



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



PROCESSO	16561.720032/2021-42
ACÓRDÃO	1101-001.485 – 1ª SEÇÃO/1ª CÂMARA/1ª TURMA ORDINÁRIA
SESSÃO DE	11 de dezembro de 2024
RECURSO	VOLUNTÁRIO
RECORRENTE	FUNDO DE INVESTIMENTO IMOBILIARIO FL 3.500 I - FII
INTERESSADO	FAZENDA NACIONAL

Assunto: Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL

Ano-calendário: 2017, 2018

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

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

Quanto à participação indireta, a norma a ser extraída do art. 2º da Lei nº 9.779/1999, trata separadamente do sócio e da pessoa ligada. A pessoa ligada é utilizada para verificar a posição de cotista relevante. Assim, se o construtor, incorporador ou sócio possui, isoladamente ou em conjunto com pessoa ligada, mais de vinte e cinco por cento das quotas do FII 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 está em consonância com o utilizado pela Receita Federal na Solução de Consulta Cosit nº 182, de 2019, no sentido de que sócio é aquele que contribui para a formação do capital social com bens ou serviços, fazendo jus a parte do resultado da sociedade.

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

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos ACORDAM os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em afastar as preliminares e, no mérito, em dar provimento ao recurso voluntário, nos termos do voto do Relator, para cancelar o auto de infração sob o fundamento de que o art. 2º da Lei nº 9.779/1999 não contempla a participação indireta para fins de equiparação do FII à pessoa jurídica, exceto nos casos de dolo, fraude ou simulação.

assinado digitalmente

Conselheiro **Edmilson Borges Gomes** – Relator

assinado digitalmente

Conselheiro **Efigênio de Freitas Júnior** – Presidente

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

RELATÓRIO

1. Trata-se de auto de infração para cobrança de Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), referente aos anos-calendário 2017 e 2018, no montante total de R\$ 18.832.259,20 incluídos principal, juros de mora e multa de ofício de 75%.
2. Houve imputação de responsabilidade solidária contra PLANNER CORRETORA DE VALORES S/A, CNPJ nº 00.806.535/0001-54 e BROOKFIELD BRASIL LTDA, CNPJ nº 34.268.326/0001-16.
3. As infrações apuradas – falta de apuração e recolhimento de IRPJ – 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).

4. O lançamento resultou de procedimento de verificação do cumprimento das obrigações tributárias da interessada, em que foram apuradas as seguintes infrações, relatadas no Relatório Fiscal de fls. 583/591:

Resultados Escriturados e não Declarados: nos períodos de 03/2017, 06/2017, 09/2017, 12/2017, 03/2018, 06/2018, 09/2018 e 12/2018. Enquadramento legal no art. 3º da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995; art. 2º da Lei nº 9.779, de 19 de janeiro de 1999; arts. 247, 249 inciso II e 841 do RIR/1999; arts. 258, 260, inciso II e 902 do RIR/18. Multa de 75%.

5. O contribuinte teve ciência dos lançamentos em 07/07/2021, conforme AR de e-fl. 608. A empresa Planner Corretora de Valores S/A teve ciência em 08/07/2021, conforme termo de e-fl. 605. A empresa Brookfield Brasil Ltda teve ciência em 08/07/2021, conforme termo de e-fl. 604.

6. Segundo o dispositivo legal (art. 2º da Lei nº 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.

Início do procedimento fiscal

7. Em 15/01/2021 foi emitido o TDPF-F nº 08.1.69.00-2021-0003-0, junto ao Fundo de Investimento Imobiliário FL 3.500 I. Já no âmbito dessa fiscalização, foi lavrado o Termo de Informação e Intimação Fiscal, do qual o contribuinte tomou ciência por via postal em 03/02/21.

8. Através desse termo, tomou ciência de todos os documentos enviados e recebidos junto à Planner, sendo intimado a apresentar eventual manifestação com relação a eles. Relato da autoridade fiscal autuante:

A intimação foi tempestivamente atendida. Na resposta, o contribuinte alega que: "O Fiscalizado informa que verificou os documentos descritos no item 3 do TIIF acostados a este procedimento fiscal e não localizou nenhuma incorreção nos documentos e informações anteriormente apresentados pela Planner Corretora de Valores S/A ("Planner"), antiga administradora do Fundo. Por oportuno, o Fiscalizado reitera que, conforme apontado na Resposta ao Termo de Intimação Fiscal nº 2020/03, não identificou qualquer elemento ou constatação que justifique a sua sujeição ao disposto no artigo 2º da Lei 9.779/99, na medida em que não investiu recursos em empreendimentos imobiliários que tenha como incorporador, construtor ou sócio, quaisquer de seus quotistas, isoladamente ou em conjunto com pessoa a ele ligada....".

Não é essa, contudo, a visão desta Fiscalização, como passa a ser descrito abaixo. As irregularidades levantadas por essa visão da Fiscalização ensejaram a lavratura dos respectivos autos de infração, dos quais o presente Termo de Verificação Fiscal é parte integrante. Os documentos relativos aos presentes lançamentos

estão nos processos eletrônicos em epígrafe, sendo que as informações relativas aos Fundos de Investimento Imobiliário Exclusivo Infra Patrimonial II e Infra Real Estate foram suprimidas para que o sigilo fiscal relativo a eles fique preservado.

Fatos apurados pela fiscalização

9. De acordo com as alegações contidas no Termo de Verificação Fiscal – TVF (e-fls. 583/591), que acompanhou o aludido auto de infração, foram apuradas, em síntese:

- a) O Fundo de Investimento Imobiliário FL 3.500 I - FII ("FII FL 3.500 I") teria incorrido na infração descrita no artigo 2º da Lei nº 9.779/99, que trata da regra excepcional de equiparação dos fundos de investimento imobiliário ("FII") a pessoas jurídicas, para fins de tributação dos ganhos/rendimentos.
- b) Isso porque, em 14/08/2014, a Brookfield Property Group Brasil S/A ("Brookfield Property") celebrou contrato particular de compra e venda com a TS-4 FLT Desenvolvimento Imobiliário Ltda ("TS-4") referente ao imóvel localizado na Avenida Brigadeiro Faria Lima, 3.500, São Paulo/SP, o qual, segundo se infere do próprio TVF, estava locado ao Itaú/Unibanco.
- c) Referido contrato possuía cláusula de pessoa a declarar, na forma do artigo 467 do Código Civil, de modo que, posteriormente, em 08/09/2014, a Brookfield Property indicou o FII FL 3.500 I como adquirente do bem, ocasião em que o fundo assumiu os consequentes direitos e obrigações relativos à promessa de aquisição do ativo, em face da TS-4.
- d) Assim, teria a Brookfield Property, ao indicar o FII FL 3.500 para ser o adquirente do imóvel, incorrido em concorrência predatória, já que a controladora final do Grupo Brookfield - Brookfield Asset Management Inc. ("Brookfield Asset") - é, também, detentora, aproximadamente, de 50% do capital do cotista exclusivo do FII e teria utilizado o fundo apenas para concorrer de forma mais favorável com outras empresas que exploram a atividade imobiliária.
- e) Assim, o "Grupo Brookfield", seria o real proprietário do imóvel locado ao Grupo Itaú/Unibanco.
- f) Intimado, em 07/05/2020, através do Termo de Intimação Fiscal nº 2020/003, a informar quais seriam os valores devidos a título de IRPJ, CSLL, PIS e COFINS entre os meses de janeiro/2017 a janeiro/2019 sendo tributado como pessoa jurídica, Planner respondeu, em 16/06/20, que: "...a Fiscalizada não logrou êxito em localizar qualquer elemento ou constatação que justifique a sujeição do Fundo ao disposto no artigo 2º da Lei 9.779/99, na medida em que o Fundo não investiu recursos em empreendimento imobiliário que tenha como incorporador, construtor ou sócio, quaisquer de seus quotistas, isoladamente ou em conjunto com pessoa a ele ligada ...Por fim, considerando que o Fundo, por ser um ente sem personalidade jurídica, não está sujeito às regras de tributação das pessoas jurídicas e, portanto, ao IRPJ, CSLL, PIS e COFINS, a Fiscalizada não possui demonstrativos da base de cálculo desses tributos...". Em atendimento ao Termo de Informação e Intimação Fiscal de 26/02/2021, o Fundo de Investimento

Imobiliário FL 3.500 I reiterou que "...Por fim, considerando-se que o Fundo, por ser um ente sem personalidade jurídica, não está sujeito às regras de tributação das pessoas jurídicas e, portanto, ao IRPJ, CSLL, PIS e COFINS, o Administrador informa que não possui demonstrativos de base de cálculo desses tributos."

g) Nesse contexto, os valores devidos de IRPJ, CSLL, PIS e Cofins pelo Fundo de Investimento Imobiliário FL 3.500 I entre jan/2017 e jan/2019 tiveram que ser levantados pela Fiscalização com base nos informes mensais e trimestrais apresentados pelo próprio fundo, estando discriminados nas tabelas abaixo. Com relação ao IRPJ e CSLL, os informes trimestrais do 3º e 4º trim. de 2018 do FII trazem os resultados contábeis e financeiros de forma discriminada. Para estes, foram utilizados os valores contábeis que incluem, por exemplo, um significativo ajuste ao valor justo das propriedades para investimento no 3º trimestre. Os informes relativos aos outros trimestres não trazem valores contábeis e financeiros de forma discriminada, sendo utilizado, então, o resultado financeiro líquido do trimestre.

Trimestre	Resultado líquido acum. no trimestre	IRPJ	Adicional IRPJ	CSLL
01/2017	16.497.897,86	2.474.684,67	1.643.789,78	1.484.810,80
02/2017	10.342.376,65	1.551.356,49	1.028.237,66	930.813,89
03/2017	10.996.859,69	1.649.528,95	1.093.685,96	989.717,37
04/2017	11.887.046,42	1.783.056,96	1.182.704,64	1.069.834,17
01/2018	9.966.188,04	1.494.928,20	990.618,80	896.956,92
02/2018	9.972.213,61	1.495.832,04	991.221,36	897.499,22
03/2018	26.951.926,41	4.042.788,96	2.689.192,64	2.425.673,37
04/2018	13.168.707,66	1.975.306,14	1.310.870,76	1.185.183,68

h) Com relação ao PIS e COFINS, utilizamos como base de cálculo exclusivamente os valores descritos na linha de Contas a Receber por Aluguéis nos informes mensais. Assim, não foram computadas quaisquer outras eventuais receitas nos valores devidos. Também não foram considerados créditos relativos a custos, conforme disposto em acórdão DRJ/SPO nº 24.413, de 25/02/2010, cuja ementa é:

"Inexistindo informações adequadas, por recusa do contribuinte em fornecê-las, para eventual aplicação do regime cumulativo, ou para dedução de créditos relativos a custos no regime não-cumulativo, deve ser aplicado o regime prevalente de tributação normal das pessoas jurídicas que, tratando-se de Fundo Imobiliário, é o não-cumulativo, no caso, sem dedução de créditos de custos".

