



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
PRIMEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo n° 16327.720438/2016-31
Recurso n° De Ofício
Acórdão n° 1402-003.694 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 22 de janeiro de 2019
Matéria PIS/COFINS
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado KIRTON SERVIÇOS E PARTICIPAÇÕES LTDA

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Exercício: 2011

RECEITAS FINANCEIRAS. REGIME NÃO CUMULATIVO. ALÍQUOTA ZERO.

Considerando que os valores distribuídos por fundo de investimento imobiliário possuem natureza de receita financeira, é imperioso reconhecer que, à época dos fatos, a alíquota da Cofins incidente sobre tais valores encontrava-se reduzida a zero, por força do disposto no art. 1º do Decreto n° 5.442, de 2005. Por consequência, deve ser cancelada a respectiva exigência

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, negar provimento ao recurso de ofício, divergindo os conselheiros Marco Rogério Borges e Sérgio Abelson e votando pelas conclusões os Conselheiros Evandro Correia Dias e Edeli Pereira Bessa. A Conselheira Edeli Pereira Bessa manifestou intenção de apresentar declaração de voto.

(Assinado digitalmente)

Edeli Pereira Bessa- Presidente.

(Assinado digitalmente)

Junia Roberta Gouveia Sampaio- Relatora.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Marco Rogério Borges, Caio Cesar Nader Quintella, Evandro Correia Dias, Leonardo Luis Pagano Gonçalves,

Sergio Abelson (suplente convocado), Lucas Bevilacqua Cabianca Vieira, Junia Roberta Gouveia Sampaio e Edeli Pereira Bessa (Presidente). Ausente o conselheiro Paulo Mateus Ciccone substituído pelo conselheiro Sergio Abelson.

Relatório

Tratam-se de Autos de Infrações por meio do qual foram constituídos créditos relativos ao de Imposto de Renda Pessoa Jurídica (IRPJ) e Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), Contribuições PIS e COFINS. relativos ao ano-calendário de 2011. De acordo Termo de Verificação Fiscal (fls. 55/58), os fatos que motivaram o presente lançamento foram os seguintes:

Esta fiscalização verificou que foi configurada a disponibilidade econômica e jurídica de rendas pelo contribuinte, nos exatos termos do art. 43 do CTN - Código Tributário Nacional, por sua propriedade de 100% das quotas do Fundo de Investimento Imobiliário Property - FII Property, que no ano de 2011 apurou resultados econômico financeiros de:

I) R\$ 71.461.000,00, apurados pelo Regime de Competência;

II) R\$ 71.014.791,02, apurados pelo Regime de Caixa.

(...)

Histórico: Em 26/02/2001, as companhias HSBC Participações, CNPJ 57.174.278/0001-00, HSBC Financial Capitalização, CNPJ 81.249.542/0001-02 e HSBC Seguros Brasil S.A., CNPJ 76.538.446/0001-36, firmaram contrato de promessa de venda de imóveis de suas propriedades, ocupadas por agências do Banco HSBC, para o Fundo de Investimento Imobiliário - FII - Property. Foram alienados 79 imóveis, pelo preço de R\$ 230.066.188,20, a serem pagos em 10 parcelas anuais (de 2002 até 2011) de R\$ 23.066.188,20 (a serem corrigidas anualmente pelo IGPM)

Ato contínuo, cada imóvel adquirido pelo Fundo Property foi alugado ao Banco HSBC pelo mesmo valor das parcelas contratadas na aquisição dos imóveis. Perfazendo o valor das locações, não por coincidência, de R\$ 23.066.188,20 (corrigidas anualmente pelo IGPM).

Observadas as atividades do FII Property, seus resultados econômico-financeiros, advindos de alugueis e ganhos na alienação de imóveis, deveriam ter a seguinte destinação, prescrita legalmente:

Lei 8.668/93

Art. 10 - ...

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)

O fato de estruturar uma operação empresarial em que os rendimentos – de alugueis - são utilizados para pagamentos – das aquisições - não modifica a forma de apuração de seus resultados contábeis.

*O artigo 10 da Lei 8.666/93 trata da obrigatoriedade de distribuição dos resultados apurados pelos Fundos de Investimentos Imobiliário, que causa, conseqüentemente, a cogente **disponibilidade econômica ou jurídica dos rendimentos** (lucros) por seus beneficiários (cotistas dos Fundos).*

[...]

Como regra geral, os resultados econômico-financeiros relativos às atividades imobiliárias às suas atividades não são tributados pelos Fundos de Investimento Imobiliário, mas, por seus quotistas, quando distribuídos (observadas as características tributárias próprias dos quotistas e composição social do fundo, como por exemplo: Pessoa Física, ou Jurídica, residente ou não residente, etc).

Não se pode postergar indefinidamente a tributação dos resultados econômico-financeiros das atividades imobiliárias realizadas pelos fundos de investimento imobiliário. O sistema tributário aplicável aos FII's busca exatamente isso, ao determinar sua distribuição aos quotistas, para que estes efetuem a devida tributação sobre os resultados apurados periodicamente (semestralmente).

*Todavia, o fato gerador dos tributos que incidem sobre os lucros apurados pelos Fundos de Investimento Imobiliário não é a sua **distribuição**, mas a renda e o acréscimo patrimonial de seus beneficiários, configurado pela disponibilidade econômica e jurídica dos respectivos recursos financeiros, de forma que, o contribuinte da obrigação tributária é o quotista do fundo, pessoa que efetivamente aufera a renda.*

(...)

O reconhecimento dos resultados do FII Property pelo seu quotista uma obrigação apenas contábil, mas, uma obrigação jurídica, que afeta a apuração das bases de cálculo dos tributos: IRPJ, CSLL, contribuição ao PIS e Cofins.

