



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



PROCESSO	17459.720040/2022-18
ACÓRDÃO	1301-007.420 – 1ª SEÇÃO/3ª CÂMARA/1ª TURMA ORDINÁRIA
SESSÃO DE	14 de agosto de 2024
RECURSO	VOLUNTÁRIO
RECORRENTE	2509 FUNDO DE INVESTIMENTO IMOBILIÁRIO – FII
RECORRIDA	FAZENDA NACIONAL

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Ano-calendário: 2018

NULIDADE DO ACÓRDÃO RECORRIDO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. ARGUMENTOS ESSENCIAIS.

Embora não exista o dever de se manifestar sobre todas as alegações formuladas, o julgador deve se manifestar sobre os argumentos capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada, de acordo com os arts. 489, § 1º, IV do CPC e 31 do Decreto nº 70.235/1972. Havendo omissão a respeito de argumentos essenciais apresentados pelos sujeitos passivos, deve ser anulado o acórdão recorrido.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em acolher a preliminar de nulidade do acórdão recorrido, por vício de fundamentação, determinando o retorno dos autos à DRJ para que seja proferida nova decisão, nos termos do voto do Relator.

Sala de Sessões, em 14 de agosto de 2024.

Assinado Digitalmente

Eduardo Monteiro Cardoso – Relator

Assinado Digitalmente

Rafael Taranto Malheiros – Presidente

Participaram da sessão de julgamento os julgadores Iagaro Jung Martins, Jose Eduardo Dornelas Souza, Eduardo Monteiro Cardoso, Rafael Taranto Malheiros (Presidente).

Relatório

Trata-se de Recursos Voluntários interpostos por 2509 FUNDO DE INVESTIMENTO IMOBILIÁRIO (fls. 6.447/6.545) e por CREDIT SUISSE HEDGING-GRIFFO CORRETORA DE VALORES S.A. (Fls. 6.318/6.440) em face de acórdão da Delegacia de Julgamento da Receita Federal do Brasil 07 (DRJ07) que julgou procedente em parte as Impugnações apresentadas, mantendo parte do crédito tributário.

Referido crédito tributário decorre de Autos de Infração (fls. 2.391/2.455) lavrados para exigir IRPJ, CSLL, Contribuição ao PIS e Cofins do ano-calendário de 2018, em função da constatação de suposta infração relativa a receitas não tributadas, tendo em vista (i) a equiparação do 2509 FII a pessoa jurídica, por força do art. 2º da Lei nº 9.779/1999 e (ii) a existência de resultado positivo de avaliação a valor justo sem controle em subcontas. Os valores cobrados foram acrescidos de multa de ofício, sem qualificação, e de juros de mora. Tendo em vista a equiparação do 2509 FII a pessoa jurídica, foram exigidas multas por (i) descumprimento do prazo para entrega da Escrituração Contábil Digital (ECD), (ii) descumprimento do prazo para entrega da Escrituração Contábil Fiscal (ECF), (iii) descumprimento da intimação para apresentação de EFD-Contribuição e (iv) descumprimento do prazo para apresentação de EFD-Contribuições.

Por bem sintetizar os fatos apurados pela Fiscalização, transcrevo parte do Termo de Verificação Fiscal (fls. 2.365/2.390) que fundamenta as autuações:

VERIFICAÇÃO

1 Esta fiscalização tem por objeto a verificação da adequação da tributação incidente sobre os resultados produzidos pelo “PMV FUNDO DE INVESTIMENTO IMOBILIÁRIO – FII”, nome que foi posteriormente alterado para “2509 FUNDO DE INVESTIMENTO IMOBILIÁRIO – FII” (FUNDO), apurados e distribuídos no ano de 2018.

2 O FUNDO foi constituído em 10/12/2013 sob a forma de condomínio fechado, destinado a investidores qualificados e tem como objetivo proporcionar a seus cotistas a valorização e a rentabilidade de suas cotas no longo prazo, preponderantemente pelo investimento no empreendimento atualmente denominado “SÃO PAULO CORPORATE TOWERS”, que foi construído sobre os imóveis objeto das matrículas nºs 152.293, 179.191 e 185.124, do 4º Cartório de Registro de Imóveis da Cidade de São Paulo, no local onde existia um conjunto de edifícios que constituía o “CONDOMÍNIO CENTRO EMPRESARIAL CAMARGO CORREA”. Os citados bens pertenciam a PARTICIPAÇÕES MORRO VERMELHO S/A (PMV), (fls. 2.166 a 2.171, 2.184 a 2.188 e 2.265 a 2.267).

3 A PMV é controlada pelas pessoas jurídicas R.C.A.B.P.N. EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES S.A., R.C.N.P.N. EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES S.A, R.C.P.O.D.P.N. EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES S.A, R.C.A.B.O.N. EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES S.A, R.C.N.O.N. EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES S.A e R.C.P.O.D.O.N. EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES S.A. As três primeiras detêm, cada uma, 22% das ações da PMV, e as outras têm o domínio, individualmente, de 11% das ações da companhia (fls. 701 a 815).

4 As companhias R.C.A.B.P.N. e R.C.A.B.O.N. são pertencentes a ROSANA CAMARGO DE ARRUDA BOTELHO; a quase totalidade das ações da R.C.N.P.N. e R.C.N.O.N são detidas por RENATA DE CAMARGO NASCIMENTO; e as pessoas jurídicas R.C.P.O.D.P.N. e R.C.P.O.D.O.N. são controladas por REGINA DE CAMARGO PIRES OLIVEIRA DIAS (fls. 999 a 1.559).

5 Para administrar a construção do empreendimento, realizada por CAMARGO CORREA DESENVOLVIMENTO IMOBILIÁRIO S/A, empresa indiretamente controlada por PARTICIPAÇÕES MORRO VERMEHO, foi constituída, em 14/04/2010, a sociedade de propósito específico VIOL EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA, atual VIOL SPE S/A, diretamente pertencente à PMV (fls. 954 a 998)

6 Os direitos sobre os terrenos que suportaram a edificação foram transferidos, em 08/09/2010, pela PMV à VIOL a título de conferência de bens para aumento de capital. Esses mesmos imóveis foram dados pela VIOL em alienação fiduciária para o “PMV FUNDO DE INVESTIMENTO IMOBILIÁRIO – FII, conforme AGE datada de 20/12/2013 (fls. 982 a 987), o que representou a integralização de 137.715 cotas do FUNDO. Ultimada a construção, os edifícios foram destinados ao pagamento das 1.347.400 cotas restantes.

7 Em 20/10/2016, uma série de alterações societárias foram levadas a efeito nas companhias envolvidas no empreendimento, conduzindo, ao fim, as cotas do FUNDO para as empresárias que indiretamente são proprietárias da PARTICIPAÇÕES MORRO VERMELHO.

8 Desse modo, a VIOL promoveu redução de seu capital no valor de R\$ 1.482.303.454,09, dando em pagamento à acionista PMV 1.485.565 cotas do FUNDO (fls. 994 a 998). O mesmo procedimento foi seguido pela PMV, que entregou a participação no FUNDO para as acionistas R.C.A.B.O.N., R.C.A.B.P.N., R.C.N.O.N., R.C.N.P.N., R.C.P.O.D.O.N. e R.C.P.O.D.P.N. (fls. 807 e 808), na seguinte partilha:

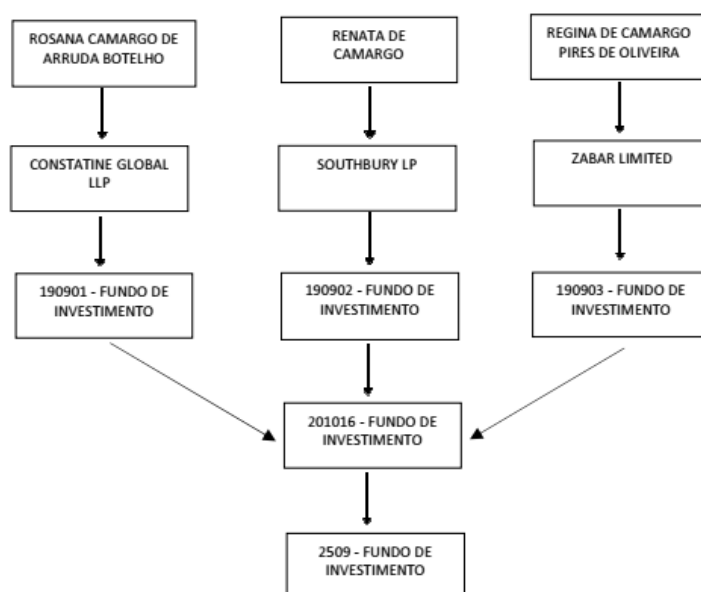
Sócia	Valor da Redução de Capital	Cotas do fundo	Valor da cota
R.C.N.O.N.	164.840.828,31	165.203,53133	997,80451
R.C.N.P.N	329.260.323,05	329.984,80200	997,80451
R.C.P.O.D.O.N.	164.840.828,31	165.203,53133	997,80451
R.C.P.O.D.P.N.	329.260.323,05	329.984,80200	997,80451
R.C.A.B.P.N.	329.260.323,05	329.984,80201	997,80451
R.C.A.B.O.N.	164.840.828,31	165.203,53133	997,80451
Total	1.482.303.454,09	1.485.565,00000	

9 Ainda no dia 20/10/2016, as empresas R.C.N.O.N., R.C.N.P.N., R.C.P.O.D.O.N., R.C.P.O.D.P.N., R.C.A.B.P.N. e R.C.A.B.O.N. decidiram pela redução do capital social nos mesmos valores recebidos de PMV e entregaram em pagamento as cotas do FUNDO para as acionistas ROSANA CAMARGO DE ARRUDA BOTELHO, RENATA DE CAMARGO NASCIMENTO e REGINA DE CAMARGO PIRES OLIVEIRA (fls. 1.082 e 1.083, 1.166 e 1.167, 1.255 e 1.256, 1.354 e 1.355, 1.456 e 1.457, 1.554 e 1.555).