Mês	Contas e Receber por Aluguéis	PIS (1,65%)	COFINS (7,6%)
jan/17	5.759.258,94	95.027,77	437.703,68
fev/17	5.759.258,94	95.027,77	437.703,68
mar/17	5.759.258,94	95.027,77	437.703,68
abr/17	5.759.258,94	95.027,77	437.703,68
mai/17	5.759.258,94	95.027,77	437.703,68
jun/17	5.759.258,94	95.027,77	437.703,68
jul/17	5.759.258,94	95.027,77	437.703,68
ago/17	5.759.258,94	95.027,77	437.703,68
set/17	5.759.258,94	95.027,77	437.703,68
out/17	5.759.258,94	95.027,77	437.703,68
nov/17	5.759.258,94	95.027,77	437.703,68
dez/17	5.759.258,94	95.027,77	437.703,68
jan/18	5.759.258,94	95.027,77	437.703,68
fev/18	5.759.258,94	95.027,77	437.703,68
mar/18	5.759.258,94	95.027,77	437.703,68
abr/18	5.759.258,94	95.027,77	437.703,68
mai/18	5.759.258,94	95.027,77	437.703,68
jun/18	5.759.258,94	95.027,77	437.703,68
jul/18	5.759.258,94	95.027,77	437.703,68
ago/18	5.759.258,94	95.027,77	437.703,68
set/18	5.759.258,94	95.027,77	437.703,68
out/18	5.900.259,33	97.354,28	448.419,71
nov/18	5.759.258,94	95.027,77	437.703,68
dez/18	6.193.327,00	102.189,90	470.692,85
jan/19	6.193.327,00	102.189,90	470.692,85

i) De acordo com as considerações anteriores e conforme planilhas acima, ficam sujeitos a lançamento um total de R\$27.397.804,01 relativos ao IRPJ; R\$ 9.880.489,42 à CSLL; R\$ 2.392.705,02 ao PIS e R\$ 11.019.286,37, à COFINS. A esses, são acrescidos os valores de multa e juros de mora, conforme descrito nos respectivos autos de infração.

DA RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA

O artigo 124 do CTN (Lei 5.172, de 25/10/1966) dispõe que:

"Art. 124. São solidariamente obrigadas:

1- as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal; 11 — as pessoas expressamente designadas por lei." O artigo 4º da Lei 9.779/99, por sua vez, explicita que: "Ressalvada a responsabilidade da fonte pagadora pela retenção do imposto sobre os rendimentos de que trata o art. 16 da Lei nº 8.668, de 1993, com a redação dada por esta Lei, fica a instituição administradora do fundo de investimento imobiliário responsável pelo cumprimento das demais obrigações tributárias, inclusive acessórias, do fundo."

Nesse contexto, a Administradora do fundo no período considerado (Planner Corretora de Valores S/A), é responsável solidária conforme disposto no artigo 4º da Lei 9.779/99 e inciso II do artigo 124 da Lei 5.172/66.

Brookfield Brasil Ltda. (CNPJ: 34.268.326/0001-16), por sua vez, na qualidade de sucessora por incorporação de Brookfield Property Group Brazil S/A (CNPJ: 18.771.525/0001-96), que foi a adquirente do imóvel situado à Av. Faria Lima, 3.500, é responsável solidária por força do disposto no inciso I do artigo 124 da Lei 5.172/66, já que possui interesse e vínculo direto com as operações e com o contribuinte, conforme descrito nos itens anteriores deste Termo de Verificação Fiscal. Tal vínculo fica caracterizado desde o momento da compra do imóvel em agosto/2014 (quando Brookfield adquiriu o imóvel de TS-4 FLT Desenvolvimento Imobiliário Ltda. e transferiu os direitos e obrigações do imóvel para o fundo) e perdura por todo o período em análise.

10. Em 05/08/2021 o contribuinte apresentou a impugnação de e-fls. 618/677, que se resume a seguir:

Nulidade do Auto de Infração - Erros de Bases de Cálculo de IRPJ e CSLL - Iliquidez e Incerteza do Lançamento Tributários.

a) Há, ainda, uma série de equívocos fiscais na apuração dos tributos ora lançados, especificamente quanto às bases de cálculo do IRPJ e da CSLL, os quais tornam o lançamento ilíquido e incerto e, certamente, levam à nulidade dos autos de infração.

Isso porque, apesar de entender que o FII FL 3.500 I deveria equiparar-se às pessoas jurídicas para fins de tributação, e, deste modo, submetê-lo à tributação do IRPJ/CSLL pela regra geral, lucro real trimestral, a Autoridade Fiscal: considera,

como base de cálculo dos tributos, para os 4 trimestres de 2017 e para o 1º e 2º trimestres de 2018, os resultados financeiros líquidos, e, para o 3º e o 4º trimestres de 2018, os resultados contábeis, todos extraídos dos Informes Trimestrais do FII FL 3.500 I; e, ainda, desconsidera os ajustes que deveriam ser realizados ao lucro contábil (que já não foi a grandeza eleita pela Autoridade Fiscal) para que se chegasse ao lucro real dos trimestres, notadamente as exclusões e deduções relativas (a) aos ganhos decorrentes da avaliação a valor justo ("AVJ") do ativo ainda não realizados; e (b) ao PIS e à COFINS lançados de ofício, objeto dos processos administrativos nº 16561.720023/2021-51 e nº 16561.720031/2021-06.

Da necessidade de exclusão, da base de cálculo dos tributos, dos valores relativos aos ajustes de AVJ ainda não realizados e do PIS/COFINS lançados de ofício pela Fiscalização.

b) Em resumo, como visto até então, a Autoridade Fiscal elegeu duas grandezas distintas (uma para determinados períodos, outra para outros) como base de cálculo do IRPJ e da CSLL; ora se utiliza do "resultado financeiro" do trimestre, já contestado acima, ora se utiliza do "resultado contábil", lucro líquido do período - o que ocasiona a inafastável nulidade dos autos de infração, por evidente iliquidez e incerteza quanto ao crédito tributário supostamente devido.

Não obstante, caso a Autoridade Fiscal tivesse elegido, para os 1º, 2º, 3º e 4º trimestres de 2017 e para os 1º e o 2º trimestres de 2018, o lucro líquido relativo ao trimestre respectivo, esta deveria considerar os ajustes previstos na legislação fiscal, as adições/exclusões para fins de apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL.

Ocorre que, para os dois últimos trimestres de 2018, a Fiscalização considera, de fato, o lucro líquido dos períodos como "ponto de partida"; contudo, não faz os ajustes necessários para se chegar ao lucro real/base de cálculo da CSLL, notadamente (i) a exclusão dos valores correspondentes aos ganhos de AVJ não realizados e (ii) os montantes lançados, de ofício, a título de PIS/COFINS. (...)

MÉRITO. Síntese dos Fatos - Histórico da Aquisição do Imóvel pelo FII

c) Conforme se pode inferir do TVF que pretendeu embasar o auto de infração, a Fiscalização enquadrando o FII FL 3.500 I na hipótese prevista no artigo 2º da Lei nº 9.779/99, equiparando-o à pessoa jurídica para fins de tributação dos ganhos/rendimentos, por entender que a utilização do fundo teria resultado em uma suposta concorrência predatória no setor imobiliário.

Ocorre que, o FII FL 3.500 I adquiriu o imóvel pronto e acabado da TS-4/Tishman Speyer, sendo que sua cotista exclusiva, FL LLC, controlada pela Brookfield Asset, não tinha qualquer relação prévia com o imóvel, não tendo atuado como incorporadora ou construtora do ativo, de modo que jamais poderia haver uma ""concorrência predatória no setor imobiliário.

Ressalte-se que a Autoridade Fiscal não tece argumentos ou faz qualquer esforço lógico para enquadrar a situação dos autos à disposição legal, isso é, não chegou a comprovar ou demonstrar que o FII FL 3.500 I teria aplicado recursos em empreendimento imobiliário cujo incorporador/construtor/sócio possuía mais de 25% de suas cotas.

Do Regime de Tributação dos Fundos de Investimento Imobiliário

d) Os fundos de investimento imobiliário, regulados pela Lei nº 8.668/93, serão constituídos sob a forma de um condomínio fechado, sem personalidade jurídica, e os recursos captados por meio do Sistema de Distribuição de Valores Mobiliários serão destinados, exclusivamente, a empreendimentos imobiliários .

Em regra, os FII não estão sujeitos à tributação aplicável às pessoas jurídicas, nos termos do artigo 16 da Lei nº 8.668/93 , já mencionado no tópico preliminar desta defesa. Os rendimentos/ganhos auferidos pelo fundo, deste modo, sofrem a incidência do IRRF somente quando da sua distribuição aos respectivos cotistas , de acordo com o artigo 17 do mesmo diploma legal , à alíquota de 20%.

O artigo 16-A da Lei nº 8.668/93 preceitua que os rendimentos/ganhos auferidos pelo fundo em aplicações financeiras, de renda fixa ou variável, também serão alcançados pelo IRRF. Não obstante, o § 2º, do artigo 16-A, estabelece que esse IRRF poderá ser compensado com o IRRF incidente sobre os rendimentos/ganhos de capital na distribuição de rendimentos aos cotistas do fundo, proporcionalmente à participação de cada um.

Por fim, de acordo com o artigo 18 da Lei nº 8.668/93 , o ganho de capital/rendimentos auferidos pelo cotista na alienação ou no resgate das cotas do fundo também estão sujeitos ao IRRF à alíquota de 20%, sendo que os valores retidos, tanto com base no artigo 17, quanto artigo 18, serão considerados (i) antecipação do tributo se o beneficiário for pessoa jurídica tributada com base no lucro real, presumido ou arbitrado ou (ii) definitivo, nos demais casos pessoas físicas e investidores não residentes).

(...)

e) Da Regra de Equiparação dos Fundos de Investimento Imobiliário a Pessoas Jurídicas: Artigo 2º da Lei nº 9.779/99.

Nos termos do disposto até então, tem-se que, como regra, os rendimentos/ganhos auferidos pelos FII não são tributados tal qual os rendimentos/ganhos auferidos por uma pessoa jurídica. No entanto, o legislador estabeleceu que, em determinadas situações, essa regra geral deve ser afastada e o fundo equiparado a uma pessoa jurídica comum para fins de tributação.

