa **SONAE SIERRA BRASIL**, por meio de sua controlada direta – Sierra Investimentos –, sempre foi a principal cotista desse Fundo e do FIIPDPSC, que juntos exploram o **empreendimento Shopping Parque Dom Pedro**, e detêm o poder de controle e gestão, fazendo parte das suas demonstrações consolidadas como controladas indiretas da SONAE.

146. Tal situação não foi alterada com a venda de 10,53% do empreendimento a outro Fundo, tampouco com a incorporação da ALIANSCE pela SONAE, ambas ocorridas em 2019, conforme narrado pela fiscalização e atestado pelas demonstrações financeiras da Aliansce Sonae, e Protocolo e a Justificação de Incorporação da ALIANSCE pela SONAE e demais documentos juntados aos autos (fls. 3947).

147. Minhas palavras.

148. A autuação foi mantida pela decisão recorrida em razão de Aliansce Sonae, controladora de Sierra Investimentos, **participar indiretamente** com mais de 25% do dos Fundos.

149. Ocorre que, **Aliansce Sonae**, ainda que figure como sócia do empreendimento imobiliário Shopping Parque Dom Pedro e seja controladora de Sierra Investimentos, não é cotista do fundo. Ainda que ela possua 50,10% de participação nas quotas do FIISDP, que, somadas com a do FIIPDPSC, representa 51% do empreendimento Shopping Parque Dom Pedro tal participação se dá de forma indireta e não direta.

150. No âmbito do Carf a posição é dividida e há julgados em ambos os sentidos. Veja-se:

151. Os acórdãos a abaixo entendem que se quotista do fundo de investimento imobiliário possuir o controle de empresa participante do empreendimento imobiliário, o fundo sujeita-se à tributação aplicável às demais pessoas jurídicas.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2006, 2007, 2008

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

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

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ

Ano-calendário: 2006, 2007, 2008

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

Constatado que o único quotista do fundo de investimento imobiliário também possui o controle de empresa participante do empreendimento imobiliário, o fundo sujeita-se à tributação aplicável às demais pessoas jurídicas, nos termos do art.2º, da Lei nº 9.779/99. **(Acórdão n. 9101-004.090, de 09/04/2019. No mesmo sentido Acórdão 9101-004.580, de 04/12/2019.)**

152. Em sentido diverso, os acórdãos a abaixo entendem que deve haver uma participação direta do cotista, ou seja, não permitem a participação indireta.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL COFINS

Ano-calendário: 2005

FUNDO IMOBILIÁRIO. PERDA DO REGIME DE TRIBUTÁRIO. ART. 2º DA LEI 9.779/99. NÃO CONFIGURADA.

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

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

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

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

Ano-calendário: 2005

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

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

153. A meu ver tal participação indireta não atrai a regra de equiparação de FII à pessoa jurídica, exceto na hipótese de dolo, fraude ou simulação. Explico.

154. Inicialmente, entendo que 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 possua cotista que no passado **teria sido** incorporador, construtor ou sócio do empreendimento imobiliário, **exceto** no caso de dolo, fraude ou simulação. Voltarei a esse ponto mais adiante.

155. Imaginemos, a título de exemplo, que uma pessoa jurídica atue como construtora

de um empreendimento imobiliário, na sequência aliene esse empreendimento para um FII. Passado certo tempo aquela PJ - construtora adquiere mais de 25% do referido FII.

156. Nesse exemplo, o FII deve ser equiparado à pessoa jurídica em razão de aplicar recursos em empreendimento imobiliário que tem como cotista relevante (mais de vinte e cinco por cento das quotas do FII) a construtora do empreendimento? Se sim, qual o tempo mínimo que aquela pessoa jurídica deveria esperar para investir no referido FII para não atrair a equiparação? Cinco anos, dez anos? Ficaria a cargo do Fisco ou da CVM definir tal prazo?

157. A meu ver não existe prazo. A partir do momento que o construtor, incorporador ou sócio alienou o empreendimento imobiliário ele está apto a ser cotista do respectivo FII sem atrair a regra de equiparação à pessoa jurídica. Afinal, como visto acima, o FII tem bens, direitos e patrimônios próprios; exceto nos casos de dolo, fraude ou simulação.

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

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

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

161.

Solução de Consulta Cosit nº 182, de 2019

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

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

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

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

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

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

165. Consoante o ADI 05/2019, a análise deve levar em consideração a jurisdição do investidor **direto** no País e não o investidor **indireto**⁶. Somente no caso de casos de dolo, fraude ou simulação é que se deve verificar a origem do investidor indireto.

166. Isso posto, façamos a subsunção dos fatos à norma do art. 2º da lei nº 9.779/1999:

i) Empreendimento imobiliário em que o fundo aplica recursos: Shopping Parque Dom Pedro.

ii) Identificação dos quotistas do fundo imobiliário que detêm mais de 25% (isoladamente ou com pessoas ligadas) das quotas do fundo: Sierra Investimentos. Embora Aliansce Sonae tenha participação nas quotas do FIIPDPSC e FIISPD e ela não possui quotas desses fundos.

iii) Verificação se o quotista identificado é incorporador, construtor ou sócio do empreendimento imobiliário que o fundo aplica recursos: Sierra Investimentos não é sócia do empreendimento imobiliário. Ademais, conforme consta dos autos e das alegações dos recorrentes, ainda que Sierra tivesse sido construtora ou incorporadora tal fato ocorreu antes de 2018, data da ocorrência dos fatos geradores destes autos. Por fim, reitero, ainda que Aliansce Sonae seja sócia do empreendimento ela não é cotista do Fundo.

167. No caso destes autos, tivesse a fiscalização comprovado que o contribuinte agiu com dolo, fraude ou simulação, permitir-se-ia uma interpretação elástica e diversa da adotada de forma a abarcar a participação indireta da Aliansce Sonae e considerá-la como quotista indireta. Todavia, não é o caso.

Conclusão

168. Ante o exposto, tendo em vista que o art. 2º da Lei nº 9.779/199 não contempla a figura da participação indireta para fins de equiparação do FII à pessoa jurídica, exceto nos casos de dolo, fraude ou simulação, o que não é o caso dos autos, afasto as preliminares e, no mérito, dou provimento ao recurso voluntário para cancelar a autuação.

169. Deixo de analisar os demais argumentos e alegações em razão da perda de objeto.

⁶ Conferir Acórdão nº 1101-001.355, de 17/07/2024.

ACÓRDÃO 1101-001.406 – 1ª SEÇÃO/1ª CÂMARA/1ª TURMA ORDINÁRIA

PROCESSO 16327.720170/2023-66

Assinado Digitalmente
Efigênio de Freitas Júnior

DOCUMENTO VALIDADO