10 As movimentações societárias antes descritas tiveram o objetivo de colocar as pessoas, indiretamente envolvidas na concretização do empreendimento, diretamente no domínio de todas as cotas do fundo de investimento imobiliário.

11 Visando ainda distanciar as proprietárias diretas do fundo imobiliário, proprietário fiduciário dos imóveis, as cotas recém recebidas foram utilizadas para integralização de subscrições em outros fundos de investimento.

12 Primeiramente, as participações no Fundo PVM foram entregues aos fundos CONSTATINE GLOBAL LLP – SANTANDER SECURITIES SERVICES BRASIL DTVM S.A, SOUTHBURY LLP – SANTANDER SECURITIES SERVICES BRASIL DTVM. e ZABAR LIMITED ITAU UNIBANCO S.A. Em seguida, as cotas do PMV foram transferidas para os fundos 190901 – FUNDO DE INVESTIMENTO MULTIMERCADO – CRÉDITO PRIVADO, 190902 – FUNDO DE INVESTIMENTO MULTIMERCADO – CRÉDITO PRIVADO e 190903 – FUNDO DE INVESTIMENTO MULTIMERCADO – CRÉDITO PRIVADO, movimentação graficamente representada da seguinte forma:



13 De acordo com informações prestadas pela administradora do FUNDO, foram distribuídos, no ano de 2018, R\$ 93.205.445,35 a título de rendimentos, sem o pagamento de tributos.

14 O benefício fiscal, no entanto, é inaplicável no presente caso, pois ferida regra de entrada, de constituição do fundo imobiliário, a qual remete à tributação devida pelas pessoas jurídicas o fundo de investimento 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 cotas (regra de 25%), norma prevista no art. 2º da Lei 9.779/99.

15 Os fundos de investimento imobiliário foram instituídos pela Lei 8.668/93, com alterações posteriores das leis 9.779/99, 11.033/2004, 11.196/2005 e 12.024/2009. A definição desse tipo de fundo encontra-se no artigo 1º da Lei 8.668/93.

[...]

17 O artigo 2º atribuiu aos FII a qualificação jurídica de condomínio fechado, haja vista a impossibilidade de resgate das cotas antes do encerramento de suas atividades.

18 A Instrução CVM 472/2008, norma da autarquia que é responsável pelo controle dos fundos de investimento, faz eco à definição legal:

[...]

19 Dessas definições preliminares destaca-se novamente a captação de recursos dos FII por meio do sistema financeiro. Ou seja, o espírito da Lei é permitir que o mercado imobiliário se valha de captação externa de recursos, por meio de títulos e valores mobiliários, descentralizando e popularizando a captação de recursos para o financiamento da atividade imobiliária. Isso fica evidente não apenas no

texto da Lei que instituiu os FII, mas também quando se analisa a legislação de forma completa.

20 E com esse fim em mente é que a legislação dos FII foi elaborada, sendo posteriormente atualizada para coibir os desvios dessa finalidade, mediante a inserção de norma específica antielisiva, consistente na vedação do aproveitamento da isenção na hipótese de o fundo imobiliário aplicar recursos em empreendimento imobiliário que tenha como incorporador, construtor ou sócio, quotista que possua, isoladamente, ou em conjunto com pessoa a ele ligada, mais de vinte e cinco por cento das quotas do fundo (regra de 25%). Essa regra, sendo um preceito de entrada, cumpre seu papel ao evitar as concentrações de renda e a perpetuidade do modelo de financiamento familiar.

21 O ponto de partida que nos parece mais adequado para a análise da legislação dos FII é a definição de “empreendimento imobiliário”, que com o passar do tempo superou em muito a simples noção de imóvel. De fato, a primeira instrução CVM sobre o tema trazia um rol de ativos bastante restrito e arraigado ao conceito físicos dos imóveis.

[...]

22 Avançando no tempo, a instrução mais recente da CVM, a já citada ICVM 472/08, elenca, em seu artigo 45, os “empreendimentos imobiliários” permitidos aos FII:

[...]

23 Importante ressaltar, neste ponto, que a lista ampliada dos empreendimentos imobiliários da CVM não exigiu alterações na Lei nº 8.668/93, sendo, portanto, perfeitamente adequada a essa norma. Ou seja: à medida que o mercado foi se desenvolvendo e se sofisticando, foram sendo incluídas novas categorias de empreendimentos permitidos aos FII, mas sempre em consonância com o espírito da legislação desse tipo de fundo, qual seja: desenvolver o mercado imobiliário por meio do sistema financeiro. Todos os empreendimentos imobiliários listados pela ICVM 472 estão em harmonia com essa premissa fundamental.

24 Esse ponto é muito importante, repise-se: a legislação dos FII foi construída em torno da pulverização do financiamento da atividade imobiliária, da participação dispersa e não concentrada dos agentes econômicos, da utilização da poupança popular para o desenvolvimento desse mercado. Em troca, foram concedidos benefícios fiscais para incentivar essa dispersão de investidores, tanto na entrada (aquisição de ativos do fundo), quanto na saída (distribuição dos resultados). Em resumo, a evolução da legislação aplicável mostra que os FII não foram criados para perpetuar o sistema vigente, de altíssima concentração de recursos e ativos imobiliários: fosse assim, não teriam razão de existir, pois apenas estariam aumentando a desigualdade, concedendo isenção para empresas e famílias já abastadas.

25 Se empresas e famílias possuidoras de inúmeros imóveis utilizarem a estrutura de um FII para obter rendas ainda mais elevadas, pela renúncia fiscal proporcionada aos fundos e suportada pela sociedade, violarão frontalmente o espírito da legislação dos FII.

26 Para evitar situações abusivas como as descritas no item anterior, o legislador ordinário introduziu no sistema jurídico um dispositivo para evitar que grandes proprietários transferissem seus FII e se beneficiassem como cotistas desses fundos (Lei nº 9.779/99):

[...]

27 Antes de analisar detalhadamente cada ponto da regra, vale mencionar a “Exposição de motivos” do legislador:

[...]

28 Note-se que o espírito da norma é evitar “concorrência predatória dos referidos fundos com pessoas jurídicas que exploram as mesmas atividades”. Ora, está claro que os FII, ao violarem a regra de 25%, promovem concorrência predatória com o mercado imobiliário, por serem entidades tributariamente beneficiadas. Mas quem são as pessoas jurídicas e quais as mesmas atividades que o legislador menciona?

29 Não é difícil estabelecer que as pessoas jurídicas mencionadas são as empresas e companhias que desempenham atividades no ramo imobiliário e sofrem tributação aplicável a qualquer outra empresa. Essas pessoas jurídicas podem atuar tanto no ramo da construção quanto na incorporação de imóveis. E com mais razão ainda, podem ser sócios, proprietários desses imóveis, dos títulos que os representam, auferindo renda de aluguéis ou venda lucrativa. Isso significa que apenas pessoas jurídicas estariam sujeitas à regra? Evidente que não, a lei não impôs essa restrição, sendo essa uma interpretação completamente equivocada. Pode-se perfeitamente conceber uma pessoa física como construtor, incorporador ou sócio (proprietário) do empreendimento. É o que, aliás, diz a lei 4.591/64 acerca do incorporador:

[...]

30 Portanto, independentemente de ser uma pessoa física ou jurídica, basta, para violar a regra de 25%, que tal pessoa tenha desempenhado, direta ou indiretamente, algum desses papéis em empreendimentos que receberam investimento do FII e se torne cotista majoritário desse mesmo fundo. Note-se que a exposição de motivos da Lei 9.779/99 esclarece que a regra evita a concorrência predatória dos FII “com” as pessoas jurídicas; não “das” pessoas jurídicas cotistas do FII: a vedação é de concorrência dos FII com as pessoas jurídicas. Pouco importa a natureza do cotista.

31 Quanto às atividades mencionadas (mesmas atividades), são todas aquelas que compõem o mercado imobiliário, notadamente as de construção, incorporação,

venda e locação dos imóveis, com o fim último de obter renda com essas atividades.

32 Evidente que para o legislador tributário, atividade imobiliária – quando menciona as “mesmas atividades” – refere-se tanto a construção e incorporação, quanto às demais atividades relacionadas como venda e locação de bens imóveis. É o que dizia a ICVM 205, de 1994, referindo-se a “empreendimentos imobiliários, tais como construção de imóveis, aquisição de imóveis prontos, posterior alienação, locação ou arrendamento”.

33 Portanto, a intenção do legislador, ao impor aos FII a regra de 25%, foi vedar a concorrência predatória desses fundos com empresas do setor imobiliário, seja nas atividades de construção e incorporação, seja nas demais atividades, de compra e venda e locação, com imóveis ou títulos representativos de sua propriedade

34 Se, de fato, era absolutamente necessária a imposição de limites à concorrência predatória, já explicitada na exposição de motivos da Lei 9.779/99, nos primórdios dos FII, hoje, com um mercado de cerca de 180 bilhões de reais em patrimônio e presença de milhares de cotistas, há a necessidade de se cumprir de forma ainda mais rigorosa a separação entre empresas do setor (tributadas) e FII (isentos), observando rigorosamente a regra de 25% e as demais normas que regulam o setor.

35 O abuso dos FII acentuaria a concentração do mercado imobiliário, que a regulamentação legal objetivou reduzir. E, não bastasse a natural concentração, o uso ilegítimo dos FII aumentaria pela fruição de um benefício indevido. Não se pode pensar em nada mais contrário ao espírito da norma e ao desenvolvimento do setor imobiliário no Brasil do que a violação da regra de 25% pelos FII.

36 Importa agora aprofundar os conceitos mais disputados nessa relação: as figuras do incorporador, construtor e sócio. E, nesse ponto, não há como não fazer remissão à Lei 4.591/64, que é a chamada Lei dos Condomínios, que trouxe pela primeira vez a figura do incorporador ao direito brasileiro. Estabelece o art. 29 da Lei 4.591:

[...]