Essa situação se dá quando preenchidos os requisitos elencados no artigo 2º da Lei nº 9.779/99 (trazido pela Autoridade Fiscal no TVF, ainda que sem adequada elaboração quanto à sua aplicação), o que se convencionou chamar de "Regra de Equiparação". Confira-se:

Assim, a norma em questão estabelece que a Regra de Equiparação é deflagrada quando o cotista do FII detenha, isoladamente ou em conjunto com pessoa a ele ligada, 25% ou mais das cotas do fundo ("1º Requisito") e seja também, simultaneamente, incorporador, construtor ou sócio do empreendimento imobiliário em que o FII aplique seus recursos ("2º Requisito").

A Regra de Equiparação pressupõe, portanto, que o cotista do FII esteja enquadrado cumulativa e concomitantemente nessas duas qualificações distintas, quais sejam, quantitativa (25% ou mais das cotas, de forma isolada ou em conjunto com pessoa ligada) e qualitativa (figurar como incorporador, construtor ou sócio do empreendimento imobiliário pertencente ao FII).

(...)

f) Da Impossibilidade de Exigência de IRPJ, CSLL, PIS e COFINS do FII FL 3.500 I - Inaplicabilidade da Regra de Equiparação - Análise do Caso Concreto

De acordo com o exposto no TVF, como já mencionado, a Autoridade Fiscal entendeu que o FII deveria se equiparar à pessoa jurídica para fins de recolhimento de IRPJ, CSLL, PIS e COFINS na medida em que, em última análise, o efetivo sócio/proprietário do Condomínio Faria Lima 3.500 seria o "Grupo Brookfield" (Brookfield Asset), que deteria o controle da única cotista do FII FL 3.500 I (FL LLC), nos seguintes termos:

Assim, argumenta que em razão da Brookfield Asset, controladora final do Grupo Brookfield, deter aproximadamente 50% de participação no capital social da única cotista do FII, a FL LLC, a Autoridade Fiscal parece ter buscado construir um raciocínio no sentido de que o FII FL 3.500 I aplicaria recursos no empreendimento imobiliário do qual a Brookfield Asset seria sócia.

(...)

g) Ad Argumentandum: Impossibilidade de exigência da multa em caso de dúvida.

De forma subsidiária, caso se decida pela manutenção das exigências fiscais em julgamento no qual não seja alcançada a unanimidade de votos, é razoável considerar que há, no mínimo, dúvida quanto à aplicabilidade da Regra de Equiparação.

Assim, diante desse cenário, há de ser afastada a exigência da multa de ofício, já que, conforme prevê o artigo 112 do CTN, a lei tributária que define infrações, ou lhe comina penalidade, interpreta-se de maneira mais favorável ao acusado, em caso de dúvida.

(...)

h) Diante do exposto, requer-se a esta Turma Julgadora o recebimento, conhecimento e o provimento da presente Impugnação para que seja reconhecida a nulidade do auto de infração que deu origem a este processo em

razão dos erros na apuração da base de cálculo do tributo, os quais tornam o lançamento ilícito/incerto.

Não sendo acolhida a preliminar anteriormente exposta, ad argumentandum, requer-se a procedência dos argumentos de mérito apresentados, para que seja determinado o cancelamento integral do auto de infração.

Na remota possibilidade de não serem providos os pedidos acima, pede-se ao menos que seja afastada a multa de ofício caso se decida pela manutenção das exigências fiscais em julgamento no qual não seja alcançada unanimidade de votos, pois verificada a dúvida dos julgadores sobre o caso concreto.

Por fim, requer-se, com fundamento no § 4º, do artigo 2º da Portaria RFB nº 48/2021, que o presente processo administrativo seja apensado e julgado em conjunto com os processos administrativos nº 16561.720023/2021-51 (PIS), nº 16561.720032/2021-42 (CSLL) e nº 16561.720031/2021-06 (COFINS), a fim de se evitar que sejam prolatadas decisões conflitantes.

11. Em 06/08/2021 a empresa Planner Corretora de Valores S/A apresentou a impugnação de fls. 1737/1798, com teor idêntico à defesa apresentada pelo contribuinte.

12. Em 06/08/2021 a empresa Brookfield Brasil Ltda apresentou a impugnação de fls. 964/993, que se resume a seguir:

Trata-se de auto de infração lavrado contra a Impugnante, na condição de responsável tributário, com base no art. 124, I, do CTN, para exigência de Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ) (doc. 03), no montante de R\$ 52.220.164,03, referente aos anos de 2017 e 2018, por se tratar de "sucessora por incorporação de Brookfield Property Group Brazil S/A, adquirente do imóvel situado à Av. Faria Lima, 3.500 e descrito como um dos principais ativos no portfólio de Brookfield Brasil (brookfieldbrasilsa.com.br), possuindo interesse comum na situação que constituiu o fato gerador da obrigação principal."

A exigência do crédito tributário, conforme se depreende do relatório fiscal, resulta da aplicação do art. 2º da Lei nº 9.779/99, disposto a seguir, uma vez que o Fundo de Investimento Imobiliário FL 3.500 I (doravante apenas FII) - devedor principal da presente autuação - aplicaria recursos em empreendimento imobiliário localizado na Av. Brigadeiro Faria Lima, 3.500, locado ao Banco Itaú, cujo efetivo sócio/proprietário igualmente possuiria o controle de CBK Investments LLC/FL 3500 Investments LLC, sociedade constituída em Delaware, nos Estados Unidos da América, e única quotista do FII.

Segundo a fiscalização, seria a Impugnante, na qualidade de sucessora por incorporação de Brookfield Property Group Brazil S/A, a verdadeira proprietária do referido imóvel constante do ativo do FII, adquirido de TS-4 FLT Desenvolvimento Imobiliário Ltda. em 14 de agosto de 2014, eis que (i) teria adquirido o empreendimento imobiliário e repassado os direitos e obrigações decorrentes do compromisso de compra e venda ao FII, sendo ela, contudo, a

verdadeira proprietária; e (ii) em que pese a indicação do FII como adquirente fiduciário, o imóvel constaria como um dos principais ativos do portfólio da Brookfield Brasil Ltda. em seu relatório anual de 2018, bem como no site da Brookfield Properties, além de ser indicado em matérias jornalísticas como de propriedade da Impugnante.

Em relação ao único quotista do FII (FL 3500 Investments LLC), destaca o Fiscal Autuante que o seu sócio controlador era a Brookfield Brazil Capital Partners LLC, que teria como diretores os executivos do Grupo Brookfield, razão pela qual, sendo a Brookfield Brasil Ltda (suposta) verdadeira proprietária do imóvel registrado no ativo do FII, localizado na Av. Brigadeiro Faria Lima, 3.500, em São Paulo, se estaria diante da hipótese tratada no art. 2º, da Lei nº 9.779/99, na medida em que o FII teria aplicado recursos em empreendimento imobiliário que tinha como incorporador, construtor ou sócio, quotista que possuía, isoladamente ou em conjunto com pessoa a ele ligada, mais de vinte e cinco por cento das quotas do fundo.

No entendimento do Fisco, portanto, caberia atribuir a responsabilidade solidária do art. 124, I, do CTN, à Impugnante, na medida em que esta seria sócia/quotista controladora do FII, justificando que a "Brookfield fez exatamente o que o legislador quis evitar com o citado artigo 2º da Lei nº 9.779/99, já que a ideia seria que as pessoas físicas ou jurídicas proprietárias de empreendimentos não os colocassem em fundo de investimento imobiliário, concorrendo com empresas jurídicas que exploram as mesmas atividades. O FII FL 3.500 I, como o próprio nome sugere (Faria Lima, 3.500 é o endereço do edifício de propriedade de Brookfield), foi criado exatamente com o fim de substituir a própria Brookfield e representa essa concorrência predatória. O único cotista FL 3500 Investments LLC foi interposto com o mesmo fim".

Em vista disso, ao fazer incidir a tributação aplicável às pessoas jurídicas, o FII seria devedor, dentre outros tributos discutidos em processos apartados, do IRPJ, que fora calculado a partir dos seus informes trimestrais do 3º e 4º trimestres de 2018, que trazem os resultados contábeis e financeiros do FII.

Contudo, claramente não estão presentes os requisitos para enquadramento do art. 124, I, do CTN, sendo a Impugnante parte ilegítima para figurar na condição de responsável solidária, além de ser nulo o auto de infração pelo equívoco na apuração dos supostos valores devidos na sistemática do Lucro Real, eis que desconsideradas as despesas operacionais e de depreciação do imóvel adquirido na formação da base de cálculo, em afronta ao art. 142 do CTN

(...)

13. A Egrégia 2ª Turma da DRJ/09, na sessão de 17/11/2021 (e-fls. 2030/2095) negou provimento à impugnação, sendo que o respectivo acórdão restou assim ementado, verbis:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica – IRPJ

Ano-calendário: 2017, 2018

FUNDO DE INVESTIMENTO IMOBILIÁRIO. DEFINIÇÃO. LEI Nº 8.668/93. COMUNHÃO DE RECURSOS. APLICAÇÃO EM EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS. ISENÇÃO.

O Fundo de Investimento Imobiliário, criado pela Lei nº 8.668/93, caracteriza-se pela comunhão de recursos captados por meio do Sistema de Distribuição de Valores Mobiliários destinados a aplicação em empreendimentos imobiliários, e nessa condição não se sujeitam à tributação, a qual ocorre somente com a distribuição dos resultados nas pessoas dos beneficiários cotistas.

COTISTA ÚNICO. FUNDOS EXCLUSIVOS. NÃO APLICAÇÃO PARA OS FII.

A figura dos Fundos Exclusivos, prevista na Instrução CVM nº 409/2004, que permite a existência de fundos com um único cotista, não se aplica ao Fundo de Investimento Imobiliário, por expressa disposição naquele instrumento, e também por ser incompatível com a natureza do FII, que foi concebido como uma forma de investimento coletivo.

LEI Nº 9.779/1999, 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.

FUNDO DE INVESTIMENTO IMOBILIÁRIO. ALCANCE DAS ATIVIDADES PROTEGIDAS PELO LEGISLADOR DO ART. 2º DA LEI Nº 9.779/1999. LOCAÇÃO DE IMÓVEIS ADQUIRIDOS PRONTOS.

O art. 2º da Lei 9.779/1999 foi introduzido para evitar concorrência predatória dos fundos com as pessoas jurídicas que exploram as mesmas atividades, as quais não se limitam à construção e à incorporação, alcançando também a atividade de locação de imóveis adquiridos prontos, que é prevista no art. 2º da Instrução CVM nº 205/1994.