Questionado sobre os impostos e contribuições que incidem sobre os valores dos lucros do FII Property, reconhecidos contabilmente pelo contribuinte, mas que deixaram de sê-lo tão somente para determinação das bases de cálculo dos tributos, o contribuinte apresentou resposta a esta fiscalização com a seguinte premissa ou conclusão:

“Levando em consideração que a tributação dos valores se dá no momento do efetivo recebimento dos rendimentos ...”

Ora, foi o próprio contribuinte que evitou o “efetivo recebimento dos rendimentos” ao omitir-se de determinar a sua distribuição e, deliberadamente, descumprir a norma legal disposta no parágrafo único do art. 10 da Lei 8.668/93.

(...)

*Verificamos que a HSBC Serviços e Participações Ltda., como quotista do FII Property reconheceu os resultados e acréscimos patrimoniais alcançados pelo FII Property, por meio de procedimentos contábeis de **equiparação patrimonial**.*

*A **equiparação patrimonial** é um procedimento contábil de mensuração de ativos utilizado por vários métodos contábeis, como, por exemplo, o do Valor Justo pelo Patrimônio Líquido (VJPL), do Valor Justo por Meio de Resultado (VJMR) e até mesmo pelo consagrado Método da Equivalência Patrimonial, mais conhecido como **MEP**.*

Em sua classificação contábil, o contribuinte reconhece contabilmente os lucros advindos dos resultados do FII Property em suas receitas operacionais, sob a seguinte classificação (em 2011).

Código da Conta	Descrição	1º semestre	2º semestre	Acumulado
75.30.000.000.00-2	RENDAS AJUSTES INVEST.CONTROLADAS			
75.30.820.023.00-2	FUNDO PROPERTY - INVESTIMENTOS	35.423.858,66	35.717.983,98	71.141.842,64

O contribuinte informou a esta fiscalização que, para mensuração do valor de seu ativo FII Property, adotou o Método da Equivalência Patrimonial – MEP. Método que embasa-se na equiparação patrimonial para mensuração do ativo avaliado.

Embora, os Fundos de Investimento Imobiliário não tenham sequer personalidade jurídica para que possam ser consideradas sociedades coligadas ou controladas, a utilização de qualquer dos métodos contábeis, por opção do contribuinte ou determinação contábil, não modifica as características jurídicas e tributárias das rendas ou acréscimos patrimoniais.

O MEP não é simplesmente um método contábil, pois, definido legalmente, apresenta características tributárias próprias e específicas, aplicáveis quando atendidos os requisitos dispostos na Lei.

*O MEP alberga regras tributárias que se aplicam exclusivamente aos Investimentos em **Sociedades** Coligadas ou Controladas Avaliados pelo Valor de Patrimônio Líquido, como disposto no Decreto-Lei 1.598/77, Capítulo II, Seção II, Subseção II, assim consideradas as pessoas jurídicas – companhias ou empresas - e não às entidades sem personalidade jurídica, como os Fundos de Investimento Imobiliário. Assim, adotar o MEP para mensuração contábil dos ativos não significa habilitar o contribuinte a utilizar-se dos benefícios tributários que se aplicam especificamente ao MEP, em sua vertente tributária.*

Ainda que as determinações tributárias do MEP fossem aplicadas aos Fundos de Investimento Imobiliário, sua aplicação não eximiria o atendimento ao disposto no parágrafo único do art. 10 da Lei 8.668/93, correspondente à distribuição dos lucros, o que fatalmente reduziria o Patrimônio Líquido - PL - da entidade avaliada (no caso o FII), que causaria a redução do valor do ativo Investimentos em Participações Societárias na “controladora”, em contrapartida com despesas que teriam o devido tratamento tributário, qual seja, deveriam ser adicionadas nos procedimentos de apuração do lucro real e das bases de cálculo das contribuições.

Distribuídos, como determinado pela Lei, os lucros se sujeitariam as normas dispostas no § 1º do art. 379 do RIR/99 e art. 10 da Lei 9.249/95:

RIR/99

Art. 379. Ressalvado o disposto no art. 380 e no § 1º do art. 388, os lucros e dividendos recebidos de outra pessoa jurídica integrarão o lucro operacional (Decreto-lei 1.598, de 1977, arts. 11 e 19, inciso II).

§ 1º Os rendimentos de que trata este artigo serão excluídos do lucro líquido, para efeito de determinar o lucro real, quando estiverem sujeitos à tributação nas firmas ou sociedades que os distribuíram (Decreto-lei 5.844, de 1943, art. 43, § 2º, alínea c, e Lei 3.470, de 1958, art. 70).

[...]

Art. 383. Os lucros ou dividendos calculados com base nos resultados apurados a partir do mês de janeiro de 1996, pagos ou creditados pelas pessoas jurídicas tributadas com base no lucro real, presumido ou arbitrado, não ficarão sujeitos à incidência do imposto de renda na fonte, nem integrarão a base de cálculo do imposto de renda do beneficiário, pessoa física ou jurídica, domiciliado no País ou no exterior.

A norma que prevê a não tributação dos lucros distribuídos, refere-se especificamente aos lucros calculados com base nos resultados que tenham sido apurados com base no lucro real, presumido ou arbitrado, que, em nosso sistema tributário, já se sujeitaram à tributação na companhia de origem, o que não é o caso dos Fundos de Investimento Imobiliário, cuja tributação foi transferida aos quotistas, segundo suas qualidades e características tributárias.

Para todos os efeitos tributários, os lucros correspondentes aos resultados apurados pelos Fundos de Investimento Imobiliário devem ser tratados pelos seus cotistas, pessoas jurídicas, como “Receitas de Lucros”, pois outra não é sua qualificação jurídica, legal ou tributária, e, sob esta natureza tributária, sujeita a incidência do Imposto de Renda, da CSLL, da contribuição ao PIS e da Cofins.