37 O importante é observar que o incorporador é um ator central na edificação de empreendimentos imobiliários, cercado de duas outras figuras também fundamentais: a do construtor e a do proprietário do terreno onde se dará a obra. É o que se vê no artigo 31 da mesma lei, que define quem pode ocupar esse papel:

[...]

38 Vemos como nesse texto legal aparecem, de forma paralela, os três elementos da regra de 25%, sendo o incorporador claramente definido e delimitado, o construtor também contextualizado podendo inclusive se confundir com o

incorporador; e o proprietário do terreno, ou seja, o dono, proprietário ou sócio do empreendimento. São os mesmos três elementos da regra de 25%, com uma diferença importante em relação ao último:

- Incorporador: responsável pelo planejamento da obra comercialização das unidades produzidas;
- Construtor: responsável pela construção;
- Proprietário do terreno: que seria o sócio do empreendimento, é aquele que possui o terreno onde se dará a obra que proporcionará resultados futuros para si em troca de permissão da construção

39 Assim, podemos concluir que nesse ponto a regra de 25% tem uma clara inspiração na Lei dos condomínios, com uma diferença importante: a troca de “proprietário do terreno” por “sócio”.

40 A razão para a substituição do “proprietário do terreno” da lei 4.591/64 pelo “sócio” da Lei 9.779/99 tem um motivo bastante simples: os empreendimentos abrangidos pela regra de 25% extrapolam a construção civil, incluindo toda uma gama de recebíveis e títulos representativos de propriedade. Quisesse o legislador ordinário da lei 9.779/99 limitar o alcance da norma a imóveis ou imóveis em construção, bastaria cravar, ao invés do polissêmico termo “sócio”, um simples “proprietário do terreno”

41 A referência literal à Lei dos Condomínios estaria posta. Mas não foi o que ocorreu, pois limitar a regra dos 25% a imóveis físicos teria sido por demais ingênuo. Haveria dezenas de formas de contornar rapidamente essa regra, transformando os imóveis em títulos representativos de sua propriedade, perpetuando a concentração de riqueza que foi justamente o que quiseram evitar os legisladores de então.

42 A expressão “proprietário do terreno” já era limitadora do conceito em 1999, pois não abrangia o imóvel pronto, apenas aquele em construção. O legislador ordinário deveria, então, usar um termo mais abrangente para a regra de 25%, algo como “proprietário do imóvel”, porém, não o fez. Ao invés de ficar preso ao conceito de imóvel físico, utilizou um termo ainda mais abrangente; usou “sócio”. E assim o fez porque a expressão empreendimento imobiliário, que acompanha os FII é, já em seu nascedouro, mais abrangente que o mercado físico. O FII, como já abordado, representa a convergência dos mercados imobiliário e financeiro.

43 Assim, embora o conceito de empreendimentos imobiliários ainda não houvesse sido ampliado para todo o rol de títulos da ICVM 472 em 2008, o legislador já sabia que essa expressão comportava tal diversidade de ativos. E, para abarcá-los, achou por bem representar o seu titular de direitos mediante uso do polissêmico termo “sócio”. Essa é a razão da regra de 25%: trazer a tríade “incorporador, construtor e sócio”, sendo que os dois primeiros, esse sim, estão intimamente ligados à obra de construção civil. Mas “sócio” tem o alcance e flexibilidade linguística que combina com o restante da legislação tributária dos

FII, podendo ser acoplado a quaisquer dos empreendimentos imobiliários de então e, também, aos definidos posteriormente na ICVM 472, como ações, cotas de FII, CRI e outros.

44 Ainda, o art. 2º da Lei nº 9.779/99 traz regra antielisiva, cujo desiderato consiste em evitar o uso dos fundos de investimento imobiliário por pessoas físicas ou jurídicas para a obtenção de redução tributária, em prejuízo da concorrência. Requer, para sua melhor execução, a superação do formalismo jurídico na avaliação do contexto fático, de modo a evitar a utilização, para fins de aproveitamento de benesse tributária, de fundos de investimento imobiliário que não foram constituídos a partir da comunhão de recursos captados junto aos investidores para a aplicação em empreendimentos imobiliários.

45 O que se pretendeu evitar, por meio da norma especial antielisiva, é a cumulação da posição jurídica de quotista relevante de fundo de investimento imobiliário (definido como aquele que possui, isoladamente ou em conjunto com pessoa a ele ligada, mais de 25% das quotas do fundo) com a pessoa do incorporador, construtor ou sócio do mesmo empreendimento imobiliário.

46 No presente caso, ultrapassando-se a forma adotada pelo contribuinte, que pretendia obnubilar a visão do Fisco, chegamos à violação da regra mais básica dos FII, pois a captação dos recursos não se deu pelo sistema financeiro, ao contrário, foi aportado indiretamente pelas mesmas pessoas que comandaram a realização do empreendimento imobiliário e que passaram a ser proprietárias da totalidade das cotas do fundo imobiliário que explora o negócio.

47 Do ponto de vista material, a utilização de pessoas jurídicas para a materialização das edificações, bem como a posterior interposição dos fundos CONSTATINE, ZABAR, SOUTHBURY, 190901, 190902 e 190903 não conduzem, sobretudo quando se está diante da aplicação de norma antielisiva, à abstração da efetiva propriedade do empreendimento imobiliário e das cotas do FUNDO pelas Sras. ROSANA, RENATA e REGINA, ferindo a norma insculpida no art. 2º da Lei nº 9.779/99.

48 Não é por demais ressaltar, por fim, que não se trata aqui de desconsideração do fundo de investimento, mas apenas da modificação do regime tributário aplicável, equiparando-o, para efeitos tributários, ao incidente sobre as pessoas jurídicas que desenvolvem atividade empresarial semelhante.

Receitas de Ajuste a Valor Justo

49 As demonstrações financeiras auditadas do FUNDO, referentes ao ano de 2018, registram valores relevantes a título de ajuste a valor justo-AVJ. Essas receitas, atendidas determinadas condições não necessitam ser oferecidos a tributação. É o que preceitua o art. 13 da Lei nº 12.973/14:

[...]

50 O texto legal é cristalino: se o ganho de AVJ não for evidenciado em subcontas, será tributado. Isto porque a inobservância quanto a individualização por subconta desse ganho ou perda impossibilita a certificação de quais ativos estão sujeitos ao ganho e em que medida devem ter esse ganho oferecido à tributação, dado que cada ativo, individualmente, tem ganho e realização distintos, tornando impossível à Administração Tributária a determinação da quantia devida, pois não se sabe qual ativo se valorizou e qual seu estágio de realização em termos de depreciação ou amortização.

51 Em julgamento expresso no Acórdão nº 1301-004.091, o Conselho Administrativo Fiscais – CARF tratou dessa questão. Pedimos licença para reproduzir excerto do voto vencedor que abordou brilhantemente a necessária e obrigatória tributação da receita decorrente da AVJ na ausência da individualização por subconta:

[...]

52 Acrescente-se às disposições legais e a fundamentação expostas acima, a recusa da contribuinte em apresentar as obrigações acessórias contendo sua escrita fiscal. Não restou alternativa senão lançar imediatamente os tributos incidentes sobre as receitas resultantes da avaliação a valor justo, registradas globalmente pelo FUNDO no ano de 2018.

Obrigações acessórias devidas pelo FII que viola a regra de 25%

53 A competência da Receita Federal para exigir prestações, positivas ou negativas, no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos está autorizada no artigo 16 da Lei nº 9.779/99:

[...]

54 Intimamos a administradora a apresentar a Escrituração Contábil Fiscal (ECF), a Escrituração Fiscal Digital das Contribuições (EFD-Contribuições), a Declaração de Créditos e Débitos Tributários Federais – DCTF e a Escrituração Contábil Digital – ECD. Em resposta, alegou-se desconhecer infringência à norma isentiva e que, portanto, para o fundo, não podendo ser equiparado a pessoa jurídica, nenhuma obrigação acessória seria devida.

55 Porém, em razão da constatação de violação da regra de 25%, sobejamente adrede demonstrada, e a consequente equiparação da tributação do fundo à imposição devida pelas pessoas jurídicas, a entrega da escrituração ou apresentação das obrigações acessórias a autoridade tributária passa a ser obrigatória. É o que dispõe inclusive o Ato Declaratório SRF nº 02 de 2000.

“O SECRETÁRIO DA RECEITA FEDERAL, no uso das suas atribuições e, tendo em vista o disposto nos art. 2º a 4º e 22 da Lei No 3.000, de 26 de março de 1999 – RIR/99 e nos art. 9 a 13 da IN SRF No 123, de 14 de outubro de 1999, declara que o Fundo de Investimento Imobiliário de que trata a Lei No 8.668, de 25 de junho de 1993, que aplicar recurso 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, sujeita-se ao pagamento de todos os impostos e contribuições devidos pelas pessoas jurídicas de direito privado, bem assim ao cumprimento de todas as obrigações acessórias por elas devidas, devendo ter inscrição no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica – CNPJ própria

Escrituração Fiscal das Contribuições - EFD-Contribuições

56 A partir de 2013, todas as pessoas jurídicas ficaram obrigadas a entregar a EFD-Contribuições. Especificamente, no tocante aos fundos de investimento que descumprirem a regra de 25%, diz o art. 5º da IN RFB Nº 1252:

[...]

57 Portanto, há previsão expressa para a entrega da EFD em caso de enquadramento na regra de 25%, determinação descumprida pelo contribuinte.

58 No tocante às penalidades cabíveis pelo descumprimento da obrigação acessória, verificamos a incidência de duas diferentes normas que tratam das sanções pecuniárias devidas em razão da não entrega da EFD-Contribuições. Para os inadimplementos verificados até 30/05/2018, impõe-se as disposições contidas no artigo 57 da MP 2.158-25:

[...]

59 Artigo 57 da MP 2158-35/2001:

[...]

60 Com a promulgação da Lei nº 13.670/2018, vigente a partir de 30/05/2018, passamos a ter as penalidades previstas no art. 12 da Lei 8.218 de 1991 para as situações de não entrega das EFD-contribuições:

[...]