GRUPO EMPRESARIAL. AQUISIÇÃO DE IMÓVEL PRONTO. EXPLORAÇÃO DE RECEITAS DE LOCAÇÃO. CRIAÇÃO DE FII COM COTISTA ÚNICO. CONCORRÊNCIA PREDATÓRIA. EQUIPARAÇÃO À PESSOA JURÍDICA.

Equipara-se à pessoa jurídica o Fundo de Investimento Imobiliário que tem um único cotista, quando Grupo Empresarial adquire imóvel pronto para explorar receitas de locação mediante instituição de um FII, o que provoca concorrência predatória com as pessoas jurídicas que exploram a mesma atividade. EQUIPARAÇÃO DO FII À PESSOA JURÍDICA. LANÇAMENTO. IRPJ. BASE DE CÁLCULO. RESULTADO FINANCEIRO LÍQUIDO.

Correto o lançamento, decorrente de equiparação à pessoa jurídica do Fundo de Investimento Imobiliário, com base de cálculo obtida de resultados financeiros líquidos fornecido pela fiscalizada, utilizadas para calcular os valores distribuídos

ao cotista único, os quais prevalecem sobre demonstrações financeiras juntadas na impugnação. AJUSTE DE AVJ. NÃO TRIBUTAÇÃO CONDICIONADA À EVIDENCIAÇÃO EM SUBCONTA VINCULADA AO ATIVO OU PASSIVO.

O ganho decorrente de avaliação de ativo ou passivo com base no valor justo não será computado na determinação do lucro real desde que o respectivo aumento no valor do ativo ou a redução no valor do passivo seja evidenciado contabilmente em subconta vinculada ao ativo ou passivo.

DEDUÇÃO DO PIS E DA COFINS LANÇADOS. EXIGIBILIDADE SUSPensa. IMPOSSIBILIDADE DE DEDUÇÃO. Os tributos e contribuições são dedutíveis, na determinação do lucro real, segundo o regime de competência, regra essa que não se aplica aos tributos e contribuições cuja exigibilidade esteja suspensa, nos termos dos incisos II a IV do art. 151 do CTN.

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Ano-calendário: 2017, 2018

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

Em caso de equiparação do fundo de investimento imobiliário à pessoa jurídica, correta a atribuição de responsabilidade da instituição administradora do fundo, com fulcro no art. 124 inciso II do CTN combinado com o art. 4º da Lei nº 9.779/1999, que prevê tal responsabilidade.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. EQUIPARAÇÃO DO FUNDO DE INVESTIMENTO IMOBILIÁRIO À PESSOA JURÍDICA. RESPONSABILIDADE DA EMPRESA QUE PARTICIPA DA AQUISIÇÃO DO EMPREENDIMENTO IMOBILIÁRIO. INTERESSE COMUM.

Em caso de equiparação do fundo de investimento imobiliário à pessoa jurídica, correta a atribuição de responsabilidade da empresa que participa do processo de aquisição do empreendimento imobiliário, configurando o interesse comum de que trata o art. 124 inciso I do CTN.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido.

14. Cientificados da decisão de primeira instância, contribuinte e responsáveis solidários apresentaram recursos voluntários (e-fls. 2113/2192; 2461/2542 e 2564/2610), com as alegações a seguir, as quais serão analisadas em detalhe no voto.

Contribuinte: FUNDO DE INVESTIMENTO IMOBILIÁRIO FL 3.500 I — FII

Preliminares:

- (i) Nulidade dos Acórdãos Recorridos — Inovação do Critério Jurídico Eleito pela Fiscalização — Suposta Impossibilidade do FII FL 3.500 I Possuir um Único Cotista;

- (ii) Nulidade dos Autos de Infração de IRPJ e CSLL — Erros de Bases de Cálculo — Iliquidez e Incerteza dos Lançamentos Tributários.

Mérito:

- (iii) Síntese dos Fatos — Histórico da Aquisição do Imóvel pelo FII;
- (iv) Da Legitimidade dos Fundos de Investimento Imobiliário Possuírem Cotista Único — Inexistência de Vedação Legal;
- (v) Do Regime de Tributação dos Fundos de Investimento Imobiliário;
- (vi) Da Regra de Equiparação dos Fundos de Investimento Imobiliário às Pessoas Jurídicas: Artigo 20da Lei nº 9.779/99;
- (vii) Da Impossibilidade de Exigência de IRPJ, CSLL, PIS e COFINS do FII FL 3.500 I — Inaplicabilidade da Regra de Equiparação — Análise do Caso Concreto;
- (viii) Da Jurisprudência deste E. CARF.

Responsável solidário: PLANNER CORRETORA DE VALORES S/A**Preliminares:**

- (i) Nulidade dos Acórdãos Recorridos — Inovação do Critério Jurídico Eleito pela Fiscalização — Suposta Impossibilidade do FII FL 3.500 I Possuir um Único Cotista;
- (ii) Nulidade dos Autos de Infração de IRPJ e CSLL — Erros de Bases de Cálculo — Iliquidez e Incerteza dos Lançamentos Tributários.

Mérito:

- (iii) Síntese dos Fatos — Histórico da Aquisição do Imóvel pelo FII;
- (iv) Da Legitimidade dos Fundos de Investimento Imobiliário Possuírem Cotista Único — Inexistência de Vedação Legal;
- (v) Do Regime de Tributação dos Fundos de Investimento Imobiliário;
- (vi) Da Regra de Equiparação dos Fundos de Investimento Imobiliário às Pessoas Jurídicas: Artigo 20 da Lei nº 9.779/99;
- (vii) Da Impossibilidade de Exigência de IRPJ, CSLL, PIS e COFINS do FII FL 3.500 I — Inaplicabilidade da Regra de Equiparação — Análise do Caso Concreto;
- (viii) Da Jurisprudência deste E. CARF.

Responsável solidário: BROOKFIELD BRASIL LTDA**Preliminares:**

- (i) Da nulidade da decisão de primeira instância: modificação do critério jurídico do lançamento;

- (ii) Da ilegitimidade passiva tributária da recorrente - modelo de negócios do grupo Brookfield e a pluralidade de investidores - ausência de vínculo societário entre o único quotista do FII e a recorrente;
- (iii) Da inaplicabilidade do art. 124, I, do CTN ao caso concreto;
- (iv) Da nulidade das autuações pelo equívoco na base de cálculo apurada – art. 142 do CTN.

Mérito:

- (v) Não enquadramento do art. 2º da Lei nº 9.779/99 ao caso concreto.

15. Ao final, requerem o provimento dos recursos voluntários.

16. É o relatório.

VOTO

Conselheiro **Edmilson Borges Gomes**, Relator

17. Os recursos voluntários são tempestivos e atendem os demais requisitos de admissibilidade, não havendo, inclusive, questionamento pelas partes quanto ao seu seguimento, razão, pela qual deles conheço.

18. A controvérsia recai sobre a aplicação do artigo 2º da Lei nº. 9.779/99, conhecida também como “norma antielisão” ou “regra de equiparação”, ao Fundo de Investimento Imobiliário FL 3.500 I - FII (“FII FL 3.500 I”), constituído conforme as regras da Lei nº. 8.668/93.

19. 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”.

20. Neste voto serão analisados em conjunto os recursos voluntários do contribuinte FII FL 3.500 I e dos responsáveis solidários Planner e Brookfield, com exceção das responsabilidades dada as especificidades da solidariedade.

Preliminares**Nulidade do acórdão recorrido e Nulidade dos Autos de Infração de IRPJ e CSLL**

21. A recorrente alega que a Autoridade Fiscal enquadrou o **FII FL 3.500 I** na hipótese prevista no artigo 2º da Lei nº 9.779/99, equiparando-o à pessoa jurídica para fins de tributação dos ganhos/rendimentos, por entender que a utilização do fundo teria resultado em uma suposta concorrência predatória no setor imobiliário, onde o efetivo sócio/proprietário do Condomínio Faria Lima 3.500, nesse contexto, seria uma pessoa jurídica, o “Grupo Brookfield” (Brookfield Asset), que deteria o controle da única cotista do FII FL 3.500 I, a FL LLC.

22. Expõe que como já visto no TVF, a Autoridade Fiscal não tece argumentos ou faz qualquer esforço lógico para enquadrar a situação dos autos à disposição legal, isso é, não demonstra ou comprova que o **FII FL 3.500 I** teria aplicado recursos em empreendimento imobiliário cujo incorporador/construtor/sócio possuía mais de 25% de suas cotas.

23. Argumenta que ao contrário, sua conclusão estaria pautada, exclusivamente, no suposto fato de que a situação dos autos iria na contramão da finalidade da Lei, ao considerar que "o que se pretende com o dispositivo **é impedir que empreendedores imobiliários simplesmente migrem seu patrimônio para fundos imobiliários cativos**".

24. E que pautada nessa equivocada interpretação, os acórdãos recorridos ratificam os autos de infração de IRPJ, CSLL, PIS e COFINS em razão do fato do FII FL 3.500 I possuir uma cotista única, a FL LLC (controlada pela Brookfield Asset), argumento este jamais aventado no TVF.

25. Com relação a nulidade dos Autos de Infração de IRPJ e CSLL, em virtude de erros de Bases de Cálculo — Iliquidez e Incerteza dos Lançamentos Tributários, caso superada a preliminar denunciando a nulidade das decisões recorridas, visto que é defeso à Delegacia de Julgamento ratificar os lançamentos fiscais com base em fundamentos diversos daqueles apresentados pela Autoridade Fiscal quando da lavratura das autuações, há, ainda, uma série de equívocos na apuração dos das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL, os quais tornam esses lançamentos ilíquidos e incertos e, consequentemente, levam à nulidade desses autos de infração.

26. Aduz a Recorrente que, conforme já exposto nas Impugnações, a autoridade fiscal apesar de entender que o FII FL 3.500 I deveria equiparar-se às pessoas jurídicas para fins de tributação, e, deste modo, submetê-lo à tributação do IRPJ/CSLL pela regra geral, lucro real trimestral, equivocando-se ao:

✓ considerar, como base de cálculo dos tributos, para os 4 trimestres de 2017 e para o 1º e 2º trimestres de 2018, os resultados financeiros líquidos, e, para o 3º e o 4º trimestres de 2018, os resultados contábeis, todos extraídos dos Informes Trimestrais do FII FL 3.500 I; e, ainda,

✓ desconsidera os ajustes que deveriam ser realizados ao lucro contábil, conforme legislação vigente.

