



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 16327.001752/2010-25
Recurso Especial do Procurador e do Contribuinte
Acórdão nº **9101-006.005 – CSRF / 1ª Turma**
Sessão de 5 de abril de 2022
Recorrentes FAZENDA NACIONAL
FUNDO DE INVESTIMENTO IMOBILIÁRIO PENINSULA.

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.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer dos Recursos Especiais. No mérito, por maioria de votos, acordam em dar provimento ao Recurso Especial do Contribuinte, vencidos os conselheiros Edeli Pereira Bessa, Fernando Brasil de Oliveira Pinto e Andrea Duek Simantob que votaram por negar-lhe provimento. Prejudicado o exame do mérito do recurso da Fazenda Nacional. Votaram pelas conclusões os conselheiros Luiz Tadeu Matosinho Machado e Gustavo Guimarães da Fonseca. Manifestaram intenção de apresentar declaração de voto os conselheiros Edeli Pereira Bessa e Luiz Tadeu Matosinho Machado.

(documento assinado digitalmente)

Andrea Duek Simantob – Presidente em exercício

(documento assinado digitalmente)

Luis Henrique Marotti Toselli – Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Edeli Pereira Bessa, Livia De Carli Germano, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Luis Henrique Marotti Toselli, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Alexandre Evaristo Pinto, Gustavo Guimarães da Fonseca (Suplente convocado) e Andrea Duek Simantob (Presidente em exercício).

Relatório

Tratam-se de recursos especiais (fls. 555/564 e 801/828) interpostos, respectivamente, pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (“PGFN”) e pelo contribuinte, em face do Acórdão n.º **1301-00.994** (fls. 526/553), no qual o Colegiado *a quo*, por maioria de votos, deu parcial provimento ao recurso voluntário, para excluir das bases tributáveis do IRPJ e CSLL os valores lançados de PIS e Cofins oriundos do mesmo procedimento fiscal.

Transcreve-se a seguir a ementa do julgado:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ

Exercício: 2006

FUNDO DE INVESTIMENTO IMOBILIÁRIO. TRIBUTAÇÃO. EXCEPCIONALIDADE.

Constatado que o empreendimento imobiliário é integralmente explorado (100% do negócio) por quotista único (100% das quotas) do Fundo de Investimento Imobiliário, revelam-se presentes as circunstâncias autorizadoras da aplicação do disposto no art. 2º da Lei nº 9.779/99, ou seja, o referido Fundo sujeita-se à tributação aplicável às pessoas jurídicas.

DESPESAS COM TRIBUTOS (PIS E COFINS) DEDUÇÃO

Tendo, no mesmo procedimento, formalizado exigências de PIS e COFINS, tributos cuja dedutibilidade não é vedada pela lei tributária, a autoridade lançadora, por dever de ofício, deve deduzir o respectivo valor para fins de determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLL.

FUNDO DE INVESTIMENTO IMOBILIÁRIO. OBRIGAÇÕES TRIBUTÁRIAS. CUMPRIMENTO RESPONSABILIDADE.

Nos termos do art. 4º da Lei nº 9.779/99, ressalvada a responsabilidade das fontes pagadoras pelas retenções do imposto sobre os rendimentos submetidos à incidência tributária nas hipóteses previstas na legislação de regência, a responsabilidade tributária pelo cumprimento das demais obrigações tributárias (principais e acessórias), inclusive as decorrentes do disposto no art. 2º do referido diploma legal, é da instituição administradora do Fundo de Investimento Imobiliário.

Em síntese, o litígio decorre de Autos de Infração (fls. 320/330) que exigem, em relação ao ano-calendário de 2005, IRPJ e CSLL em razão da fiscalização entender que a contribuinte (*Fundo de Investimento Imobiliário*) estaria sujeita à tributação aplicável às demais pessoas jurídicas à luz do artigo 2º da Lei nº 9.779/99.

De acordo com o Termo de Verificação Fiscal (fls. 310/319):

1 - Contribuinte

O Fundo de Investimento Imobiliário Península, doravante chamado de Fundo, administrado pelo Banco Ouroinvest S.A, foi aprovado pela Comissão de Valores Mobiliários-CVM em 13 de julho de 2005, sob a forma de condomínio fechado, com prazo de duração indeterminado, nos termos da Instrução CVM nº 205, de 14 de janeiro de 1994.

O objetivo do fundo é adquirir imóveis comerciais de propriedade da CBD - Companhia Brasileira de Distribuição, doravante chamada de CBD, inscrita no CNPJ sob nº

47.508.411/0001-56, com a finalidade de locar tais imóveis à própria CBD ou a empresas do grupo econômico.

O escopo da ação fiscal, que teve início em 22/10/2010, está voltado para a verificação da situação do fundo frente ao comando legal contido no artigo 2º da Lei nº 9.779/99, mais precisamente, se o fundo estaria sujeito à tributação das pessoas jurídicas em virtude de ter um único cotista com investimento numa empresa por ele (cotista) controlada.

2 - Dos Fatos e da Legislação Aplicável .