Escrituração Contábil Fiscal - ECF

61 Apesar de, no presente caso, ser possível se chegar ao lucro real a partir dos informes trimestrais entregues pela Administradora do FUNDO à CVM, dos balanços anuais auditados e do balancete contábil entregues à fiscalização, alcançando-se a materialidade que mais se aproxima da capacidade contributiva do contribuinte, a omissão na entrega da ECF é punível com a multa a que alude o artigo 6º da IN SRF nº 1.422/2013, com a redação dada pela IN SRF nº 1.574/2015:

[...]

62 Dispõe o art. 8º-A do DL 1.598/77:

[...]

Escrituração Contábil Digital - ECD

63 A não entrega da ECD implica multa prevista no artigo 11 da IN 1.774/2017, com a redação dada pela IN 1.856/2018, vigente a época das infringências:

[...]

64 O art. 12 da Lei 8.218 de 1991 impõe as seguintes multas:

[...]

PIS e Cofins

65 A violação da regra de 25% implica, para fins tributários, a equiparação do FUNDO a pessoa jurídica, sujeitando as operações do FII à incidência das contribuições sociais Pis/Pasep e Cofins. A recusa da apresentação da escrita fiscal, mesmo após intimação, conduz à adoção do regime geral, de apuração não cumulativa da base de cálculo.

66 O não fornecimento das informações pela Administradora do FUNDO impede a consideração de eventuais créditos calculados sobre o somatório dos bens e serviços adquiridos e demais custos e despesas incorridos. Seria imprescindível que tivesse sido informado, por meio da EDF-Contribuições, todos os créditos que deveriam ser considerados na apuração do tributo, bem como sua origem, identificando se os respectivos insumos atenderiam os critérios normativos.

67 A Lei nº 10.637/02 fornece a base de cálculo e alíquotas da contribuição destinada ao PIS/Pasep

[...]

68 A Lei nº 10.830/02 traz os elementos da regra-matriz de incidência da Cofins. O aspecto temporal, a base de cálculo e a alíquota do tributo, estão discriminados nos artigos 1º e 2º da Lei:

[...]

69 As receitas financeiras auferidas contam com tributação diferenciada, conforme artigo 1º do Decreto 8.426/2015:

[...]

Houve a atribuição de responsabilidade tributária ao CREDIT SUISSE HEDGING-GRIFFO CORRETORA DE VALORES S.A., com base na seguinte fundamentação:

Responsabilidade Solidária

70 O Código Tributário Nacional – CTN, nos artigos 113, 121 e 124, dispõe cuidadosamente quanto à relação jurídica existente entre o sujeito passivo e o Fisco:

[...]

71 A legislação ordinária, direcionada especificamente à regulamentação dos fundos imobiliários, atribui à administradora ampla competência na gestão. O art. 14 da Lei 8.668/93 estabelece:

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

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

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

72 A norma tributária, por sua vez, em contraponto a profusa atribuição de poderes à administradora do fundo imobiliário, determinou, no art. 4º da Lei nº 9.779/99, suas obrigações perante o Fisco.

“Art. 4º 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.”

73 Assim, é possível concluir que, por disposição expressa no art. 4º da Lei nº 9.779/99, em consonância com as normas gerais previstas nos artigos do CTN acima transcritos, a administradora do fundo é responsável solidária pelas obrigações tributárias, principais e acessórias do fundo imobiliário que gerencia.

74 Particularmente, no presente caso, a CREDIT SUISSE HEDGING-GRIFFO, administradora do FUNDO no período, detinha as informações necessárias e suficientes para chegar às reais proprietárias do empreendimento imobiliário e das cotas do FII e, por consequência, concluir pela clara infringência da regra estatuída no artigo 2º da Lei 9.779/99.

Os Recorrentes apresentaram as suas Impugnações (fls. 2.462/2.550 e 6.015/6.126), que foram parcialmente acolhidas pela DRJ, por meio de acórdão (fls. 6.246/6.304) ementado da seguinte forma:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2018

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

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

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

Mantém-se a atribuição de responsabilidade tributária da instituição administradora do fundo de investimento imobiliário, se este foi equiparado à pessoa jurídica.

Assunto: Outros Tributos ou Contribuições

Ano-calendário: 2018

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

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

Assunto: Obrigações Acessórias

Ano-calendário: 2018

MULTA REGULAMENTAR. ESCRITURAÇÃO CONTÁBIL FISCAL – ECF. LIMITE MÁXIMO.

A multa por falta ou não apresentação da ECF está limitada a cinco milhões de reais. O crédito tributário que exceder a tal valor deve ser cancelado.

Impugnação Procedente em Parte

Crédito Tributário Mantido em Parte

Assim, a DRJ manteve integralmente as exigências tributárias de IRPJ, CSLL, Contribuição ao PIS e Cofins, bem como a imputação de responsabilidade tributária. Com relação às multas regulamentares, manteve integralmente aquelas relativas à EFD-Contribuições e à ECD, mas reduziu a penalidade relativa à ECF, de R\$ 8.821.229,86 para R\$ 5.000.000,00. Não houve interposição de Recurso de Ofício, porque o valor reduzido é inferior ao estabelecido na Portaria MF nº 2/2023.

Inconformada, a Recorrente CREDIT SUISSE HEDGING-GRIFFO CORRETORA DE VALORES S.A. interpôs Recurso Voluntário (fls. 6.318/6.440), cujas razões foram por ela sintetizadas da seguinte forma:

Parte A – Questões de Mérito: Inaplicabilidade do artigo 2º da Lei 9.779/99

(i) Preliminarmente, a decisão de primeira instância é nula, haja vista sua motivação deficiente, em clara violação ao *caput* e ao § 1º do artigo 50 da Lei nº 9.784/1999, pois as (i) razões de decidir do *decisum* foram apresentadas em menos de 15 (quinze) páginas, (ii) 9 (nove) argumentos e 1 (um) pedido subsidiário não foram apreciados pela decisão da d. DRJ, e (iii) diversos argumentos foram afastados com contraposições de um único parágrafo, sem qualquer desenvolvimento do raciocínio desenvolvido pela d. Autoridade Julgadora;

(ii) Preliminarmente, verifica-se a nulidade da autuação por vício de motivação, uma vez que o auto de infração não deixa claro quem ocuparia a posição de suposto incorporador, construtor ou sócio do empreendimento e que deteria 25% (ou mais) de participação no FII, para fins da pretensa aplicação da regra prevista no artigo 2º da Lei nº. 9.779/99;

(iii) A nulidade da autuação também se verifica tendo em vista a iliquidez e incerteza do crédito tributário, uma vez que:

α) Houve erro na determinação da base de cálculo dos tributos lançados, tendo em vista que o Fisco não poderia ter se valido do lucro real, porque, em primeiro lugar, não se

assegurou ao FII a possibilidade de realizar a opção do regime de apuração dos tributos exigidos no momento da autuação, com eventual opção pelo regime do lucro presumido, caso fosse mais vantajoso a ele e, em segundo lugar, mesmo que assim não fosse, caberia à Fiscalização valer-se do regime de tributação baseado no lucro arbitrado, uma vez que a não apresentação dos livros e documentos exigidos é justamente a hipótese prescrita pelo inciso III do artigo 47 da Lei nº. 8.981/95 para adoção obrigatória de tal regime;

b) Além disso, a autuação deixou de considerar eventuais créditos de PIS e de COFINS pela sistemática não cumulativa, nos termos do artigo 3º, inciso II, das Leis nºs. 10.637/02 e 10.833/03, atingindo-se uma base majorada de tais tributos;

c) Quanto às multas regulamentares, o Fisco também cometeu erros em seu cômputo. Especificamente no que tange à multa isolada aplicada pela suposta não entrega de ECF, o Fisco deixou de obedecer ao limite máximo de R\$ 5.000.000,00 (cinco milhões de reais) para tal penalidade, previsto no artigo 8º-A, § 1º, inciso II do Decreto-Lei nº 1.598/77 (e tanto isso é verdade que a própria d. DRJ reconheceu, indiretamente, tal equívoco e determinou a redução da cobrança consignada no lançamento em função da limitação da penalidade ao montante de R\$ 5.000.000,00 – **redução esta definitiva, visto não haver a interposição de recurso de ofício sobre essa parcela da cobrança que foi afastada pelo *decisum ora recorrido***);

d) Já em relação às multas pela suposta não entrega de ECD e EFD-Contribuições, o Fisco não se atentou para a existência de um regramento específico para aplicação de penalidade quando tais obrigações não são apresentadas ao Fisco após regular intimação do contribuinte (como narra, o Fisco, que teria ocorrido), qual seja, o artigo 57 da Medida Provisória nº 2.158-35/2001 (em verdade, o Fisco aplicou a referida norma apenas para a cobrança de multa pela suposta não entrega de EFD-Contribuições, somente para parte do período alvo da autuação e, ainda assim, realizando o cálculo equivocadamente de tal multa). Assim sendo e considerando que tal dispositivo estabelece que, nessa hipótese, a multa a ser aplicada é de R\$ 500,00 por mês calendário de obrigação acessória não apresentada, tem-se que tal penalidade, no presente caso, não poderia ter sido superior a R\$ 12.000,00 (doze mil reais);

(iv) Quanto ao mérito, não se aplica, ao caso, o disposto no artigo 2º, *caput* e parágrafo único, incisos I e II, da Lei nº. 9.779/99, na medida em que as Sras. Rosana, Renata e Regina jamais foram sócias do empreendimento imobiliário em questão ou cotistas do FII, de modo não preenchem qualquer requisito para a aplicação da aludida norma;

a) Em relação à contribuição para o PIS e à COFINS, sequer cabe cogitar a aplicação da regra em questão, já que alcança apenas o IRPJ e a CSL. Por isso mesmo, descabe aplicá-la também em relação às contribuições sociais em questão.