27. Segundo a Recorrente, a simples falta de um critério padrão, com a adoção de um ponto de partida para determinados períodos e outro para outros, já seria suficiente à decretação da nulidade dos autos de infração em comento. Cita jurisprudência deste Conselho, entre as quais:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 01/07/1998 a 31/12/1998

LANÇAMENTO ELETRÔNICO. DCTF. MOTIVAÇÃO INCONSISTENTE. CANCELAMENTO DO AUTO DE INFRAÇÃO.

Deve ser cancelado o auto de infração quando a motivação do lançamento (“proc jud de outro CNPJ”) não se mostrou verdadeira, notadamente em face do conteúdo fático probatório trazido aos autos.

AUTO DE INFRAÇÃO. ALTERAÇÃO PELA DECISÃO DE 1ª INSTÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. MUDANÇA DO CRITÉRIO JURÍDICO. ART. 146 DO CTN.

Não se afigura possível à autoridade julgadora de primeira instância alterar o fundamento do lançamento, adotando-se um novo critério, diverso daquele apontado pela autoridade fiscal no auto de infração.

Referida alteração configura mudança do critério jurídico, o que é vedado pelo artigo 146 do CTN, caracterizando inovação e aperfeiçoamento do lançamento. Recurso Especial do Procurador Negado. (Acórdão CARF nº 9303-001.690).

28. 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 trechos a seguir (e-fls. 2075 ss):

30. **Prosseguindo, a interessada pugna pela inaplicabilidade da regra de equiparação ao caso concreto, com o seguinte arrazoado:** i) o cotista exclusivo do FII FL 3.500 I, ou qualquer dos seus sócios diretos ou indiretos, inclusive a Brookfield Asset, nunca tiveram qualquer vínculo com o ativo imobiliário, nem antes nem após a aquisição pelo FII; ii) todo o vínculo do chamado “Grupo Brookfield” com o ativo imobiliário sempre foi por meio da propriedade de cotas do FII FL 3.500 I detidas pela FL LLC; III) o FII FL 3.500 I adquiriu o imóvel pronto e acabado da TS-4/Tishman Speyer, sendo que sua cotista exclusiva, FL LLC, controlada pela Brookfield Asset, não foi a incorporadora/construtora do ativo e sua condição de cotista, evidentemente, não pode ser equiparada a condição de sócia do empreendimento imobiliário; iv) a Brookfield Asset/FL LLC/FII FL 3.500 I ou qualquer outra sociedade pertencente ao Grupo Brookfield não possuem quaisquer ligações com a TS-4 ou com o Grupo Tishman Speyer, responsável pela construção do imóvel; v) o FII FL 3.500 I, tampouco, possui quaisquer ligações com o Grupo Itaú/Unibanco, ao qual o imóvel foi especialmente construído para posterior locação; vi) nos termos da Cláusula 3.1 do Regulamento do FII FL 3.500 I, o Fundo tem por objetivo a aquisição, direta ou indireta, para exploração por meio de locação do Imóvel com a finalidade de obtenção de renda, podendo investir em outros Ativos Imobiliários, conforme decisão da Assembleia Geral de Cotistas; vii) em nenhum momento o Grupo Brookfield, a Brookfield Property ou o FII FL 3.500 I, representado pela Planner, pretenderam “camuflar” a informação de que o Condomínio Faria Lima 3.500 pertence, atualmente, ao Grupo; viii) o “Grupo Brookfield” (FL LLC) é, sim, cotista relevante do FII FL 3.500 I, por meio de sua controladora final, a Brookfield Asset, todavia, a FL LLC/Brookfield Asset **não atuaram como incorporadora(s), construtora(s) ou sócia(s) (do construtor/incorporador ou de sociedade detentora) do Condomínio Faria Lima 3.500**, como preceitua a legislação; ix) quanto à caracterização do sócio para fins

de aplicação da Regra de Equiparação, esta não pode se dar pelo simples fato de a Brookfield Asset ser detentora de aproximadamente 50% do capital da única cotista (FL LLC) e, nessa posição, **indiretamente deter a participação no empreendimento** – já que, por óbvio, tal participação se dá por meio das cotas do FII FL 3.500 I (e exclusivamente por tal via); x) a autuação revela apenas a oposição da Autoridade Fiscal com a disposição contratual, condição suspensiva/resolutiva do Compromisso de Compra e Venda prevista na legislação cível, no sentido de que a Brookfield Property poderia indicar um terceiro para assumir a figura de adquirente do ativo; xi) o disposto nas Notas Explicativas é uma prática de mercado que tem por intuito conferir transparência aos investidores quanto à posição patrimonial e financeira do FII e os riscos teóricos associados ao investimento realizado no FII, sendo que o trecho destacado pela Autoridade Fiscal é apenas um dentre dezenove itens de risco apontados, muitos deles sequer remotamente associados a questões fiscais, não havendo que se falar em admissão de qualquer deles como risco de iminente materialização, mas uma mera advertência para conhecimento dos investidores.

33. O exame da matéria revela **que não há como acolher os argumentos da impugnante.**

34. Esclareça-se, desde já, que não há litígio sobre os fatos que deram origem aos lançamentos. Ou seja, é incontroverso que o **contribuinte, o FII FL 3.500 I, tem como cotista único a FL 3.500 Investments LLC, que é controlada pela Brookfield Asset**; que o empreendimento foi adquirido pronto junto à TS-4/Tishman Speyer, sociedade esta que construiu o imóvel, exclusivamente em razão da posterior locação ao Banco Itaú BBA; que o FII FL 3.500 I não possui ligações com a TS-4, com a Tishman Speyer e/ou com o Grupo Itaú/Unibanco; que após a aquisição o Condomínio Faria Lima 3.500 passou a ser o único ativo do FII FL 3.500 I, gerando rendimentos consubstanciados nos aluguéis pagos pelo Grupo Itaú/Unibanco.

35. O cerne do litígio reside exclusivamente no alcance do art. 2º da Lei nº 9.779, de 19/01/1999, que transcrevo novamente a seguir:

*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.***

36. É verdade que o texto legal **não é preciso, sobretudo quanto ao termo “sócio”**, cujo significado, aliás, é decisivo no deslinde do litígio. Na verdade, a controvérsia concentra-se nessa figura já que, na medida em que **o empreendimento imobiliário foi adquirido pronto**, restaram afastadas a presença do incorporador e do construtor. Assim, tornam-se irrelevantes as alegações de que a Brookfield Asset, o FL LLC, o FII FL 3.500 I ou qualquer outra sociedade pertencente ao Grupo Brookfield não possuem quaisquer ligações com a TS-4 ou com o Grupo Tishman Speyer, responsável pela construção do imóvel.

37. A pergunta fundamental é: **o que o legislador quis dizer com o termo “sócio do empreendimento imobiliário”?**

38. Para responder a essa pergunta é preciso saber o que é um fundo de investimento imobiliário, que foi introduzido no ordenamento pela Lei nº 8.668, de 25/06/1993, que dispõe sobre a constituição e o regime tributário dos Fundos de Investimento Imobiliário (...).

40. Em suma, trata-se de uma forma de investimento ao alcance do pequeno investidor, que consiste na aplicação de suas economias em fundos, os quais investem esses recursos em negócios imobiliários, visando a dar um retorno aos investidores. Partindo-se do fato de que os empreendimentos imobiliários são negócios rentáveis, mas que exigem vultosos recursos, a ideia básica é pulverizar a captação dos recursos, mediante adesão de cotistas, para que o grupo como um todo obtenha capital suficiente para investir naqueles tipos de negócios. O legislador utilizou o termo “comunhão de recursos” para caracterizar o Fundo de Investimento Imobiliário, que traduz de forma clara e inequívoca a intenção de criar um instrumento de investimento coletivo, ou seja, **com cotistas em grande quantidade, justamente para possibilitar o acúmulo de mais recursos, viabilizando a aplicação em empreendimentos imobiliários.**

41. Um dos grandes atrativos do Fundo de Investimento Imobiliário é seu regime de tributação, **que beneficia tanto os investidores** (cotistas) **quanto a própria entidade do FII.** O incentivo ao quotista foi conferido pela Lei nº 11.033, de 21/12/2004, na forma de isenção do imposto de renda, desde que preencha os seguintes requisitos: i) detenha menos do que 10% das cotas do Fundo; ii) FII com no mínimo de 50 cotistas; iii) cotas do FII negociadas exclusivamente em bolsa de valores ou mercado de balcão organizado.

42. E o próprio Fundo de Investimento Imobiliário também é beneficiado porque é isento de IRPJ, CSLL, PIS, Cofins, desde que não seja equiparado às demais pessoas jurídicas, nas hipóteses previstas no art. 2º da Lei nº 9.779/1999.

43. Fixados esses contornos, passemos a avaliar qual foi a preocupação do legislador, quando inseriu tais condições, que foi registrada na exposição de motivos da Lei nº 9.779/99, com o seguinte teor:

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.

(...)

45. A exposição de motivos fala em “pessoas jurídicas que exploram as mesmas atividades”. Que atividades seriam essas? A Lei nº 8.668/1993 não dispôs sobre as atividades exploradas pelos empreendimentos imobiliários, tarefa esta que coube

à CVM, a quem compete “autorizar, disciplinar e fiscalizar a constituição, o funcionamento e a administração dos Fundos de Investimento Imobiliário”, de acordo com o art. 4º da Lei nº 8.668/1993. Nesse sentido, foi publicada a Instrução CVM nº 205, de 14/01/1994, que dispõe sobre a constituição, o funcionamento e a administração dos Fundos de Investimento Imobiliário. (...)

48. Penso que o legislador **empregou o termo “sócio do empreendimento imobiliário”** no artigo 2º da Lei nº 9.779/1999 justamente para garantir que o fundo de investimento imobiliário seja criado com aquele objetivo de ser uma opção de investimento, que alavanca o mercado imobiliário, ao mesmo tempo em que remunera a coletividade dos investidores. E que tal instrumento não atraia empresários dispostos somente a economizar impostos, o que provocaria concorrência predatória no mercado imobiliário. O sócio deve então ser compreendido como sendo qualquer pessoa, física ou jurídica, ligada a grupo empresarial disposto a utilizar um fundo de investimento imobiliário como fachada, para explorar atividade do empreendimento imobiliário em concorrência predatória com demais pessoas jurídicas que exploram a mesma atividade.

50. Visto assim, não restam dúvidas **de que o caso concreto se enquadra perfeitamente na vedação do artigo 2º da Lei nº 9.779/1999**. Ao contrário do que alega a impugnante, a vedação alcança sim a entidade que adquire o imóvel pronto para alugar porque, conforme explanado, não há motivo razoável para imaginar que o legislador pretendeu evitar concorrência predatória somente no mercado de construção e incorporação, como se as atividades de locação fossem imunes a práticas desleais.