Em sua metodologia contábil, o contribuinte quer utilizar-se somente dos benefícios e nunca das obrigações. Reconhece contabilmente os seus acréscimos patrimoniais, advindos dos resultados de sua considerada “sociedade coligada”, exclui as rendas de seu lucro real e base de cálculo da CSLL, mas determina que sua suposta “Sociedade Coligada” descumpra a ordem legal de distribuição dos rendimentos, o que obrigaria a tributação dos valores, que não estiveram sujeitos à tributação nas sociedades que os distribuíram (no caso o FII Property).

Cientificado, a contribuinte apresentou a Impugnação (fls. 848/936) na qual alegou, resumidamente, o seguinte:

a) nulidade da autuação por incompetência dos agentes fiscais para lavratura dos autos de infração, pois o Termo de Distribuição de Procedimento Fiscal (TDPF) foi emitido pelo Delegado da DEINF/SP, sendo que o domicílio fiscal do contribuinte era em Curitiba/PR;

b) O FII Property teria apurado corretamente seus lucros segundo o regime de caixa, tendo distribuído ao impugnante parcela superior a 95% destes, nos exatos termos exigidos pelo parágrafo único do artigo 10 da Lei nº 8.668, de 1993;

c) Não existiria, na legislação, uma definição do que venham a ser os mencionados *“lucros auferidos, apurados segundo o regime de caixa”*, sendo esta terminologia adotada exclusivamente na Lei nº 8.668, de 1993. De igual maneira, não existiria nas Instruções da CVM, notadamente a ICVM nº 472, de 2008, que dispõe sobre o funcionamento dos FII, qualquer dispositivo que trate dos critérios de apuração do lucro segundo o regime de caixa;

d) Nos termos do art. 177 da Lei nº 6.404, de 1976, as companhias estão obrigadas a registrar suas mutações patrimoniais segundo o regime de competência. Esclarece o art. 187 daquela lei que, na determinação do resultado do exercício, serão computados *“as receitas e os rendimentos ganhos no período independentemente da sua realização em moeda”* e *“os custos, despesas, encargos e perdas, pagos ou incorridos, correspondentes a essas receitas e rendimento”*;

e) *“conjugando-se os regimes de caixa e competência, pode-se deduzir que “lucros auferidos, apurados segundo o regime de caixa” serão apurados a partir do resultado pelo regime de competência, mas considerarão apenas as receitas e rendimentos recebidos em caixa, bem como os custos e despesas efetivamente pagos”*

f) A tributação pelo quotista ocorreria somente quando da efetiva distribuição do lucro, tal como realizado pelo contribuinte, pois antes disso não haveria disponibilidade econômica ou jurídica;

g) Os autos de infrações de PIS e Cofins também seriam improcedentes, pois, de acordo com a regra matriz de incidência daquelas contribuições, os resultados de avaliação de investimentos pelo valor do patrimônio líquido não integram a sua base de cálculo;

h) Ainda que a distribuição de lucros de investimento avaliado pelo MEP fosse registrada como receita, haveria a aplicação da alíquota zero para o PIS e a Cofins – Natureza de Receitas Financeiras (art. 1º do Decreto nº 5.442, de 2005);

i) A multa qualificada de 150% teria caráter confiscatório e seria indevida, pois em momento algum o agente fiscal comprovou a prática de qualquer conduta dolosa pelo impugnante, sendo que a matéria controvertida teria decorrido, exclusivamente, de erro na interpretação de lei;

Em 31 de maio de 2017, a Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Florianópolis (SC) deu parcial provimento à Impugnação, para afastar a multa qualificada de 150% e excluir a tributação do PIS e da COFINS por reconhecer a natureza financeira das receitas. A decisão recebeu a seguinte ementa (fls.1051):

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2011

O Fundo de Investimento Imobiliário deverá distribuir a seus quotistas, no mínimo, 95% 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.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Ano-calendário: 2011

RECEITAS FINANCEIRAS. REGIME NÃO CUMULATIVO. ALÍQUOTA ZERO.

Considerando que os valores distribuídos por fundo de investimento imobiliário possuem natureza de receita financeira, é imperioso reconhecer que, à época dos fatos, a alíquota da Cofins incidente sobre tais valores encontrava-se reduzida a zero, por força do disposto no art. 1º do Decreto nº 5.442, de 2005. Por consequência, deve ser cancelada a respectiva exigência.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2011

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. CSLL.

Tratando-se da mesma matéria fática e não havendo questões de direito específicas a serem apreciadas, aplica-se ao lançamento decorrente a decisão proferida no lançamento principal (IRPJ).

NULIDADE. ALEGADOS VÍCIOS NO TDPF.

O Termo de Distribuição de Procedimento Fiscal - TDPF é instrumento interno da repartição fiscal com vistas ao

gerenciamento, controle e acompanhamento da ação fiscal. Seus eventuais vícios, incompatibilidades entre seu objeto e o do lançamento, ou mesmo a sua própria ausência, não maculam o procedimento de lançar, pois esse é vinculado.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2011

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA. IMPROCEDÊNCIA.

Constatado que na conduta do fiscalizado não existem as condições previstas nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 1964, incabível a duplicação do percentual da multa de que trata o inciso I do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, com a nova redação na Lei nº 11.488, de 2007.

JUROS SOBRE MULTA DE OFÍCIO. INCIDÊNCIA.

A multa de ofício integra a obrigação tributária principal e, por conseguinte, o crédito tributário, sendo legítima a incidência dos juros de mora calculados com base na taxa Selic desde o mês subsequente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao pagamento e de um por cento no mês do pagamento.