(v) Ainda que se considere a situação de conflito, fato é que o pressuposto que ensejou a edição da norma antielisiva específica (qual seja evitar a concorrência predatória dos FIIs com pessoa jurídica que exerça as mesmas atividades) nem sempre se verifica no caso concreto, já que a utilização do FII não traz, automaticamente, vantagens tributárias ao cotista;

(vi) Subsidiariamente, na hipótese de serem afastados os pontos até então arguidos, requer-se, ao menos, a redução do crédito tributário exigido por meio do recálculo dos tributos exigidos segundo a sistemática do lucro presumido ou arbitrado;

(vii) Se, todavia, prevalecer a tributação pelo regime do lucro real, então deve-se conferir a possibilidade de que o FII elabore e apresente a escrituração contábil e fiscal, com a demonstração de controle, nas subcontas correspondentes, dos ganhos decorrentes de AVJ. Nesse ponto, vale dizer que, embora durante a Fiscalização o FII tenha sido intimado a apresentar sua escrituração, tais documentos somente não foram apresentados porque, como esclarecido em resposta à intimação à época, o FII não estava obrigado a elaboração de tais documentos, dado não possuir personalidade jurídica. Porém, uma vez entendida pela aplicação da regra de equiparação (o que, frisa-se, o Recorrente discorda), deve-se conceder a oportunidade de produção da escrituração contábil e fiscal porque, só então, surgiria a obrigatoriedade de tais documentos ao FII;

a) Independentemente do acima exposto, os ganhos decorrentes de AVJ deverão ser excluídos da apuração realizada, pois não há, juridicamente, renda realizada e, portanto, disponível. Dessa forma, descabe cogitar a ocorrência do fato jurídico tributário do IRPJ e da CSL;

(viii) Da mesma forma, deve-se recalculer a autuação em relação ao PIS e a COFINS, para que se considerem eventuais créditos relativos a gastos que deveriam ser considerados insumos, nos termos do artigo 3º, inciso II, das Leis nºs. 10.637/02 e 10.833/03;

(ix) Quanto às penalidades por suposto descumprimento de obrigações acessórias, elas jamais poderiam ser aplicadas, uma vez que não há o dever, em relação ao FII, da apresentação de ECF, ECD, DCTF ou EFD-Contribuições;

a) Mesmo que se entenda que, com eventual aplicação da norma antielisiva, o FII passaria a estar obrigado ao cumprimento das aludidas obrigações, tal obrigatoriedade valeria, apenas, do momento em que houve a aplicação da regra de equiparação para frente, não abrangendo fatos pretéritos, como pretendeu fazer crer o Fisco;

b) Em última análise, as aludidas penalidades devem ser, ao menos, revistas, seja pela existência de *bis in idem* em relação às multas impostas pela ausência de entrega de ECD e EFD-Contribuições, seja porque descabe exigir as multas impostas em razão da suposta ausência de entrega da ECD e da ECF em conjunto com a multa de ofício, por força do princípio da consunção, seja pela necessidade de observância dos limites máximos impostos pela legislação para aplicação de cada uma das aludidas penalidades;

Parte B – Questões Relativas à Solidariedade

(x) Preliminarmente, o auto de infração padece de vício material insanável, dado que não traz claramente os motivos que, na visão do Fisco, ensejariam a atribuição da solidariedade;

(xi) Passando ao mérito, no que tange à aplicação de responsabilidade solidária contra a Recorrente, vale dizer que o instituto da solidariedade, previsto no artigo 124 do CTN, não tem por escopo incluir um terceiro no polo passivo da relação jurídico-tributária, mas, sim, graduar a responsabilidade dos sujeitos passivos que já a compõem;

(xii) Por essa razão, os incisos I (interesse comum) e II (pessoas designadas por lei) do artigo 124 do CTN devem ser interpretados em conjunto com os incisos I e II do parágrafo único do artigo 121 do mesmo diploma, que definem as figuras do contribuinte e do responsável, cuja obrigação decorre expressamente de lei;

(xiii) Especificamente no que tange ao artigo 124, inciso II, do CTN, utilizado de fundamento para a autuação, além da vinculação em relação ao fato gerador, sua aplicação depende da verificação de legislação que preveja expressamente o vínculo de solidariedade;

(xiv) Ocorre que o artigo 4º da Lei nº. 9.779/99 não imputa responsabilidade solidária à administradora de Fundos Imobiliários, tratando-se de mera alocação pelo cumprimento de obrigações tributárias em nome do FII, em virtude da ausência de sua personalidade jurídica; e

(xv) O artigo 4º da Lei nº. 9.779/99, quando muito, revelaria responsabilidade de terceiro, nos termos do artigo 134 do CTN, sempre aplicável em **caráter subsidiário**. No presente caso, a regra é inaplicável devido à ausência de demonstração da impossibilidade de o contribuinte, isto é, o FII, arcar com o crédito tributário em comento, bem como da ausência de indicação dos atos ou omissões pelos quais a Recorrente seria responsável;

(xvi) Para além disso, há que se lembrar que, a teor do artigo 146, inciso III, da CF, o tema da responsabilidade deve ser tratado por meio de lei complementar (e não por lei ordinária), razão pela qual jamais poderia se considerar que o artigo 4º da Lei nº. 9.779/99 teria o condão de atribuir responsabilidade solidária à Recorrente; e

(xvii) Por fim, mesmo que se entenda pela possibilidade de atribuição de solidariedade à Recorrente (o que se admite apenas por amor à argumentação), tem-se imperioso o afastamento da cobrança relativa aos fatos posteriores a 17.01.2019, tendo em vista que a Recorrente deixou o cargo de administradora do Fundo nessa data (sendo, ainda, mais latente a necessidade de tal afastamento em relação às multas regulamentares, já que, após essa data, a obrigação pela entrega de obrigações acessórias sequer era de responsabilidade da Recorrente).

O 2509 FUNDO DE INVESTIMENTO IMOBILIÁRIO também interpôs Recurso Voluntário (fls. 6.447/6.545), sustentando fundamentalmente o seguinte:

Preliminares

- (i) Nulidade do acórdão recorrido por vício de fundamentação/motivação, pois a DRJ teria se limitado apenas a **(a)** transcrever os argumentos fiscais e de defesa, para, em seguida e **(b)** concordar com os primeiros, sem explicar as razões que conduziram a tal conclusão. Nesse sentido, trouxe exemplos de alegações que não teriam sido devidamente analisadas;
- (ii) Nulidade do lançamento por ausência de fundamentação/motivação, pois a simples descrição dos “procedimentos de auditoria” pela Autoridade Fiscal não basta para fundamentar a autuação, **sendo necessária a devida subsunção dos fatos analisados à norma aplicada**, o que, como demonstrado pelo Recorrente em sua Impugnação, não ocorreu no presente caso. Nesse sentido, a Autoridade Fiscal deixou de explicar **(a)** quem, em seu entendimento, seria(m) o(s) cotista(s) relevante(s) (com participação de 25% ou mais no Recorrente) que, por sua vez, **(b)** figurou/figuraram como “incorporador”, “construtor” ou “sócio do empreendimento imobiliário”, pressupostos inafastáveis da incidência da Regra de Equiparação do artigo 2º da Lei nº 9.779/1999. Além do vício de motivação em relação à incidência da Regra de Equiparação da tributação dos FII à tributação das pessoas jurídicas (artigo 2º da Lei nº 9.779/1999), também se verifica que não

restaram claras as razões pelas quais a Autoridade Fiscal entendeu que a constituição e o funcionamento do Recorrente estariam contrários ao “espírito” da Lei nº 8.668/1999 e nem qual seria a implicação de tal “contrariedade” no caso concreto. Ainda, a Autoridade Fiscal, de forma contraditória, afirma no item 48 do TVF que, não está a desconsiderar o fundo de investimento, deixando claro, portanto, não existir qualquer ilegalidade no procedimento adotado pelo Recorrente;

- (iii) Nulidade do lançamento por falta de liquidez e certeza, vez que teriam sido cometidos diversos equívocos pela Autoridade Fiscal, como **(a)** negativa de vigência ao art. 8ª-A, § 1º, II, do Decreto-lei nº 1.598/77 na aplicação da multa regulamentar por não apresentação da ECF, sendo vedada a sua redução pela DRJ por se tratar de vício que afeta os pressupostos de validade da autuação, **(b)** impossibilidade de apuração do lucro pela sistemática do lucro real e necessidade de apuração da Contribuição ao PIS e da Cofins pelo regime cumulativo, **(c)** desconsideração de créditos de PIS e Cofins sobre despesas no regime não cumulativo.
- (iv) Nulidade por ilegitimidade passiva do Recorrente, por ausência de personalidade jurídica do FII.

Mérito

- (i) Inicialmente, seria necessário esclarecer que “as ideias apresentadas pela Autoridade Fiscal quanto à finalidade, ou o ‘espírito’, da lei instituidora dos FII não possuem qualquer implicação quanto à possibilidade ou não da tributação dos resultados do Recorrente pelo IRPJ, CSLL, PIS e COFINS.” Tanto que a DRJ sequer teria se pronunciado sobre este aspecto, limitando-se a analisar a aplicação da regra de equiparação. Assim, este Carf também deveria se limitar a este ponto. Porém, mesmo que não haja implicação fiscal na referida violação ao “espírito” da Lei nº 8.668/1993, a Recorrente rebate tais alegações mencionando que **(a)** não há incompatibilidade teórica entre a natureza do fundo de investimento como uma comunhão de recursos e a existência de um cotista único (ou inexistência de pluralidade de cotistas) e **(b)** a desconsideração da validade e legitimidade da constituição e funcionamento do FII caberia exclusivamente à CVM (art. 4º da Lei nº 8.668/1993), conforme decidido no Acórdão nº 1302-002.053;
- (ii) Em seguida, o Recorrente passou a tecer considerações sobre os aspectos fáticos e a legislação aplicável aos FII, bem como precedentes deste Carf a respeito da caracterização da figura do “sócio” do empreendimento para fins de aplicação da regra de equiparação;
- (iii) A regra de equiparação a pessoa jurídica seria inaplicável neste caso, pois **(a)** referida regra demanda que o cotista relevante figure cumulativa/concomitantemente como incorporador, construtor ou sócio do empreendimento imobiliário, **(b)** as Sras. Rosana, Renata e Regina não são cotistas do Recorrente, o que as impediria de serem qualificadas como “cotistas relevantes”, **(c)** além disso, não poderiam ser consideradas “sócias” do empreendimento, pois tanto a Autoridade Fiscal quanto a DRJ não teriam buscado

qualificar as Sras. Rosana, Renata e Regina como “sócias” das sociedades que teriam incorporado e/ou construído o “São Paulo Corporate Towers”, **(d)** as situações em que um cotista relevante teria a propriedade do imóvel explorado pelo FII não se enquadraria na regra de equiparação, pois não corresponde a participação como “sócio” no empreendimento imobiliário, **(e)** as menções genéricas feitas pelo TVF (fls. 03) de que as Sras. Rosana, Renata e Regina teriam comandado o empreendimento ou estariam indiretamente envolvidas não seriam suficientes para enquadrar a situação na regra de equiparação, **(f)** igualmente, seria improcedente a alegação da DRJ de que o fato dessas pessoas físicas controlarem indiretamente o FII tornaria aplicável a regra de equiparação, **(g)** para qualificar as Sras. Rosana, Renata e Regina como “cotistas relevantes”, a Autoridade Fiscal e a DRJ desconsideraram que o 201016 FIM é o único cotista do Recorrente, o que demandaria a configuração de “simulação”, “fraude à lei”, “abuso de direito” ou “ausência de causa”, não feita no caso concreto;