A primeira emissão de cotas do fundo ocorreu em 22 de junho de 2005 por meio da transferência do imóvel, de propriedade do Sr. Abílio dos Santos Diniz, CPF 001.454.918-20, para o fundo. O valor da operação foi de R\$ 612.000,00, que representaram 612 quotas. Em 13/09/2006, ocorreu a segunda emissão de quotas. A subscrição foi feita pela empresa Reco Máster Participações, CNPJ 07.283.074/0001-21, controlada pelo Sr. Abílio dos Santos Diniz. A integralização foi feita a vista, em moeda corrente nacional, no valor de R\$ 6.861.900,00, que representaram 68.619 quotas. Não ocorreram novas emissões de cotas, sendo que a empresa Reco Máster possui hoje 100% das cotas do Fundo Imobiliário Península (69.231 quotas).

O Fundo adquiriu em 2005 da CBD 60 imóveis para pagamento em 20 anos. A fonte principal de receita do fundo são os aluguéis recebidos da própria CBD. Aproveita também rendimentos de aplicações financeiras. Suas despesas principais estão vinculadas ao pagamento dos imóveis adquiridos, incluídos os encargos de juros. No primeiro regulamento do fundo, datado de 23/06/2005, consta que o objetivo era o de adquirir e/ou promover a construção de imóveis industriais ou comerciais com a finalidade de venda, locação ou arrendamento. **Em 09 de setembro de 2005, foi feita a alteração do objetivo que passou a ser a compra dos imóveis da CBD e locação dos mesmos à própria CBD.**

(...)

No que tange à questão fulcral, ou seja, se a situação fática do fundo se subsume ao comando legal contido no artigo 2º da Lei nº 9.779/99, que o obrigaria a pagar tributos como pessoa jurídica, o contribuinte foi intimado em 18/11/2010 a apresentar parecer ou documento de suporte jurídico que embasou a constituição do fundo, notadamente no tocante à tributação prevista no citado diploma legal. Ofereceu resposta em 23/11/2010, juntando o Parecer Jurídico que embasou a constituição do fundo emitido pelo escritório Xavier, Bernardes, Bragança, Sociedade de Advogados, datado de 14/06/2005. O Parecer é da lavra do jurista Alberto Xavier. O ilustre hermeneuta trata a questão de forma direta no item B do citado parecer:

"B) A interpretação do art. 2º da Lei nº 9.779/99

O art. 2º da Lei nº 9.779/99 dispõe o seguinte:

"Sujeita-se à tributação aplicável às pessoas jurídicas, o Fundo de Investimento Imobiliário de que trata a Lei 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 25% (vinte e cinco por cento) das quotas do Fundo.

"Parágrafo único. Para efeito do disposto neste artigo, considera-se pessoa ligada ao quotista:

"I - pessoa física:

"a) os seus parentes até o segundo grau;

"b) a empresa sob seu controle ou de qualquer de seus parentes até o segundo grau;

"II - pessoa jurídica, a pessoa que seja sua controladora, controlada ou coligada, conforme definido nos §§ 1º e 2º do art. 243 da Lei 6.404, de 15 de dezembro de 1976."

O conceito de "empreendimento imobiliário" encontra-se definido no "caput" do art. 2º da Instrução CVM nº 205, de 14 de janeiro de 1994, segundo o qual "o Fundo de Investimento Imobiliário destinar-se-á ao desenvolvimento de empreendimentos, tais

como construção de imóveis, aquisição de imóveis prontos ou investimentos em projeto visando viabilizar o acesso à habitação e serviços urbanos, inclusive em áreas rurais, para posterior alienação, locação ou arrendamento".

No caso concreto, o empreendimento em causa inclui-se na categoria da aquisição de imóveis prontos para posterior locação (os 60 imóveis de propriedade de CBD adquiridos pelo FII e destinados a locação por CBD).

O espírito da lei consiste em impedir a cumulação da posição jurídica de cotista relevante de um Fundo de Investimento Imobiliário (definido ele ligada, mais de 25% das quotas do Fundo) com a posição jurídica de incorporador, construtor ou sócio de empreendimento imobiliário.

O impedimento da cumulação tem por finalidade evitar um eventual comportamento elisivo consistente em uma determinada pessoa utilizar a sistemática do Fundo de Investimento Imobiliário (sujeita a uma tributação mais reduzida) para o exercício empresarial de empreendimentos imobiliários (sujeitos a uma tributação mais onerosa, tanto a nível das pessoas físicas, quanto das pessoas jurídicas).

Sucedem, porém, que no caso concreto, muito embora Abílio Diniz seja indiscutivelmente quotista relevante do Fundo de Investimento Imobiliário, não se verifica no empreendimento em causa - a aquisição de imóveis prontos para locação - a figura do incorporador, construtor ou sócio, pelo que inexistem a cumulação de posições jurídicas a que atrás se aludiu.

Com efeito, tais figuras respeitam a empreendimentos imobiliários em curso de execução, tais como a construção, incorporação ou investimentos em projetos habitacionais, mas nunca a uma "operação isolada", realizada no "mercado secundário", que respeita à aquisição. Ou seja, somente nas primeiras hipóteses pode haver a cumulação concomitante de posições jurídicas que a lei visa combater pelo mecanismo da equiparação dos Fundos de Investimento Imobiliário a pessoas jurídicas para fins tributários.