A decisão acima transcrita foi objeto de recurso de ofício relativamente aos montantes parcialmente exonerados.

Cientificado (fls. 1107) o contribuinte interpôs o Recurso Voluntário de fls. 1833/1835, no qual reiterou as alegações já suscitadas quando da Impugnação.

Em 31 de outubro de 2017 o contribuinte protocolou a petição de fls. 1833/1835 requerendo a desistência do Recurso Voluntário em virtude de sua adesão ao Programa Especial de Regularização Tributária (PERT), instituído pela Lei nº 13.496/2017 e regulamento, respectivamente, pelas Instruções Normativas RFB nºs 1711 e 1752/2017.

É o relatório

Voto

Conselheira Junia Roberta Gouveia Sampaio - Relatora

Conforme exposto no relatório a matéria em julgamento restringe-se ao recurso de ofício no qual se discute a desqualificação da multa de ofício e a exoneração dos valores lançados relativamente às contribuições ao PIS e à COFINS.

1) DA DESQUALIFICAÇÃO DO PERCENTUAL DE 150% DA MULTA DE OFÍCIO

O acórdão recorrido concluiu pela desqualificação do percentual de 150%, uma vez que não restou comprovada a fraude, conforme se verifica pelo trecho abaixo transcrito:

Pois bem, quanto ao argumento de que a multa qualificada de 150% seria indevida por ter caráter confiscatório, com ausência de razoabilidade e proporcionalidade, é de se dizer que o contribuinte não está com a razão, pois a referida multa está expressamente prevista em lei e não cabe à Administração Tributária furtar-se a aplicá-la ou negar sua vigência quando ela for devida.

Entretanto, entendo que no caso dos autos a autoridade fiscal não realizou a adequada comprovação da alegada fraude, nos termos do art. 72 da Lei nº 4.502, de 1964. Daí creio ser equivocada a sua conclusão de que teria havido conduta dolosa que justificasse a qualificação da multa de ofício ou, se existiu, não ficou adequadamente demonstrada.

Dessa forma, entendo que a qualificação da multa de ofício deve ser afastada, reduzindo-se ao patamar de 75%, porque não vejo motivação suficiente que pudesse ser enquadrada no dispositivo legal pertinente (art. 72 da Lei 4.502, de 1964).

Com efeito, o relatório fiscal concluiu que o equívoco na apuração da base de cálculo era suficiente para ensejar a qualificação da multa, conforme se verifica pelo seguinte trecho do Termo de Verificação Fiscal (fls. 46/47)

Questionado sobre os impostos e contribuições que incidem sobre os valores dos lucros do FII Property, reconhecidos contabilmente pelo contribuinte, mas que deixaram de sê-lo tão somente para determinação das bases de cálculo dos tributos, o contribuinte apresentou resposta a esta fiscalização com a seguinte premissa ou conclusão:

“Levando em consideração que a tributação dos valores se dá no momento do efetivo recebimento dos rendimentos ...”

Ora, foi o próprio contribuinte que evitou o “efetivo recebimento dos rendimentos” ao omitir-se de determinar a sua distribuição e, deliberadamente, descumprir a norma legal disposta no parágrafo único do art. 10 da Lei 8.668/93.

Tal omissão configura claramente a hipótese prevista no art. 72 da Lei 4.502/64:

Art. 72(...)

Se, para o contribuinte, apenas o “efetivo recebimento dos rendimentos” pela HSBC Serviços e Participações Ltda. causaria o fato gerador da obrigação tributária, bastaria não realizar a distribuição para evitar sua ocorrência. Todavia, omitir-se de realizar a referida distribuição configura a fraude prevista no artigo 72 da Lei 4.502/64, uma vez que a distribuição era obrigatória e sua omissão foi decidida pela própria HSBC Serviços e Participações Ltda. única quotista do Fundo

Property. Não pode o contribuinte aproveitar-se de uma situação que ele mesmo criou, em total descumprimento da lei.

Do mesmo modo que a decisão recorrida, entendo que a fraude que enseja o agravamento da multa não restou comprovada. Por mais que se reconheça a prática de planejamento fiscal não oponível ao fisco, entendo que não está configurada a fraude penal necessária a aplicação da multa agravada. Como esclarece MARCO AURÉLIO GRECO em sua obra planejamento fiscal:

Outra observação a ser feita é a de que a incidência do inciso II do artigo 44 da Lei nº 9.430/96, que leva à multa mais onerosa, supõe a ocorrência inequívoca do intuito fraudulento.

Vale dizer, não é toda e qualquer hipótese de falta de pagamento, etc. prevista no inciso I que vai levar a multa em dobro.

*Se não houve o intuito de enganar, esconder, iludir, mas se, pelo contrário, o contribuinte agiu de forma clara, deixando explícitos seus atos e negócios, de modo a permitir a ampla fiscalização pela autoridade fazendária, e se agiu na convicção e certeza de que seus atos tinham determinado perfil legalmente protegido - que levava ao enquadramento em regime ou previsão legalmente mais favorável - **não se trata de caso regulado pelo inciso II do artigo 44, mas sim de divergência de qualificação jurídica dos fatos; hipótese completamente distinta da fraude a que se refere o dispositivo.***

A multa agravada só tem cabimento se o elemento subjetivo do tipo for a fraude no sentido de enganar, esconder, iludir etc.

Hipóteses de razoável e justificável divergência de qualificação jurídica não configuram a "fraude" a que se refere o inciso II. Poderão em tese configurar fraude civil ou fraude à lei, mas esta não está alcançada pelo inciso II. (grifamos)

Na hipótese dos autos não há que se falar em qualificação da multa, uma vez que a contribuinte: a) prestou informações e forneceu documentos à fiscalização; b) todos os atos societários foram devidamente registrados e arquivados; c) não foi ocultada qualquer informação tampouco comprovada qualquer falsificação de documentos.