51. E some-se a isso **o fato de haver um único cotista**, o que é uma prova inequívoca de que **a constituição do FII FL 3.500 I não nasceu de uma “comunhão de recursos”**, que é um traço essencial que o legislador previu para o instituto do fundo de investimento imobiliário. A figura do cotista único me parece incompatível com a natureza do fundo de investimento imobiliário, e tal conclusão pode ser extraída das regulamentações da CVM. (...).

58. A impugnante pugna pela nulidade dos lançamentos, alegando erros na base de cálculo do IRPJ e da CSLL, nos seguintes termos: i) a Autoridade Fiscal considera, como base de cálculo dos tributos, para os 4 trimestres de 2017 e para o 1º e 2º trimestres de 2018, os resultados financeiros líquidos, e, para o 3º e o 4º trimestres de 2018, os resultados contábeis, todos extraídos dos Informes Trimestrais do FII FL 3.500 I; ii) desconsidera os ajustes que deveriam ser realizados ao lucro contábil para que se chegasse ao lucro real dos trimestres, notadamente as exclusões e deduções relativas aos ganhos decorrentes da avaliação a valor justo ("AVJ") do ativo ainda não realizados e ao PIS e à COFINS lançados de ofício; iii) em atenção ao parágrafo único do artigo 10 da Lei nº 8.668/93 o "resultado financeiro líquido acumulado no trimestre corrente" corresponde ao lucro do FII FL 3.500 I calculado pelo regime de caixa, ou seja, não equivale ao lucro real/base de cálculo da CSLL, apurados de acordo com o regime

de competência; iv) haja vista que os resultados financeiros, obtidos por meio do regime de caixa, não refletem o lucro real/base de cálculo da CSLL, não restam dúvidas de que os lançamentos relativos aos períodos correspondentes aos 1º, 2º, 3º e 4º trimestres de 2017 e 1º e 2º trimestres de 2018 são ilíquidos e incertos e, portanto, nulos; v) a Autoridade Fiscal poderia ter partido, para fins de apuração dos valores supostamente devidos pelo FII FL 3.500 I, das Demonstrações Financeiras, relativas aos anos de 2017 e 2018 (Doc. 02), ambas auditadas por auditores independentes, apresentadas pela Planner Corretora de Valores S/A ("Planner"), então administradora do FII FL 3.500 I; vi) veja-se, nas planilhas anexas (Doc_Comprobatorios.zip), elaboradas de acordo com as Demonstrações Financeiras e os Balancetes Trimestrais do fundo (Doc. 03), quais seriam as corretas bases de cálculo, para fins de IRPJ e CSLL; vii) para o 3º e 4º trimestres de 2018, a Autoridade Fiscal considerou os resultados contábeis para fins de base de cálculo, correspondentes ao lucro líquido dos respectivos períodos, mas também não procedeu aos ajustes necessários (adições/exclusões) para o cômputo do lucro real/base de cálculo da CSLL.

59. A seguir alega necessidade de exclusão dos valores relativos aos ajustes de AVJ ainda não realizados e do PIS/COFINS lançados de ofício pela Fiscalização. Com base no art. 13 da Lei nº 12.973, de 13/05/2014, aduz que os valores consubstanciados nos ganhos de AVJ do ativo não podem ser tributados pelo IRPJ e pela CSLL, desde que não sejam realizados/estejam controlados em subconta contábil (caso dos autos). Argumenta que o próprio TVF consigna que para o 3º e 4º trimestres de 2018 foram utilizados os valores contábeis que incluem, por exemplo, um significativo ajuste ao valor justo das propriedades para investimento no 3º trimestre, o que revela que a Autoridade Fiscal tinha acesso à informação e/ou poderia ter intimado o FII FL 3.500 I e/ou a Planner para que prestasse esclarecimentos.

60. Na sequência, a requerente reclama que a Autoridade Fiscal também não deduziu os valores correspondentes ao PIS e à COFINS, lançados de ofício. (...)

61. Não assiste razão à impugnante.

63. Nesses termos, possíveis irregularidades, incorreções e omissões cometidas no lançamento não importarão em nulidade e serão sanadas quando resultarem em prejuízo para o sujeito passivo, salvo se este lhes houver dado causa, ou quando não influírem na solução do litígio.

66. Ademais, nos documentos "Informe Trimestral de FII", de onde as bases de cálculo foram utilizadas pela autoridade fiscal, constam expressamente os valores distribuídos ao cotista no campo intitulado "(-) Rendimentos pagos antecipadamente durante o trimestre/semestre" (fls. 437, 442, 447, 452), em valores coincidentes com os informados pelo contribuinte durante a fiscalização. Ou seja, não há dúvida de que os "Informe Trimestral de FII" fornecidos pelo contribuinte efetivamente serviram de base para o cálculo dos valores distribuídos ao cotista. Deve ser levado em conta que, para os cotistas do fundo,

não há nada mais importante do que os valores a eles distribuídos, já que isso representa o retorno do capital por eles investidos. E considerando ainda que, conforme já exposto anteriormente, o fundo de investimento imobiliário foi concebido justamente para atrair os cotistas, não seria exagero afirmar que a distribuição dos resultados representa a própria razão de ser dos FII's. Visto assim, entre a apuração do resultado que serviu de base para as efetivas distribuições de resultado e a feita por auditores independentes, prevalece a primeira.

(...).

96. À vista do exposto, voto no sentido de: i) quanto ao lançamento, julgar improcedente a impugnação, para manter integralmente as exigências de IRPJ com respectivas multas e juros; ii) quanto à responsabilidade tributária de Planner Corretora de Valores S/A, julgar improcedente a impugnação, para manter a responsabilidade; iii) quanto à responsabilidade tributária de Brookfield Brasil Ltda, julgar improcedente a impugnação, para manter a responsabilidade.

29. Não está em análise neste tópico, 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:

“ De acordo com as alegações contidas no Termo de Verificação Fiscal ("TVF") , que acompanhou o aludido auto de infração, o Fundo de Investimento Imobiliário FL 3.500 I - FII ("FII FL 3.500 I") teria incorrido na infração descrita no artigo 2º da Lei nº 9.779/99, que trata da regra excepcional de equiparação dos fundos de investimento imobiliário ("FII") a pessoas jurídicas, para fins de tributação dos ganhos/rendimentos.

Isso porque, em **14/08/2014**, a Brookfield Property Group Brasil S/A ("Brookfield Property") celebrou contrato particular de compra e venda com a TS-4 FLT Desenvolvimento Imobiliário Ltda ("TS-4") referente ao imóvel localizado na Avenida Brigadeiro Faria Lima, 3.500, São Paulo/SP, o qual, segundo se infere do próprio TVF, estava locado ao Itaú/Unibanco.

Referido contrato possuía cláusula de pessoa a declarar, na forma do artigo 467 do Código Civil, de modo que, posteriormente, em 08/09/2014, a Brookfield Property indicou o FII FL 3.500 I como adquirente do bem, ocasião em que o fundo assumiu os consequentes direitos e obrigações relativos à promessa de aquisição do ativo, em face da TS-4.

Assim, segundo a concepção da Autoridade Fiscal, teria a Brookfield Property, ao indicar o FII FL 3.500 para ser o adquirente do imóvel, **incorrido em concorrência predatória, já que a controladora final do Grupo Brookfield - Brookfield Asset Management Inc. ("Brookfield Asset")** - é, também, detentora, aproximadamente, de **50%** do capital do cotista exclusivo do FII e teria utilizado o fundo apenas para concorrer de forma mais favorável com outras empresas que exploram a atividade imobiliária.

30. Assim, entendeu a autoridade fiscal, mantido pela autoridade julgadora a quo, que Brookfield Asset, detentora de aproximadamente 50% do capital cotista exclusivo do FII, **ainda que indiretamente**, teria incorrido às regras do art. 2º da Lei 9779/99.

31. O inconformismo com o acórdão recorrido, contrário aos interesses da recorrente, não significa haver inovação do critério jurídico eleito pela Fiscalização — suposta Impossibilidade do FII FL 3.500 I possuir um Único Cotista, onde menciona que a autoridade julgadora se distancia completamente dos "fundamentos" trazidos pela Autoridade Fiscal no TVF e mantém os autos de infração com base em fundamentação diversa, o que é vedado pelo Código Tributário Nacional.

32. Ante o exposto afastado tal nulidade no tocante ao mérito da regra de equiparação à pessoa jurídica, sem prejuízo das demais nulidades referentes aos autos de infração.

Mérito.

33. O TVF que ensejou o lançamento fiscal aponta que (e-fls. 583/591):

DESCRIÇÃO DOS FATOS

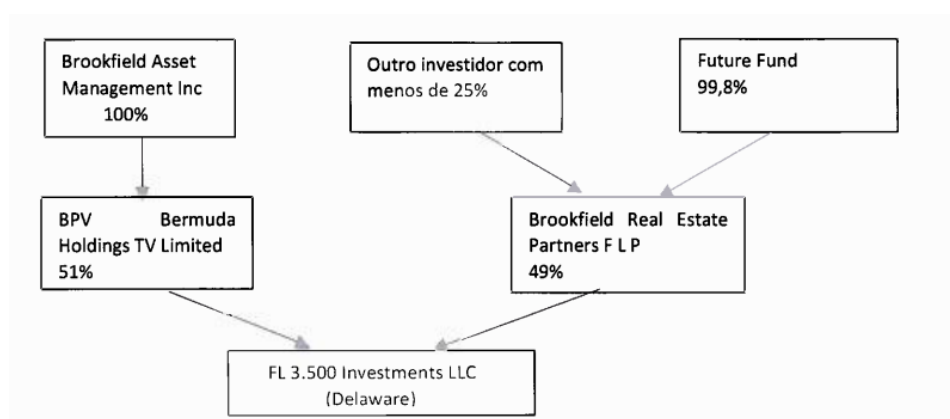
O Fundo de Investimento Imobiliário FL 3.500 I, conforme informação do próprio contribuinte, possui como único cotista o CBK Investments LLC/FL 3500 Investments LLC (CNPJ nº 17.161.796/0001-67), doravante denominado simplesmente como FL 3500 Investments LLC, sociedade constituída em Delaware, nos Estados Unidos da América. Sendo não residente, é representado, no país, por Citibank DTVM S/A. Nos sistemas da RFB, o nome empresarial vinculado ao CNPJ nº 17.161.796/0001-67 é simplesmente CBK Investments LLC — Citibank DTVM S/A.