- (iv)** A tributação da avaliação a valor justo (AVJ) é ilegítima, pois o fato gerador do IRPJ e da CSLL depende da aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica de renda, conforme o art. 43 do CTN. Isso estaria demonstrado **(a)** pelos aspectos contábeis da avaliação de ativos e passivo pelo valor justo, **(b)** aspectos tributários, **(c)** ausência de renda/receita decorrente de AVJ, **(d)** registro correto em conta contábil específica, bem como em subconta, tornando possível a visualização do controle de AVJ feito pelo Recorrente;
- (v)** A aplicação de multa por descumprimento de obrigação acessória seria ilegítima, pois **(a)** inexistente dever de apresentação da ECF, EFD-Contribuições e ECD, vez que os FII não são dotados de personalidade jurídica, sendo que se verifica uma tentativa indevida de obrigar o Recorrente a adotar forçadamente o entendimento jurídico das autoridades acerca da aplicabilidade da regra de equiparação e **(b)** mesmo que fosse procedente a equiparação, as multas aplicadas seriam indevidas, pois “as obrigações acessórias somente poderiam ser exigidas a partir da autuação fiscal”, vez que houve modificação do critério jurídico aplicável (art. 146 do CTN);
- (vi)** Subsidiariamente, no que refere à ausência de entrega da ECF, haveria descumprimento do art. 8º-A, § 1º, II, do Decreto-lei nº 1.598/1977;
- (vii)** Haveria *bis in idem* ilegítimo na aplicação concomitante das multas, pois se trataria de uma única violação ao art. 11 da Lei nº 8.218/1991;
- (viii)** A multa que deveria ser aplicada pela não apresentação de EFD-Contribuições e da ECD seria aquela prevista no art. 57 da Medida Provisória nº 2.158-35/2011;
- (ix)** Mesmo que fosse possível desconsiderar os demais argumentos, as penalidades impostas também seriam descabidas, por violação aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, por ausência de prejuízo à Administração Tributária ou ao Erário;
- (x)** Em caso de dúvida verificada pela manutenção do lançamento por decisão não unânime, a exigência de penalidades violaria o art. 112 do CTN;

- (xi) Uma vez já imputada multa de ofício, deve ser aplicada a absorção/consunção das demais penalidades, sob pena de ocorrência de *bis in idem* ilegítimo.

Em seguida, a PGFN apresentou Contrarrazões aos Recursos Voluntários (fls. 6.797/6.847), defendendo o lançamento fiscal e o acórdão recorrido e rebatendo as alegações dos Recorrentes.

Houve manifestação posterior do responsável tributário, se insurgindo contra algumas das alegações apresentadas pela PGFN nas suas Contrarrazões (fls. 6.851/6.861).

É o relatório.

Voto

Conselheiro **Eduardo Monteiro Cardoso**, Relator

Os Recursos Voluntários foram interpostos tempestivamente, por procuradores devidamente habilitados. Assim, presentes os pressupostos formais, conheço o recurso.

Como relatado, trata-se de exigência de IRPJ, CSLL, Contribuição ao PIS e Cofins em função da equiparação do 2509 FII à pessoa jurídica, nos termos do art. 2º da Lei nº 9.779/1999. Houve a responsabilização tributária do CREDIT SUISSE HEDGING-GRIFFO CORRETORA DE VALORES S.A. com fundamento nos arts. 113, 121 e 124 do Código Tributário Nacional, no art. 14 da Lei nº 8.668/1993 e no art. 4º da Lei nº 9.779/1999. Passo, a seguir, a analisar as alegações recursais.

I. Preliminares

Tendo em vista que as preliminares arguidas pelo contribuinte e pelo responsável tributário se sobrepõem em muitos aspectos, passo a analisar conjuntamente referidas alegações.

I.1. PRELIMINAR DE NULIDADE DO ACÓRDÃO RECORRIDO

O 2509 FII alegou a nulidade do acórdão recorrido, pois carente da necessária fundamentação/motivação, vez que teria deixado de enfrentar as alegações feitas na sua Impugnação. Nesse sentido, alegou que a análise feita pela DRJ teria se limitado a (i) transcrever argumentos fiscais e de defesa para, em seguida (ii) concordar com os primeiros, sem explicar as razões que levaram a essa decisão, inclusive transcrevendo as razões expostas no TVF.

No mesmo sentido o CREDIT SUISSE HEDGING GRIFFO arguiu a nulidade, apontando que, dos 24 (vinte e quatro) argumentos suscitados, o acórdão recorrido teria deixado de se pronunciar sobre 9 (nove). Nos pontos que foram objeto de análise, teria se verificado evidente vagueza na decisão, que teria se limitado a mencionar de forma sucinta que o TVF estaria correto. Apresentou uma planilha consolidando as suas alegações e as respostas do acórdão recorrido (fls. 6.337/6.340).

Já a PGFN, em suas Contrarrazões, discordou da referida alegação, afirmando que (i) o direito brasileiro teria adotado o sistema da persuasão racional ou livre convencimento motivado, (ii) a DRJ teria examinado as provas e argumentos trazidos, sendo que a alegação de nulidade decorreria da discordância dos Recorrentes com o teor da decisão e (iii) o E. STJ afirmaria reiteradamente o princípio do livre convencimento motivado, não se podendo obrigar o julgador a enfrentar todos os argumentos levantados pelas partes.

O Voto manifestado na DRJ que se sagrou vencedor por unanimidade se inicia nas fls. 6.280, correspondente à página 35 do acórdão. Vale, a fim de verificar eventual nulidade, relacionar as alegações dos Recorrentes com as respostas manifestadas no referido acórdão:

Preliminares

(i) Preliminar de nulidade do lançamento por vício de fundamentação/motivação:

“49. Não há que se falar em nulidade de auto de infração quando ele possui todos os elementos necessários à compreensão inequívoca da exigência e dos fatos que o motivaram, encontrando-se ainda, com o correto enquadramento legal.

50. Com efeito, a autoridade fiscal descreve, com riqueza de detalhes, os procedimentos de auditoria adotados que resultaram no lançamento aqui discutido.

51. Não vislumbro, então, qualquer prejuízo ao direito de o interessado se defender do lançamento contra si efetuado. Ademais, ele exerceu esse direito a contento, quando atacou de forma consistente e clara as questões de mérito.

52. Voto, então, por afastar a preliminar de nulidade por vício de fundamentação/motivação.”

(ii) Preliminar de nulidade do lançamento por ausência de liquidez e certeza:

“54. Eventual erro de enquadramento legal da infração não implicaria em nulidade do Auto de Infração em tela, por restar evidenciado a descrição dos fatos nele contida que propiciou a apresentação de contraposições na Impugnação.

55. Por outro lado, a tributação por arbitramento, como preconiza o Interessado – ao invés da apuração do lucro pela sistemática do Lucro Real e o cálculo de PIS e COFINS pela sistemática cumulativa, tal como adotado pela Autoridade Fiscal – é medida extrema, que deve ser adotada quando não houver subsídios, ou os dados da escrituração não se mostrarem confiáveis para apurar-se as exações fiscais, o que, no caso em questão, não restou concluído pelo autuante.

56. Sobre o assunto, já se pronunciou o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, por meio do Acórdão CARF nº 101-93199, de 15/09/2000, como dá notícia a seguinte ementa: [...]

57. Dessa forma, entendo correto o procedimento adotado pela Autoridade Fiscal, que apurou o PIS e a COFINS pela não-cumulatividade pois, ficou claro ser o lucro real a forma legal a ser usada na apuração do IRPJ e, por consequência do

que consta nas normas próprias da COFINS e do PIS, correta a apuração pela sistemática da incidência não-cumulativa, conforme disposto na Lei nº 10.833, de 29 de dezembro de 2003, e Lei nº 10.637, de 30 de dezembro de 2002, respectivamente.

58. Em face do exposto, voto pela rejeição da alegação de nulidade por ausência de liquidez e certeza.”

(iii) Preliminar de nulidade por ilegitimidade passiva do Impugnante

“61. O art. 1º da Lei nº 8.668/93 estabelece que os Fundos de Investimentos Imobiliários não possuem personalidade jurídica, porém é cabível que eles figurem tanto no polo ativo, como no polo passivo de processos, desde que devidamente representados, como pode ser visto no inciso IX do art. 75 do Código de Processo Civil (destacamos): [...]

62. Nesse sentido, confira-se a seguinte decisão judicial: [...]

63. Voto, então, por afastar a preliminar de nulidade por ilegitimidade passiva do Impugnante.”

Mérito

(i) Não incidência da regra de equiparação prevista no art. 2º da Lei nº 9.779/1999

“70. Assiste razão à Autoridade Fiscal, eis que ‘que não se trata aqui de desconsideração do fundo de investimento, mas apenas da modificação do regime tributário aplicável, equiparando-o, para efeitos tributários, ao incidente sobre as pessoas jurídicas que desenvolvem atividade empresarial semelhante’.