2) DA IMPROCEDÊNCIA DO LANÇAMENTO DE PIS E COFINS EM RELAÇÃO ÀS RECEITAS FINANCEIRAS.

O voto vencedor da decisão recorrida concluiu que o fato do Fundo de Investimento Imobiliário Property ter por objeto “a aplicação de recursos em bens imóveis de natureza comercial, industrial, residencial ou outra qualquer, ou ainda, em direitos a eles vinculados, sempre com a finalidade de promover posterior alienação, locação ou arrendamento” não descaracteriza a natureza de receita financeira, uma vez que a incidência tributária objeto do lançamento não se refere ao fundo e sim ao quotista. Nesse sentido, esclarecedora a decisão:

Conforme restou esclarecido no Relatório, a Impugnante alega: (i) que não é instituição financeira; e (ii) que os rendimentos que lhe foram distribuídos pelo Fundo de Investimento Imobiliário

Property (e que compõem a matéria tributável do lançamento) têm natureza de receita financeira, de modo que ao presente caso se aplicaria o disposto no art. 1º do Decreto nº 5.442, de 2005, vigente à época dos fatos.

De fato, observando autorização contida no § 2º do art. 27 da Lei nº 10.865, de 30 de abril de 2004, o referido Decreto reduziu a zero as alíquotas da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins incidentes sobre receitas financeiras auferidas por pessoas jurídicas submetidas ao regime da não-cumulatividade das referidas contribuições, nos seguintes termos:

Art. 1º Ficam reduzidas a zero as alíquotas da Contribuição para o PIS/PASEP e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS incidentes sobre as receitas financeiras, inclusive decorrentes de operações realizadas para fins de hedge, auferidas pelas pessoas jurídicas sujeitas ao regime de incidência não-cumulativa das referidas contribuições

Portanto, considerando que o Decreto nº 5.442, de 2005, somente foi revogado a partir de 1º de julho de 2015, pelo Decreto nº 8.426, de 2015, é forçoso concluir que à época dos fatos ora sob exame as alíquotas das contribuições incidentes sobre receitas financeiras auferidas por pessoa jurídica sujeitas ao regime da não-cumulatividade encontravam-se reduzidas a zero.

Relativamente à sujeição da Contribuinte ao regime da não-cumulatividade, não há qualquer dúvida a esse respeito, afinal, no Auto de Infração a própria Autoridade Fiscal apurou as contribuições mediante aplicação das alíquotas típicas desse regime, quais sejam, de 1,65% para a Contribuição para o PIS/Pasep e de 7,60% para a Cofins.

Por outro lado, na sessão de julgamento emergiu divergência quanto à natureza de receita financeira da matéria tributável abrangida pelo lançamento, divergência essa que motivou a elaboração do presente Voto Vencedor.

Seção IV

Outros Resultados Operacionais

Subseção I

Receitas e Despesas Financeiras Receitas

Art. 373. Os juros, o desconto, o lucro na operação de reporte e os rendimentos de aplicações financeiras de renda fixa, ganhos pelo contribuinte, serão incluídos no lucro operacional e, quando derivados de operações ou títulos com vencimento posterior ao encerramento do período de apuração, poderão ser rateados pelos períodos a que competirem

Segundo o entendimento do ilustre Relator, tendo em vista que o Fundo de Investimento Imobiliário Property tem por objeto “a

aplicação de recursos em bens imóveis de natureza comercial, industrial, residencial ou outra qualquer, ou ainda, em direitos a eles vinculados, sempre com a finalidade de promover posterior alienação, locação ou arrendamento”, os rendimentos por ele distribuídos à Impugnante não possuiriam natureza de receita financeira. Por consequência, não haveria que se cogitar a aplicação da alíquota zero pretendida pela Impugnante.

Com a devida vênia, não se pode concordar com esse entendimento, primeiramente, pelo simples fato de que o objeto da incidência tributária ora examinada não é o resultado obtido pelo Fundo. Na verdade, o que se tributa no presente caso é o rendimento auferido por quotista do Fundo. Em outras palavras, o que se encontra em discussão no presente caso é a tributação sobre o quotista do Fundo, e não sobre o Fundo em si.

Sob a ótica da Impugnante, não se pode olvidar que os valores que compõem o objeto da tributação sob exame correspondem a rendimentos produzidos por quotas de fundo de investimento e, como tal, claramente possuem natureza de receita financeira. A própria legislação de regência não deixa margem de dúvida a esse respeito, conforme se verifica nos dispositivos abaixo reproduzidos:

(...)

Conforme se depreende dos dispositivos acima reproduzidos, quotas de fundos de investimento imobiliário possuem natureza de valor mobiliário sujeito ao regime previsto na Lei n° 6.385, de 7 de dezembro de 1976. A referida Lei é justamente a que dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e que criou a Comissão de Valores Mobiliários. Dessa forma, a lei específica que instituiu no País a modalidade de fundos de investimento imobiliário tratou de aproximar seu regime legal àquele aplicável às demais espécies de fundos de investimento.

A definição de valor mobiliário não é encontrada na Lei. Em vez disso, o legislador pátrio optou por listar as espécies de valor mobiliário (Lei n° 6.385, de 1976, art. 2°). De toda sorte, na melhor doutrina, valor mobiliário é sempre definido como instrumento de captação de recursos financeiros pela entidade emitente, e alternativa de investimento para quem o subscreve. Nesse sentido é a lição de Fabio Ulhoa Coelho, em seu Curso de Direito Comercial (17ª edição, Saraiva: 2013, p. 161).