Como já descrito, Planner Corretora de Valores S/A foi a administradora do fundo até 11/02/2019.

De janeiro de 2017 até o dia 11/02/2019, o fundo possuía no seu ativo imóvel localizado na avenida Brigadeiro Faria Lima, 3.500, em São Paulo/SP - locado ao Itaú/Unibanco. Esse imóvel foi adquirido por Brookfield Property Group Brazil S/A (CNPJ nº 18.771.525/0001-96) de TS-4 FLT Desenvolvimento Imobiliário Ltda. em 14 de agosto de 2014. Brookfield, contudo, indicou o fundo, que adquiriu os direitos e assumiu as obrigações decorrentes do compromisso de compra e venda em seu lugar, conforme informado pelo contribuinte e descrito no Primeiro Aditivo ao Instrumento Particular de Compromisso de Compra e Venda de Imóvel com Condições Suspensivas anexo aos presentes processos (resposta à Intimação 2020_001 Anexo 2). Tal informação consta na certidão do imóvel, de matrícula 181.538, registrada no 4º Ofício de Registro de Imóveis de São Paulo, também anexa aos processos, que descreve in verbis: "... TS-4 LFT Desenvolvimento Imobiliário Ltda. já qualificada, transmitiu a posse direta e os seus direitos e obrigações da propriedade fiduciária do imóvel desta matrícula a Planner Corretora de Valores S/A..." e "...verifica-se que os direitos da propriedade

fiduciária foram adquiridos em caráter fiduciário e se destinam ao Fundo de Investimento Imobiliário administrado por Planner Corretora de Valores S/A, já qualificada, denominado Fundo de Investimento Imobiliário FL 3500 1 — FII, CNPJ nº 19.239.245/0001-2, sendo que, em conformidade com o disposto no artigo 7º da citada Lei nº 8.668/93, ficam estabelecidas as seguintes restrições: a) não integra o ativo da administradora; b) não responde direta ou indiretamente por quaisquer obrigações da instituição administradora; c) não compõe a lista de bens e direitos da administradora, para efeito de liquidação judicial ou extrajudicial; d) não pode ser dado em garantia de débito de operação da instituição administradora; e) não é passível de execução por quaisquer credores da administradora, por mais privilegiado que possa ser; f) não pode ser objeto de constituição de ônus reais..." A despeito da indicação do fundo como adquirente do imóvel no lugar de Brookfield, porém, o imóvel situado à Avenida Brigadeiro Faria Lima, 3.500, locado ao Itaú/Unibanco, consta como um dos principais ativos do portfólio da Brookfield Brasil em seu relatório anual de 2018 (b Brookfield brasil ra.com.br), bem como no site de Brookfield Properties (...)

Questionado sobre quem é, efetivamente, o único cotista não residente do FII FL 3.500 I e quem são os reais beneficiários das operações do fundo nos Termos de Intimação Fiscal nº2019/002 e 2020/001, o contribuinte apresentou diversos documentos e o organograma seguinte. Em resposta ao item 3B do Termo de Intimação Fiscal nº 2020/001, que indagava sobre a existência de algum relacionamento entre o cotista FL 3500 Investments LLC (detentor de 100% do Fundo) e o grupo Brookfield, adquirente do empreendimento Condomínio Faria Lima 3500, o contribuinte informou que: "Para atendimento deste item a Brookfield Asset Management Inc, controladora final do grupo Brookfield, detém aproximadamente 50% de participação no capital do cotista FL 3500 Investments LLC".



34. Em resumo, o TVF que ensejou o procedimento fiscal aponta que:

- i) O Fundo de Investimento Imobiliário FL 3.500 I possui um único cotista detentor de mais de vinte e cinco por cento das cotas emitidas pelos Fundos;

ii) BROOKFIELD ASSET MANAGEMENT INC., tem participação em sociedades controladas e coligadas equivalente a 51%;

(iii) Há ligação entre o Fundo de Investimento Imobiliário FL 3.500 I com o grupo Brookfield ;

(iv) E como o exposto na Exposição de Motivos da Lei nº 9.779/99: "...Para evitar concorrência predatória dos referidos fundos com as pessoas jurídicas que exploram as mesmas atividades, o artigo 2º do Projeto, determina sejam os rendimentos do fundo tributados segundo as mesmas normas aplicáveis às pessoas jurídicas,

35. Concluiu a autoridade autuante, portanto, que o FII aplica recursos em empreendimento denominado FL 3.500 I, que tem como cotista único a FL 3.500 Investments LLC, que é controlada pelo grupo Brookfield Asset, que possui em conjunto com pessoa a ela ligada, mais de 25% das cotas do Fundo. Haveria **participação indireta** da Brookfield no FII FL 3.500.

36. A decisão recorrida, manteve a autuação na mesma linha de argumentação:

Ou seja, é incontroverso que o contribuinte, o FII FL 3.500 I, tem como cotista único a FL 3.500 Investments LLC, que é controlada pela Brookfield Asset; que o empreendimento **foi adquirido pronto** junto à TS-4/Tishman Speyer, sociedade esta que construiu o imóvel, exclusivamente em razão da posterior locação ao Banco Itaú BBA; que o FII FL 3.500 I não possui ligações com a TS-4, com a Tishman Speyer e/ou com o Grupo Itaú/Unibanco; que após a aquisição o Condomínio Faria Lima 3.500 **passou a ser o único ativo** do FII FL 3.500 I, gerando rendimentos consubstanciados nos aluguéis pagos pelo Grupo Itaú/Unibanco.

37. Como se vê, a decisão recorrida manteve o lançamento pelas mesmas razões apontadas pela autoridade autuante, ou seja, participação com mais de 25% dos Fundos, **ainda que de forma indireta**.

Dos Fundos de Investimento Imobiliário - FIIs

38. Fundo de investimento é uma comunhão de recursos, constituído sob a forma de condomínio de natureza especial, destinado à aplicação em ativos financeiros, bens e direitos de qualquer natureza.

39. Os Fundos de Investimento Imobiliários, conhecidos como "FIIs", foram criados pela Lei nº 8.668/93, com os seguintes contornos jurídicos:

- 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. 1º);
- serão constituídos sob a forma de condomínio fechado, proibido o resgate de quotas, com prazo de duração determinado ou indeterminado (art. 2º) ;

- as quotas constituem valores mobiliários, admitida a emissão sob a forma escritural (art. 3º);
- 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. 4º);
- 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. 5º);
- o patrimônio do Fundo será constituído pelos bens e direitos adquiridos pela instituição administradora, em caráter fiduciário (art. 6º);
- 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 (art. 7º);
- a alienação dos imóveis pertencentes ao patrimônio do fundo será efetivada diretamente pela instituição administrador (art. 9º);
- 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 (art. 10, parágrafo único); e - o cotista não poderá exercer qualquer direito real sobre os imóveis e empreendimento integrantes do patrimônio do fundo (art. 13, I).

40. Na prática, os FII's têm a faculdade de investir em diversos tipos de ativos imobiliários, a saber¹ : (i) quaisquer direitos reais sobre bens imóveis; (ii) ações, debêntures, bônus de subscrição, seus cupons, direitos, recibos de subscrição e certificados de desdobramentos, certificados de depósito de valores mobiliários, cédulas de debêntures, cotas de fundos de investimento, notas promissórias, e quaisquer outros valores mobiliários, desde que se trate de emissores registrados na CVM e cujas atividades preponderantes sejam permitidas aos FII; (iii) ações ou cotas de sociedades cujo único propósito se enquadre entre as atividades permitidas aos FII; (iv) cotas de fundos de investimento em participações (FIP) que tenham como política de investimento, exclusivamente, atividades permitidas aos FII ou de fundos de investimento em ações que sejam setoriais e que invistam exclusivamente em construção civil ou no mercado imobiliário; (v) certificados de potencial adicional de construção emitidos com base na Instrução CVM nº 401, de 29 de dezembro de 2003; (vi) cotas de outros FII; (vii) certificados de recebíveis imobiliários e cotas de fundos de investimento em direitos creditórios (FIDC) que tenham como política de investimento, exclusivamente, atividades permitidas aos FII e desde que estes certificados e

¹ Conforme normas regulamentadoras da Comissão de Valores Mobiliários: IN CVM nº 205/2004; e sua revogadora, a IN CVM nº 472/2008.

cotas tenham sido objeto de oferta pública registrada na CVM ou cujo registro tenha sido dispensado nos termos da regulamentação em vigor; (viii) letras hipotecárias; e (ix) letras imobiliárias garantidas.

41. Nem todo investimento do FII, portanto, deve ser considerado um empreendimento imobiliário em sentido técnico. Além da figura dos chamados “FII de tijolos”, que são aqueles justamente destinados à incorporação, loteamento e construção de imóveis, desenvolvendo usualmente seus empreendimentos de forma indireta, por intermédio de uma sociedade de propósito específico (SPE), a legislação também admite FII’s destinados com uma enorme gama de produtos financeiros e demais direitos sobre imóveis, dentre eles a aquisição de imóveis prontos para locação. Daí a diversidade deste tipo de Fundo de investimento.

42. Tal como tipificado pela lei, o FII confere ao gestor plena autonomia e amplos poderes em relação aos ativos do Fundo. Como o FII é um ente sem personalidade jurídica, compete ao administrador exercer os atributos inerentes à personalidade, o que o faz como titular fiduciário do patrimônio e responsável por toda a gestão dos investimentos.

43. É por isso que se diz que o administrador passa a concentrar um patrimônio afetado, sob a propriedade fiduciária, o que o coloca na posição de dono dos ativos imobiliários do FII até a sua liquidação ou resgate de quotas.

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

45. Do ponto de vista tributário:

- o art. 16 da Lei nº 8.668/93 prescreve que 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; - o artigo 16-A que 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; - o artigo 17 que 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 9.779/1999); e - o artigo 18 que os ganhos de capital e rendimentos auferidos na alienação ou no resgate de quotas dos fundos de investimento imobiliário, por qualquer beneficiário, inclusive por pessoa jurídica isenta, sujeitam-se à incidência do imposto de renda à alíquota de vinte por cento (redação dada pela Lei nº 9.779/1999).

46. Por envolver, então, isenção e diferimento de tributos, contemplar inúmeros ativos hábeis a serem investidos e não haver restrições quanto à concentração de cotistas em um único Fundo², evidentemente que o uso de estruturas com FIs atraíram tanto os contribuintes, na busca por maximizar seus resultados, quanto às autoridades tributárias, na busca para coibir abusos.