71. Com efeito, as Sras. ROSANA, RENATA e REGINA são sócias/quotistas em igual proporção e, em conjunto, indiretamente, detêm a integralidade das cotas do Fundo de Investimento Multimercado ‘201016 FIM’ que é o único cotista do “2509 FUNDO DE INVESTIMENTO IMOBILIÁRIO – FII” (FUNDO).

72. Logo, existindo sócias/quotistas que controlem, ainda que indiretamente, o ‘2509 FUNDO DE INVESTIMENTO IMOBILIÁRIO – FII’ (FUNDO) com mais de 25% deste FII, correto enquadramento deste FUNDO na regra antielisiva insculpida no art. 2º da Lei nº 9.779/99 (destacamos):

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

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

75. VOTO POR MANTER A EQUIPARAÇÃO CONTIDA NO ARTIGO 2º DA LEI Nº 9.779/1999 NO CASO CONCRETO.”

(ii) Inexistência de receita e/ou renda resultante de AVJ

78. Não merece prosperar a pretensão de inexistência de receita e/ou renda resultante de avaliação a valor justo, pois – tal como apontado pela Autoridade Fiscal – há expressa previsão legal no §3º do art. 13 da Lei nº 12.973/2014 que caso o ganho decorrente da avaliação de ativo com base no valor justo não seja evidenciado na escrita fiscal, este ganho dever ser tributado.

79. Voto, então, por confirmar a tributação das receitas resultantes da avaliação a valor justo.

(iii) Impossibilidade de multa por descumprimento de obrigação acessória

84. De plano, devemos apontar que a mencionada Solução de Consulta Disit nº 141/2002 milita contra a pretensão do Impugnante, conforme já prenuncia sua ementa (destacamos):

SOLUÇÃO DE CONSULTA SRRF/6ª RF/DISIT Nº 141, de 08 de outubro de 2002 Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário Ementa: OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS.

Por não serem caracterizados como pessoas jurídicas, não devem apresentar a DIPJ, DCTF e DIRF, ainda que se encontrem cadastrados no CNPJ por exigência legal ou que tenham seus atos constitutivos registrados em Cartório ou Juntas Comerciais, os fundos em condomínio e clubes de investimento, exceto o fundo de investimento imobiliário de que trata o art. 2º da Lei 9.779/99.

Dispositivos Legais: RIR/1999, arts. 808 e 929, § 7º; IN SRF nºs 126/1998 e 03/2001.

85. Igualmente não procede a alegação da exigência das obrigações acessórias a partir da autuação fiscal, pois o Ato Declaratório SRF nº 02 de 2000 apenas explicitou o que está disposto na legislação tributária cujo cumprimento já era devido pelo Impugnante.

86. Não existe a necessidade de autuação fiscal para que os sujeitos passivos cumpram a legislação tributária devidamente inserida no ordenamento jurídico.

87. Outrossim, o art. 113, §3º do CTN preconiza que o descumprimento das obrigações acessórias, pelo simples fato da sua inobservância, converte-se em obrigação principal relativamente à penalidade pecuniária.

88. Logo, existindo penalidade prevista em lei anterior ao descumprimento da obrigação acessória (EFD-Contribuições, da ECF e da ECD), o lançamento das multas é dever de ofício da Autoridade Fiscal.

89. Em relação a alegação que a não apresentação da EFD-Contribuições e da ECD seria uma única violação ao artigo 11 da Lei nº 8.218/1991 e só caberia a aplicação uma única vez da penalidade do artigo 12 dessa mesma Lei, também não assiste razão ao Impugnante.

90. Com efeito, são 2 as condutas: uma pela não apresentação da EFD-Contribuições e outra pela não apresentação da ECD, logo, acertado o lançamento de multa pelo não cumprimento de cada uma dessas declarações acessórias.

91. Também não procede a alegação subsidiária que pleiteia a aplicação da penalidade prevista no artigo 57 da Medida Provisória nº 2.158-35/2001 pela não apresentação da EFD-Contribuições e da ECD em substituição à prevista no artigo 12, III, da Lei nº 8.218/1991.

92. Vejamos as penalidades em tela (destacamos): [...]

93. Verifica-se que o art. 57 da MP nº 2.158-35, de 2001, na redação dada pela Lei nº 12.783, de 2013 não contém as infrações relativas à não apresentação de “declaração, demonstrativo ou escrituração digital” e que a conduta punível pelos arts. 11 e 12 da Lei nº 8.218, de 1991, é deixar de escriturar livros ou elaborar documentos de natureza contábil ou fiscal quando exigido o sistema de processamento eletrônico.

94. Logo:

- o art. 57 da MP nº 2.158-35, de 2001, na redação dada pela Lei nº 12.783, de 2013 constitui penalidade para a não apresentação de qualquer obrigação acessória instituída pela RFB ao arrimo do art. 16 da Lei nº 9.779/1999, isto é: regra geral;
- arts. 11 e 12 da Lei nº 8.218, de 1991 estabelece penalidade para o não cumprimento do dever de escriturar livros fiscais, entre os quais se encontram a EFD-Contribuições e a ECD, isto é: regra específica.

95. Assim, em razão da prevalência da regra específica sobre a geral, correta a aplicação das penalidades ao arrimo dos arts. 11 e 12 da Lei nº 8.218, de 1991.

96. Em relação a legação de inexistência de prejuízo ao erário e ao fisco, por ofensas aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, registre-se que aplicação desses princípios implicam ao fim e ao cabo descumprir norma tributária, situação incompatível com a atuação vinculada da Administração Tributária por força do CTN, art. 142, parágrafo único, bem como o que dispõe a Súmula CARF nº 2: [...]

97. Também não merece prosperar a alegação de que, caso a manutenção do lançamento não ocorra por unanimidade de votos nesta Turma, haveria dúvida a macular a exigência das multas a ele vinculadas, pois esse posicionamento equivaleria a dar interpretação extensiva ao artigo 112 do CTN.

98. Com efeito, não há previsão legal que exija decisões colegiadas unânimes para a manutenção das multas decorrentes do lançamento principal.

99. Ainda que haja eventual divergência nesta Turma de Julgamento, prevalecerá a decisão colegiada e, portanto, não haverá mais dúvida sobre a correção ou não do lançamento principal.

100. Incabível também a aplicação do princípio da absorção/consunção entre as multas de ofício e as multas por descumprimento de obrigação acessória, pois a toda evidência essas multas se reportam a obrigações distintas: a multa de ofício decorre do não pagamento do tributo devido e a multa por descumprimento de obrigação acessória pela não apresentação das declarações fiscais.

101. Com efeito, a consunção/absorção ocorre quando o fato previsto em determinada norma é compreendido em outra, mais abrangente, o que não ocorre entre as normas da multa de ofício e as normas do descumprimento de obrigação acessória.

102. Um único reparo deve ser feito em relação a multa pela não apresentação da ECF mediante a aplicação da penalidade prevista no inciso I, do artigo 8º-A, do Decreto-Lei nº 1.598/1977, cuja disposição é a seguinte: [...]

103. Eis a Memória de Cálculo da Multa pela não apresentação da ECF que consta no item 75 do TVF [...]

104. Entretanto, tal como apontado pelo Impugnante, não foi observada a regra contida no artigo 8º-A, parágrafo 1º, inciso II, do Decreto nº 1.598/1977 (destacamos): [...]

105. Voto, portanto, para reduzir a multa pelo descumprimento do prazo para a apresentação da ECF de R\$ 8.821.229,86 para R\$ 5.000.000,00 e manter as demais multas pelo descumprimento das obrigações acessórias.

(iv) Questões relativas à solidariedade

111. Não há que se falar em nulidade de auto de infração quando ele possui todos os elementos necessários à compreensão inequívoca da atribuição de solidariedade e dos fatos que o motivaram, encontrando-se ainda, com o correto enquadramento legal.

112. Não vislumbro, então, qualquer prejuízo ao direito de o interessado se defender do lançamento contra si efetuado. Ademais, ele exerceu esse direito a contento, quando atacou de forma consistente e clara as questões de mérito.

113. Voto, então, por afastar a preliminar de nulidade por vício de fundamentação/motivação.

114. Outrossim, a Impugnação da atribuição de responsabilidade ao Administrador do FUNDO, CREDIT SUISSE HEDGING-GRIFFO CORRETORA DE VALORES S.A., nega a literalidade do art. 4º da Lei nº 9.779/99 ao afirmar que este artigo “não imputa responsabilidade solidária à administradora de Fundos Imobiliários, tratando-se de mera alocação pelo cumprimento de obrigações tributárias em nome do FII, em virtude da ausência de sua personalidade jurídica.

115. Mas o art. 4º da Lei nº 9.779/99 a toda evidência atribui responsabilidade tributária ao Administrador de FII e não se vislumbra a restrição alegada (destacamos):

Lei nº 9.779/99

Art. 4º 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." 116. Alega-se também que "a teor do artigo 146, III da CF, o tema da responsabilidade deve ser tratado por meio de lei complementar (e não por lei ordinária), razão pela qual jamais poderia se considerar que o artigo 4º da Lei nº. 9.779/99 teria o condão de atribuir responsabilidade solidária à Impugnante".

117. Entretanto, o tema da responsabilidade foi tratado por meio de Lei Complementar, a saber: o Livro Segundo – Normas Gerais de Direito Tributário do Código Tributário Nacional – CTN, Lei nº 5.172/66 que conforme doutrina e jurisprudência dominante é formalmente lei ordinária, mas materialmente lei complementar.

118. Assim, o regramento da responsabilização estatuído no art. 4º da Lei nº 9.779/99 está em consonância com o ordenamento jurídico, pois amolda-se a matéria tratada em lei complementar.