No presente caso, trata-se, portanto, de atribuir a devida importância ao fato de que estamos diante de rendimentos produzidos por quotas de um fundo de investimento. Ao contrário do que pareceu ter fundamentado o entendimento do Relator, o fato de o Fundo se concentrar no desempenho de atividades típicas do setor imobiliário não prejudica sua natureza de fundo de investimento.

Aliás, esse com certeza é o entendimento que orientou a própria Receita Federal do Brasil quando da elaboração da consolidação das normas legais relativas à incidência do Imposto de Renda sobre os rendimentos e ganhos líquidos

auféridos nos mercados financeiro e de capitais, encontrada na Instrução Normativa RFB nº 1022, de 05 de abril de 2010, vigente à época dos fatos.

Nota-se na referida IN que a disciplina relativa aos fundos de investimento imobiliário encontra-se inserta em capítulo destinado à tributação das aplicações em fundos de investimento, lado a lado com as demais espécies de fundos. Ainda que se trate de IN referente ao Imposto de Renda, o que se pretende aqui destacar é a natureza de rendimento de aplicação financeira que a própria Receita Federal do Brasil confere aos valores distribuídos pelos fundos de investimento imobiliário

(...)

Ante o exposto, considerando ser inegável a natureza de receita financeira dos valores distribuídos à Impugnante pelo Fundo de Investimento Imobiliário Property, voto no sentido de reconhecer que, à época dos fatos, as alíquotas da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins incidentes sobre tais valores encontravam-se reduzidas a zero. Por consequência, devem ser canceladas as respectivas exigências

Da mesma forma que o voto acima transcrito, entendo que não há como negar que as receitas objeto do lançamento possuem a natureza receita financeiras as quais, à época dos fatos geradores, encontravam-se com as alíquotas de PIS e COFINS reduzidas à zero.

Em face de todo exposto, nego provimento ao recurso de ofício.

(Assinado digitalmente)

Júnia Roberta Gouveia Sampaio.

Declaração de voto

Conselheira Edeli Pereira Bessa

Segundo relato do Termo de Verificação Fiscal, a atuada detém 100% das quotas do Fundo de Investimento Imobiliário Property - FII Property, possuidor de imóveis locados como agências do Banco HSBC S/A, alienados ao Fundo por HSBC Participações, HSBC Financial Capitalização e HSBC Seguros Brasil S/A pelo valor total de R\$

230.066.188,20, e pagos a estas companhias de 2002 a 2011, em parcelas anuais de R\$ 23.066.188,20, equivalentes ao aluguel estabelecido para os imóveis.

Em 2011, o FII Property *apurou resultados econômico financeiros de: i) R\$ 71.461.000,00, apurados pelo Regime de Competência; ii) R\$ 71.014.791,02, apurados pelo Regime de Caixa*, provenientes de *alugueis e ganhos na alienação de imóveis*. Invocando o disposto no art. 10, parágrafo único da Lei nº 8.668/93, com a redação dada pela Lei nº 9.779/99, a autoridade fiscal afirmou a obrigatoriedade do fundo *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*, evidenciando a partir daí a consequente *disponibilidade econômica ou jurídica dos rendimentos (lucros) por seus beneficiários (cotistas dos Fundos)*, e ressaltando que a estruturação das operações de modo a se utilizar os alugueis para pagamento das aquisições não modificaria a forma de apuração de seus resultados contábeis.

Discorrendo sobre a *apuração dos resultados econômico-financeiros das operações realizadas pelo Fundo de Investimento Imobiliário e a “metodologia” de apuração criada e utilizada pelo FII Property*, a autoridade lançadora destacou que os FII não possuem personalidade jurídica e representam a comunhão de recursos de seus sócios-quotistas para desenvolvimento de empreendimentos imobiliários com o objetivo de lucros (formados a partir de rendimentos auferidos, como por exemplo, com alugueis dos imóveis adquiridos) os quais devem ser distribuídos aos quotistas. Observou que *as cotas de fundos de imobiliários qualificam-se como instrumentos financeiros patrimoniais* e não se equiparam a participações em companhias empresariais.

Abordando a *tributação sobre os acréscimos patrimoniais por aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica de rendas ou proventos atribuíveis aos resultados obtidos pelo FII Property*, o fiscal autuante destacou que a Lei nº 9.779/99 alterou o regramento para *evitar a postergação do pagamento do imposto sobre os ganhos e rendimentos auferidos pelos referidos fundos, tendo em vista a previsão de distribuição de lucros*, de modo que o fato gerador dos tributos incidentes sobre os lucros dos Fundos deixa de ser a distribuição e passa a ser *a renda e o acréscimo patrimonial de seus beneficiários, configurado pela disponibilidade econômica e jurídica dos respectivos recursos financeiros*.

Asseverando que os resultados econômico-financeiros dos fundos, assim como de outras companhias, passam pelas fases de apuração, destinação e pagamento, a autoridade lançadora registra que os resultados dos fundos são apurados contabilmente por regime de caixa e pelo regime de competência, observando que não há questionamentos quanto a tais apurações, seguindo-se a destinação a reservas e, no mínimo de 95% dos lucros auferidos segundo o regime de caixa, aos sócios quotistas, com o consequente registro do passivo correspondente a cada período semestral. Anota, ainda, que *a designação dos lucros não obriga, não necessariamente, o seu pagamento, uma vez que seus beneficiários podem determinar outras alocações dos valores*, e que o não recebimento dos lucros não desobriga o reconhecimento jurídico dos lucros pelos quotistas. Acrescenta que a administradora do FII Property registrou passivo correspondente em outro fundo mesmo na hipótese de os quotistas deliberarem o reinvestimento dos lucros, e aponta que o FII Property registrou os resultados em Reserva de Lucros Acumulados, sem distribuí-los, muito embora a contribuinte tenha reconhecido *contabilmente os lucros advindos dos resultados do FII Property em suas receitas operacionais* em 2011, no valor de R\$ 71.141.842,64 (divididos em R\$ 35.423.858,66 no 1º semestre e R\$ 35.717.983,98 no segundo semestre).