47. Nesse contexto, não se pode perder de vista que, à luz dos artigos 116 e 149, VII, ambos do CTN, o **fisco tem poderes para requalificar estruturas indevidamente formalizadas na forma de FI's, mas desde que reúna elementos probatórios que sejam capazes de atestar a efetiva ocorrência de simulação, com a sua consequente indevida redução de carga tributária**³.

48. Com efeito, a desqualificação de uma estrutura que contenha um FI pressupõe não só a comprovação do eventual prejuízo econômico ao Erário (representado, no caso, pela indevida redução de carga tributária), mas principalmente a demonstração de **desvio de sua causa jurídica ou sua interposição fictícia**, vícios estes que se fazem presentes na figura da simulação e suas vertentes ("falta de propósito negocial", "abuso de direito", "ausência de substância econômica" etc.).

49. **Não foi esse, entretanto, o caminho que seguiu a fiscalização responsável pelo presente lançamento**, que optou por equiparar o FI FLC 3.500 I, à pessoa jurídica para fins de tributação com base no artigo 2º da Lei nº 9.779/99.

Do caso concreto

50. Restou demonstrado que o Fundo de Investimento Imobiliário FLC 3.500 I foi constituído em novembro de 2013, sob a forma de Fundo de Investimento Imobiliário, com prazo de duração indeterminado **tendo sido o administrador a Planner Corretora de Valores S/A** até o dia 11/02/2019, data em que a administração passou para Brasil Plural S/A Banco Múltiplo, denominação atual do Banco Genial S/A.

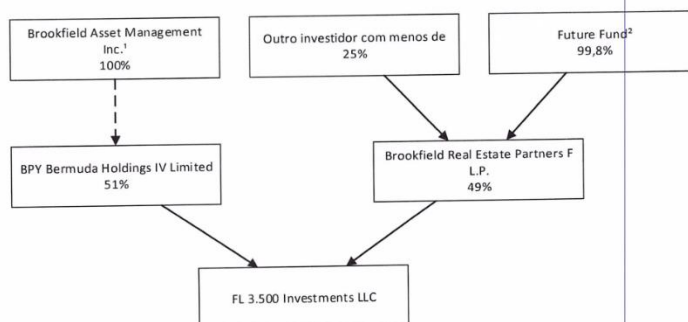
51. Em resposta ao TIF nº 03/2020, o FI informa que não identificou qualquer elemento ou constatação que justifique a sua sujeição ao disposto no artigo 2º da Lei 9.779/99, na medida em que não investiu recursos em empreendimentos imobiliários que tenha como incorporador, construtor ou sócio, quaisquer de seus quotistas, isoladamente ou em conjunto com pessoa a ele ligada....".

52. Também consta dos autos, documento (e-fls. 128), onde em resposta a Fiscalização, a Planner (antiga administradora do Fundo) responde apresentando um organograma e notas explicativas:

² A unipessoalidade de fundos de investimento, aliás, foi expressamente reconhecida pelo artigo 111 -A da Instrução CVM nº 409/2004.

³ Conforme visto, apesar dos os FI's não pulverizados gozarem de isenções sobre determinados investimentos, a distribuição de seus resultados está sujeita à tributação na fonte, distribuição que esta que deve ocorrer anualmente aos quotistas. Por isso da extrema importância, antes assumir uma presunção absoluta de economia tributária e consequente prejuízo ao Erário, da compreensão da tributação do FI e quotista de forma conjunta e comparada com a estrutura imobiliária ordinária.

FL 3.500 Investments LLC



Notas:

¹ – A Brookfield Asset Management Inc. é listada na New York Stock Exchange sob o código BAM e na Toronto Stock Exchange sob o código BAM.A;

² - <https://www.futurefund.gov.au/>

- No melhor do nosso conhecimento, até a presente data, não existe beneficiário final pessoa física que possua, direta ou indiretamente, 10% ou mais de participação no capital da FL 3.500 Investments LLC; e
- Independente da participação no capital da FL 3.500 Investments LLC, nenhum investidor exerce influência significativa na sociedade visto que, nos termos do seu contrato social, a gestão e controle dos negócios é conduzida exclusivamente por gestor independente.

FL 3.500 Investments LLC

Por: **Felipe Escamilla Rocha**

Sandro Januzzi Peres

Cargo: **Directores**

53. O Fundo de Investimento Imobiliário FL 3.500 I possui como único cotista o CBK Investments LLC/FL 3500 Investments LLC (FL 3500 Investments LLC), sociedade constituída em Delaware, EUA, sendo representado, no país, por Citibank DTVM S/A (CBK Investments LLC — Citibank DTVM S/A).

54. Entre janeiro/2017 a fevereiro/2019, o fundo possuía no seu ativo imóvel localizado na avenida Brigadeiro Faria Lima, 3.500, em São Paulo/SP - locado ao Itaú/Unibanco. Esse imóvel foi adquirido em 14 de agosto/2014 por Brookfield Property Group Brazil S/A de TS-4 FLT Desenvolvimento Imobiliário Ltda.

55. Posteriormente, em 08/09/2014, a Brookfield Property indicou o FII FL 3.500 I como adquirente do bem, ocasião em que o fundo assumiu os consequentes direitos e obrigações relativos à promessa de aquisição do ativo, em face da TS-4, tendo em vista cláusula a declarar prevista no contrato.

56. Assim, diante dos fatos, a autoridade fiscal entendeu que a Brookfield Property, ao indicar o FII FL 3.500 para ser o adquirente do imóvel, teria incorrido em concorrência predatória, já que a controladora final do Grupo Brookfield - Brookfield Asset Management Inc. ("Brookfield Asset") - é, também, detentora, aproximadamente, de 50% do capital do cotista exclusivo do FII e teria utilizado o fundo apenas para concorrer de forma mais favorável com outras empresas que exploram a atividade imobiliária.

57. Percebe-se que a Autoridade Fiscal, no Termo de Verificação Fiscal – TVF, trata o "Grupo Brookfield", como o real proprietário do imóvel locado ao Grupo Itaú/Unibanco; não se sabe se ela quer se referir à Brookfield Property e/ou, em última análise, à Brookfield Asset.

58. Ocorre que, é perceptível que o Grupo Brookfield é um gestor internacional de ativos, entre eles, de energia renovável, infraestrutura, private equity, de crédito e imobiliário, onde capta investidores que tenham perfil compatível com o ativo objeto do investimento e com eles compartilha o risco do negócio, na medida em que também aporta recursos próprios.

59. Este foi, portanto, o modelo utilizado para a aquisição do investimento/imóvel localizado na Avenida Faria Lima, tendo o Grupo Brookfield investido, para tanto, 51% dos seus recursos mantidos no exterior. Os 49% restantes, portanto, foram provenientes de seus clientes/investidores, os quais não possuem qualquer relação societária com o Grupo Brookfield.

60. Nesse contexto, chama atenção o fato de que a fiscalização não alegou nenhuma “economia indevida de tributos” no uso dessa estrutura; não questionou o preço dos negócios celebrados entre as partes (venda e locação dos imóveis); não questionou eventual interposição fictícia ou inexistência de causa jurídica do FII FL 3.500 I; não arguiu nenhuma ocorrência de simulação ou fraude; e também não invocou nenhuma outra teoria (“falta de propósito negocial”, “abuso de direito” ou “fraude”) que eventualmente pudesse **desqualificar o Fundo propriamente dito**.

61. Pelo contrário, a tributação do FII FL 3.500 I como pessoa jurídica não se deu pelo caminho da sua requalificação jurídica, mas sim por uma interpretação, digamos, **forçada da regra de equiparação prevista no artigo 2º da Lei nº 9.779/99**.

62. Ao equiparar o Fundo de Investimento Imobiliário FL 3.500 I à regra do art. 2º da Lei nº 9.779/99, a autoridade autuante menciona que o efetivo sócio/proprietário é o grupo Brookfield, pois possui o controle de FL 35000 Investments LLC, único cotista do fundo.

63. A autuação foi mantida pela decisão recorrida em razão de o FII FL 3.500 I ter um único cotista, participando indiretamente com mais de 25% do Fundo. A autoridade julgadora a quo, complementa que a figura do cotista único me parece incompatível com a natureza do fundo de investimento imobiliário.

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

65. Os acórdãos abaixo entendem que se o 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).

66. Em sentido diverso, os acórdãos 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**).

67. No meu entender tal participação indireta não atrai a regra de equiparação de FII à pessoa jurídica, **exceto na hipótese de dolo, fraude ou simulação**.

Subsidiariamente

68. O recorrente pleiteia ainda a reapuração do crédito tributário alegando erros na base de cálculo do IRPJ e da CSLL, pois a Fiscalização desconsidera os ajustes que deveriam ser realizados ao lucro contábil para que se chegasse ao lucro real dos trimestres, notadamente as exclusões e deduções relativas aos ganhos decorrentes da avaliação a valor justo ("AVJ") do ativo.

69. Aduz sobre a necessidade de 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.

70. Utilizo para fins de decidir, o Acórdão proferido recentemente desta Turma, pelo Ilustre Conselheiro Efigênio de Freitas Júnior, cujo trechos do voto se extrai:

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

Solução de Consulta Cosit nº 182, de 2019.

Ademais, não há um conceito na legislação de regência a respeito do que seria “sócio”, posto que este é um termo originado do Direito Comercial, cuja base legal

se encontra hodiernamente positivada como Direito de Empresa no Livro II do Código Civil, sendo neste inequívoca a concepção de que sócio é aquele que contribui para a formação do capital social com bens ou serviços, fazendo jus a parte do resultado da sociedade. [...]

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

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. (...)

(Acórdão nº 1101-001.407 – 1ª Seção/1ª Câmara/1ª Turma Ordinária – Sessão de 10 de outubro de 2024).

71. E ainda como razões para decidir, utilizo o 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.**

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

Conclusão

73. Ante o exposto, tenho o mesmo entendimento do Acórdão acima mencionado, recentemente publicado, de 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.

74. Deixo de analisar as demais alegações em razão da perda de objeto.

75. Portanto, voto no sentido de afastar as preliminares e no mérito dar provimento ao recurso voluntário, para cancelar o auto de infração sob o fundamento de que o art. 2º da Lei nº 9.779/199 não contempla a participação indireta para fins de equiparação do FII à pessoa jurídica, exceto nos casos de dolo, fraude ou simulação.

assinado digitalmente

Edmilson Borges Gomes

ACÓRDÃO 1101-001.485 – 1ª SEÇÃO/1ª CÂMARA/1ª TURMA ORDINÁRIA

PROCESSO 16561.720032/2021-42

DOCUMENTO VALIDADO