119. Por último, mas não menos importante, a alegação do item (xvi) acima reproduzido não deve ser aceita ainda que, após 17/01/2019, CREDIT SUISSE HEDGING-GRIFFO CORRETORA DE VALORES S.A. tenha deixado o cargo de administradora do Fundo.

120. Com efeito, apesar dos prazos para prestar 3 informações fiscais tenham vencido após 17/01/2019, elas ainda eram de responsabilidade do então Administrador por expressa previsão do item "6, I, v, a" da ATA DE ASSEMBLEIA GERAL EXTRAORDINÁRIA DE COTISTAS DO 2509 FUNDO DE INVESTIMENTO IMOBILIÁRIO – FII, datada de 02/01/2019, às fls. 6.223/6.233, parcialmente reproduzida a seguir (destacamos): [...]

121. Logo, voto por manter a atribuição de responsabilidade solidária a CREDIT SUISSE HEDGING-GRIFFO CORRETORA DE VALORES S.A.

Como já me manifestei noutra oportunidade¹ não é possível confundir fundamentação sucinta com ausência de fundamentação, como vem manifestando reiteradamente o E. STJ (AgInt no AREsp nº 1.941.722/RJ, Rel. Min. Paulo Sérgio Domingues, DJ 08/04/2024). Além disso, é plenamente legítima a utilização de fundamentação *per relationem* no âmbito do Processo Administrativo Fiscal, por força do art. 50, § 1º, da Lei nº 9.784/1999, sendo possível que a DRJ faça referência aos fatos e às premissas jurídicas já apresentadas anteriormente:

¹ Acórdão nº 1301-006.966, Rel. Cons. Eduardo Monteiro Cardoso, Sessão de 11/06/2024.

Fundamentação per relationem. Validade. A técnica da fundamentação per relationem, na qual se utilizam fundamentos de decisão anterior como razões de decidir, não configura ofensa à exigência legal de motivar as decisões, nem desrespeito à ampla defesa e ao contraditório. (Acórdão nº 1301-002.671, Rel. Cons. Roberto Silva Junior, Sessão de 18/10/2017)

Igualmente, como bem apontado pela PGFN, o E. STJ possui jurisprudência pacífica no sentido de que o sistema processual brasileiro adota o sistema do livre consentimento motivado, sendo uma consequência deste fato a desnecessidade de o órgão julgador se manifestar sobre todos os argumentos apresentados pelas partes.

Porém, a mesma jurisprudência, com fundamento no art. 489, § 1º, inc. IV, do CPC vem entendendo pela necessidade de enfrentar os argumentos que são capazes, ainda que em tese, de infirmar a conclusão adotada. Ou seja, há questões controvertidas essenciais e imprescindíveis, cuja omissão a respeito enseja a nulidade da decisão proferida. Veja-se:

“IV. "É verdade que, nos termos da jurisprudência do STJ, 'é admitido ao Tribunal de origem, no julgamento da apelação, utilizar, como razões de decidir, os fundamentos delineados na sentença (fundamentação per relationem), medida que [por si só] não implica negativa de prestação jurisdicional' (AgInt no AREsp 1779343/DF, Terceira Turma, DJe 15/04/2021; AgInt no AREsp 855.179/SP, Quarta Turma, DJe 05/06/2019). Entretanto, restará configurada a negativa de prestação jurisdicional, se o órgão julgador 'não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador' (art. 489, I, do CPC/2015)" (REsp 1.908.213/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, DJe de 20/5/2021).” (AgInt no REsp n. 2.017.578/MA, relatora Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 3/10/2022, DJe de 7/10/2022.)

Nesse sentido, entendo que referido dispositivo legal deve ser interpretado em conjunto com o art. 31 do Decreto nº 70.235/1972, segundo o qual a decisão deve se referir expressamente “às razões de defesa suscitadas pelo impugnante contra todas as exigências”. Vale destacar precedentes do Carf nesse sentido:

NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. FUNDAMENTAÇÃO. INSUFICIÊNCIA. A decisão de primeira instância deve referir-se, expressamente, a todas as razões de defesa suscitadas pelo impugnante que sejam capazes de, em tese, extinguir ou modificar o objeto dos lançamentos tributários. A ausência dessa referência é vício de fundamentação que dá ensejo à anulação da decisão. (Acórdão nº 1201-003.598, Rel. Cons. Neudson Cavalcante Albuquerque, Sessão de 13/02/2020)

DECISÃO RECORRIDA. EXISTÊNCIA DE OMISSÃO. NULIDADE. Os argumentos capazes de, em tese, infirmar parte da decisão recorrida, devem ser enfrentados pelo órgão de julgamento. (Acórdão nº 2402-006.898, Rel. Cons. João Victor Ribeiro Aldinucci, Sessão de 17/01/2019)

Analisando os fundamentos da decisão recorrida, verifica-se que deixou de se manifestar sobre argumentos que devem ser qualificados como essenciais.

Primeiro, no mérito, limitou-se a afirmar que as Sras. Rosana, Renata e Regina “são sócias/quotistas em igual proporção e, em conjunto, indiretamente detêm a integralidade das cotas do Fundo de Investimento Multimercado ‘201016 FIM’ que é o único cotista do ‘2509 Fundo de Investimento Imobiliário – FII’ (FUNDO)” (fls. 6.287). Por isso, como existiriam sócias que controlam o FII com mais de 25%, seria aplicável a regra do art. 2º da Lei nº 9.779/1999.

Porém, a existência de cotista relevante – aquele que sozinho ou com pessoas ligadas possui mais de 25% das cotas do FII – é a *primeira premissa* do art. 2º da Lei nº 9.779/1999. Como argumentaram os Recorrentes nas suas Impugnações, não basta referida condição, sendo necessário que se demonstre a vinculação desse cotista no empreendimento imobiliário em que o FII tenha aplicado recursos, *enquanto incorporador, construtor ou sócio*. **Este aspecto não foi analisado pelo acórdão recorrido.**

Veja-se que o próprio trecho do voto da então Conselheira Cristiane Silva Costa citado pela DRJ (Acórdão nº 9101-004.090) faz referência expressa à necessidade de *“cumulação da posição do quotista relevante, que possua ‘isoladamente ou em conjunto com pessoa a ele ligada, mais de vinte por cento das quotas do fundo’ (trecho reproduzido do caput do artigo 9.779/1999) com a condição de incorporador, construtor, sócio ou quotista do empreendimento imobiliário.”* Esta análise, porém, não foi feita neste caso, havendo, a meu ver, vício de fundamentação grave.

Dentro do livre convencimento motivado, entendo que a DRJ poderia até mesmo entender que a existência dessa condição de cotista relevante seria suficiente para aplicação da regra antielisiva do art. 2º da Lei nº 9.779/1999. Seria uma interpretação eventualmente sujeita à correção por este Carf – dado o texto expresso do dispositivo legal –, mas qualificável como um erro de julgamento. Porém, deveria então ter rejeitado expressamente as alegações dos Recorrentes no sentido de que também seria necessário provar cumulativamente a condição de incorporador, construtor ou sócio do empreendimento imobiliário. Não simplesmente limitar-se a afirmar a condição de cotista relevante.

Segundo, a DRJ não analisou alegação relevante dos Recorrentes pela necessidade de que fossem apurados créditos relativos aos insumos (arts. 3º, inc. II, das Leis nº 10.637/2002 e 10.833/2003) na apuração não cumulativa da Contribuição ao PIS e da Cofins.

De fato, rebateu-se – ainda que somente na análise das preliminares – a questão relativa à apuração da renda pela sistemática do lucro real e a consequente apuração não cumulativa das contribuições. Porém, se havia elementos para se apurar o lucro real, ainda que sem a apresentação da escrituração pelo contribuinte, torna-se relevante o argumento dos Recorrentes no sentido de que também seria possível calcular as contribuições na forma não cumulativa. Caberia à DRJ, a meu ver, apreciar referida alegação, o que não foi feito.

Terceiro, no ponto relativo à AVJ, o acórdão recorrido limitou-se a afirmar que a ausência de evidenciação contábil dos valores tornaria o montante tributável, reproduzindo o TVF. Porém, o Recorrente 2509 FII trouxe na sua Impugnação (fls. 2.530) elementos de fato no sentido de que os valores estão evidenciados, transcrevendo tanto demonstração financeira disponível na CVM quanto laudo de empresa especializada independente (Doc. 02 da Impugnação). Tais elementos não foram apreciados pela DRJ. Se a demonstração financeira é apta para se apurar o lucro real, deve ser também para verificar a evidenciação da AVJ. Novamente: a DRJ eventualmente poderia ter rejeitado as alegações, afirmando ser imprescindível a documentação contábil específica, dentro do livre convencimento motivado. Mas não ignorar a alegação dos Recorrentes, capaz de infirmar a conclusão adotada, ainda que em tese.

Portanto, entendo que ao menos quanto a essas questões, houve omissão a respeito de elementos essenciais na decisão da DRJ, não se tratando de mero inconformismo com as razões adotadas, sendo que avançar sobre tais questões neste momento configuraria, ainda, supressão de instância recursal.

No que se refere às demais omissões apontadas pelo Recorrente CREDIT SUISSE HEDGING GRIFFO (fls. 6.337/6.340), entendo que (i) o acórdão recorrido se manifestou, ainda que de forma sucinta, sobre as questões envolvidas e (ii) os demais argumentos tratados como omissão da DRJ, embora eventualmente pertinentes, não são essenciais para a solução das questões, não havendo que se falar em nulidade por estarem inseridas no livre convencimento motivado do órgão julgador, sendo possível a resolução adequada da controvérsia sem manifestação expressa a respeito

Diante do exposto, **acolho a preliminar de nulidade do acórdão recorrido**, para que a DRJ se manifeste sobre as questões citadas.

II. Dispositivo

Diante do exposto, conheço os Recursos Voluntários e acolho a preliminar de nulidade do acórdão recorrido, por vício de fundamentação, determinando o retorno dos autos à DRJ para que seja proferida nova decisão.

Assinado Digitalmente

Eduardo Monteiro Cardoso

Voto Vencedor

Declaração de Voto