A autoridade fiscal questionou o sujeito passivo acerca do não reconhecimento dos lucros do FII Property na determinação das bases de cálculo dos tributos e,

frente à resposta de que *a tributação dos valores se dá no momento do efetivo recebimento dos rendimentos*, observou que este recebimento foi evitado pelo próprio contribuinte *ao omitir-se de determinar a sua distribuição e, deliberadamente, descumprir a norma legal antes citada*, o que configuraria a fraude prevista no art. 72 da Lei nº 4.502/64, *uma vez que a distribuição era obrigatória e sua omissão foi decidida pela própria HSBC Serviços e Participações Ltda, única quotista do Fundo*. Em seu entendimento, *não pode o contribuinte aproveitar-se de uma situação que ele mesmo criou, em total descumprimento da lei*, até porque ele sequer usou da possibilidade de deliberar o não recebimento dos rendimentos.

Para determinar a base tributável, o fiscal autuante observou que os acréscimos patrimoniais do Fundo foram reconhecidos pela contribuinte segundo o regime de competência *por método contábil de equiparação patrimonial*, e afirmando a necessária apuração dos resultados do Fundo por regime de caixa, recompôs o resultado originalmente apurado de R\$ 71.460.913,47, no qual *corretamente não foram apropriadas quaisquer despesas relativas aos pagamentos por aquisições de imóveis*, e assim não se sujeitariam a ajustes para apuração do lucro segundo regime de caixa. Manifestou sua discordância em relação a planilha apresentada pelo sujeito passivo com apuração segundo o regime de caixa, mas que considerava dedução por "investimento" no montante de R\$ 44.275.261,44, dado que *a incidência de tributos ocorre sobre os resultados econômicos das operações realizadas pelas entidades e não sobre os seus saldos de caixa*, sendo que *nem todo evento econômico que cause ou possa causar movimentação no caixa da entidade é classificável como receita ou despesa*. Acrescentou que a utilização dos aluguéis recebidos para pagamento por aquisições de imóveis evidencia a *disponibilidade econômica que a quotista tinha sobre os referidos valores* e estendeu-se justificando a classificação dos pagamentos por aquisição de imóveis como ativo, mesmo no regime de caixa, concluindo que argumento em favor do registro como despesa, *por sua simplicidade, não pode ser considerado como erro contábil, mas como artifício malicioso utilizado com o propósito de apresentar resultados econômico-contábeis inferiores aos reais, deixar de distribuir os verdadeiros lucros auferidos nas atividades empresariais e, conseqüentemente, não pagar os tributos devidos*.

Asseverou que a contribuinte determinou *a base de cálculo para distribuição de seus resultados, por critérios próprios, alheios à ciência contábil*, e destacou que os aluguéis corresponderam a despesas redutoras da base de cálculo do locatário, sem a correspondente tributação pela autuada, locadora. Na sequência, ajustou o resultado apurado com o acréscimo de receitas efetivamente recebidas superiores às contabilizadas e com a exclusão de variações monetárias e depreciações que não representariam saídas de caixa, aferindo 95% do lucro apurado em R\$ 67.464.051,47 (R\$ 62.077.699,47 correspondente ao 1º semestre e R\$ 5.386.352,00 ao 2º semestre).

No mais, o fiscal autuante reafirmou a disponibilidade econômica e jurídica sobre, no mínimo, 95% dos lucros do Fundo e o reconhecimento dos resultados do Fundo pelo sujeito passivo segundo o procedimento de equiparação patrimonial, e, embora afirmando não lhe caber discutir o método contábil adotado pelo sujeito passivo, observou que os FII não podem ser considerados sociedades coligadas ou controladas, sendo-lhe inaplicável do Método da Equivalência Patrimonial e suas conseqüências tributárias, inclusive no que se refere à isenção sobre lucros e dividendos recebidos, prevista apenas quando sujeitos à tributação nas firmas ou sociedades que os distribuíram, na forma dos arts. 379 e 383 do RIR/99. Ao final, classificou os *lucros correspondentes aos resultados apurados pelos Fundos de Investimento Imobiliário* como "Receitas de Lucros".

Para determinar o valor tributável pelo IRPJ e CSLL, a autoridade fiscal observou a tributação das parcelas de R\$ 13.604.057,96 em 2011 e de R\$ 7.835.494,66 em 2012. Quanto à Contribuição ao PIS e a COFINS, a autoridade fiscal manifestou-se contrariamente à exclusão prevista no art. 1º, §3º, inciso V, letra "b" da Lei nº 10.833/2003, dado que não se trata de resultado por investimento em sociedade e, invocando o art. 195 da Constituição Federal, afirmou a incidência das contribuições sobre *rendimento de alugueis recebidos*, aos quais não foi conferida imunidade tributária, até porque a isenção aos FII *transfere aos sócios cotistas o dever pelo pagamento dos tributos que incidem sobre os resultados das atividades econômicas realizadas*.

A autoridade fiscal finalizou reportando-se às demonstrações financeiras da autuada e do FII Property para destacar a redução de seus fluxos de caixa *pelos pagamentos das obrigações por aquisições de imóveis, como forma a determinar a base de cálculo dos lucros que deveriam ser distribuídos e a eterna postergação dos tributos proporcionada pela não distribuição dos reais resultados das atividades econômicas realizadas pelo Fundo de Investimento Imobiliário Property, que ao final de 2011 apresentava, em seu Patrimônio Líquido, lucros acumulados de mais de 150 milhões de reais*. Concluiu que:

*A ordem de reinvestimento dos valores dos lucros apurados pelo Fundo Property reflete de forma inequívoca o reconhecimento pelo seu sócio-quotista do direito de propriedade que têm sobre os referidos valores (disponibilidade econômica e/ou jurídica), exteriorizada, pelo contribuinte fiscalizado, pelo registro contábil das correspondentes receitas. Assim, não seria é lícito argumentar pelo não reconhecimento de receitas que não tenham sido **efetivamente** recebidas, sob assunção do descumprimento voluntário da norma legal que determina distribuição dos lucros pelos Fundos de Investimento Imobiliário. (destaque do original).*

A Turma Julgadora de 1ª instância afastou a qualificação da penalidade por unanimidade e, por maioria, as exigências de Contribuição ao PIS e da COFINS, sob o entendimento de que se tratariam de receitas financeiras sujeitas a alíquota zero no período auutado. A contribuinte interpôs recurso voluntário, mas em 31/10/2017 manifestou desistência por adesão ao PERT e requereu *o regular processamento e julgamento do Recurso de Ofício, quanto ao PIS, à COFINS e à qualificação de multa de ofício incidente sobre a totalidade do crédito tributário, inclusive os débitos de IRPJ e CSLL* (fls. 1830/1835). Os autos retornaram à origem para análise e processamento da petição de desistência (fl. 1988) e, promovida a transferência dos débitos correspondentes (fls. 2231/2238), os autos retornaram para julgamento do recurso de ofício.

Considerando os termos da acusação fiscal, a decisão sob reexame não merece reparos.

No que se refere à qualificação da penalidade, o fato de a contribuinte ter reconhecido contabilmente os resultados do Fundo de Investimento Imobiliário por equivalência patrimonial, indicativo de erro na interpretação da natureza jurídica dos rendimentos auferidos, assim como o fato de a contribuinte ter submetido à tributação, em momentos distintos daqueles imputados pelo fiscal autuante, ao menos parte dos resultados apurados, além da extensa abordagem acusatória para justificar os critérios adotados para apuração dos resultados segundo o regime de caixa, minorando as ponderações da autoridade lançadora no sentido de que seria inadmissível a existência de erro contábil, são evidências que

operam contra a deliberada omissão e a prática de artifício malicioso para reduzir a tributação, afirmadas como justificativa para aplicação da multa de ofício no percentual de 150%.

Considerando que se reputa, aqui, irrelevantes para definição acerca da qualificação da penalidade a prestação de informações durante o procedimento fiscal e o registro de atos societários, assim como não se limita a existência de fraude à falsificação de documentos, o presente voto é no sentido de acompanhar a Conselheira Relatora pelas conclusões na negativa de provimento ao recurso de ofício neste ponto.

E, quanto à incidência da Contribuição ao PIS e da COFINS, observa-se que a acusação fiscal não desconstitui o Fundo de Investimento Imobiliário, assim como nota-se que o fiscal autuante, embora tendo evidente alcance das repercussões tributárias das operações societárias realizadas pelo grupo societário, correlaciona os alugueis recebidos pelo Fundo aos pagamentos dos imóveis adquiridos apenas para firmar a indedutibilidade destes pagamentos como despesas, e afastar qualquer justificativa acerca da inexistência de resultados apurados segundo o regime de caixa, inclusive finalizando o Termo com destaque à redução dos fluxos de caixa do Fundo de Investimento para reforçar os argumentos contra a redução dos resultados segundo o regime de caixa. Mais à frente, a autoridade lançadora menciona, incidentalmente, que a contribuinte adotou *critérios próprios* para determinar os valores tributáveis, apesar de os alugueis terem reduzido a base de cálculo do locatário, sem mencionar a vantagem tributária decorrente da alíquota zero atribuída às receitas financeiras para fins de determinação da Contribuição ao PIS e da COFINS, diversamente do que ocorreria se a contribuinte não tivesse se convertida em única quotista do Fundo de Investimento e se mantivesse proprietária dos imóveis e auferisse receitas de alugueis.

Para além disso, em quase toda a acusação fiscal, a autoridade lançadora se reporta aos valores tributados como lucros ou resultados do Fundo de Investimento, atribuídos como lucros aos quotistas, empenhando-se em afastar a sua qualificação como resultado de equivalência patrimonial ou distribuição de lucros na forma dos arts. 379 e 383 do RIR/99. Ao finalizar a abordagem acerca do IRPJ e da CSLL afirma a incidência sobre "Receitas de Lucros" e, somente ao se reportar à incidência da Contribuição ao PIS e da COFINS menciona a tributação de *rendimento de alugueis recebidos* e defende genericamente a transposição para a cotista dos tributos beneficiados com a isenção em face do Fundo de Investimento. De outro lado, para afastar qualquer caracterização do Fundo de Investimento Imobiliário como participação societária motivadora do reconhecimento de resultados por equivalência patrimonial, o próprio fiscal autuante afirma que suas cotas *qualificam-se como instrumentos financeiros patrimoniais*.

Inexiste, assim, no Termo de Verificação Fiscal, qualquer imputação que permita afastar a classificação das quotas do Fundo de Investimento Imobiliário como valores mobiliários e, por consequência, a natureza financeira dos resultados por meio deles auferidos, como bem exposto no voto vencedor da decisão sob reexame.

Assim, também neste ponto acompanha-se a Conselheira Relatora pelas conclusões, para negar provimento ao recurso de ofício porque a acusação fiscal não veiculou argumentos suficientes para afastar a natureza de receita financeira atribuída ao rendimentos auferidos pelo quotista de Fundo de Investimento Imobiliário.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Edeli Pereira Bessa - Conselheira.