O renomado exegeta entende que a equiparação dos fundos imobiliários a pessoas jurídicas, em que um cotista detenha mais de 25% do controle do fundo, não alcança a situação de aquisições de imóveis prontos ou já construídos. Entende que a aplicação do artigo 2º da Lei nº 9779/99 ocorre só nas situações de empreendimentos imobiliários em curso de execução, tais como a construção, incorporação ou investimentos em projetos habitacionais. Conclui em seu Parecer:

"o empreendimento imobiliário objeto do FII - aquisição de imóvel pronto para locação - não contempla as figuras de incorporador, construtor ou sócio (exclusivas de empreendimentos imobiliários em curso de execução), pelo que ao mesmo não é aplicável a regra de equiparação a pessoa jurídica para fins tributários constante do art. 2º da Lei nº 9.779/99;

Não há como concordar com tal posicionamento. Os Fundos Imobiliários brasileiros, bem como na maioria dos países em que este instrumento é utilizado, tem uma estrutura tributária incentivada, dada a importância do setor imobiliário para a economia destes países.

O ambiente do Fundo Imobiliário é isento de impostos, tais como PIS, COFINS e Imposto de Renda, este último só incidindo sobre as receitas financeiras obtidas com as aplicações em renda fixa do saldo de caixa do fundo (compensáveis quando da distribuição de resultados aos cotistas). Os Fundos Imobiliários são instrumentos do mercado de capitais para captação da poupança popular. Todo o conteúdo normativo, desde a entrada em vigor da Lei nº 8668/93, caminha no sentido de incentivar a presença do maior número de investidores, principalmente pessoas físicas. Desta forma, desde 2005, com a entrada em vigor da Lei nº 11.196, além da isenção de impostos para as atividades do fundo, os cotistas pessoas físicas de fundos imobiliários com mais de 50 participantes, em que nenhum detenha mais de 10% das quotas, estão isentos do imposto de renda na fonte e na declaração de ajuste anual sobre os rendimentos distribuídos.

A interpretação construída por Alberto Xavier cria uma exceção que o artigo 2º da Lei nº 9.779/93 não contempla. Não há no comando normativo citado qualquer diferenciação de tratamento para os empreendimentos em curso e imóveis prontos. Não

há nem menção a estas situações. Na regulamentação expedida pela CVM por meio da Instrução 205/94, mais especificamente no artigo 2º, está definido o conceito de empreendimento imobiliário:

Art. 2º - O Fundo de Investimento Imobiliário destinar-se-á ao desenvolvimento de empreendimentos imobiliários, tais como construção de imóveis, aquisição de imóveis prontos, ou investimentos em projetos visando viabilizar o acesso à habitação e serviços urbanos, inclusive em áreas rurais, para posterior alienação, locação ou arrendamento.

Assim, a aquisição de imóveis prontos também se constitui num empreendimento imobiliário. O próprio jurista afirma:

O espírito da lei consiste em impedir a cumulação da posição jurídica de quotista relevante de um 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 posição jurídica de incorporador, construtor ou sócio de empreendimento imobiliário.

No caso em tela, a cumulação da posição jurídica é mais do que clara. O Fundo foi inicialmente constituído tendo como único cotista, o Sr. Abílio Diniz. Em 2006, empresa por ele controlada, Reco Máster Participações, ingressa no fundo com a maior parte das cotas. A última posição dos controladores do Fundo aponta a Reco Máster como única participante, em conformidade com os documentos juntados pelo contribuinte. Na CBD, o Sr. Abílio Diniz é um dos controladores do grupo.

O instrumento jurídico utilizado para o aperfeiçoamento da transferência dos 60 imóveis da CBD para o fundo foi o do "Compromisso Irrevogável e Irretroatável de Compra e Venda de Bem Imóvel" em caráter fiduciário. A propriedade fiduciária é tratada pelo atual Código Civil, nos artigos 1.361 e seguintes. Desdobra-se a posse em direta (devedor-fiduciante) e indireta (credor-fiduciário). O primeiro pode, portanto, usar e fruir do bem. O segundo mantém o direito de haver a posse plena, no caso de inadimplemento. Com o pagamento, extingue-se a propriedade resolúvel. Portanto, os imóveis continuam vinculados à CBD.

O comando legal previsto no artigo 111 do Código Tributário Nacional ordena que a interpretação sobre a legislação tributária que disponha sobre isenção seja feita de forma literal. Embora faça críticas a esta forma de interpretação, Paulo de Barros Carvalho, em sua obra Curso de Direito Tributário, 14ª edição, página 104, ensina que na análise literal prepondera a investigação sintática, ficando impedido o intérprete de aprofundar-se nos planos semânticos e pragmáticos. Em suma, na situação do Fundo Península, não há como concordar com a construção elaborada no Parecer Jurídico que buscou excluir a situação de imóveis prontos do universo descrito como empreendimento imobiliário. Existe a cumulação de posições jurídicas, estando o fundo península sujeito à tributação das pessoas jurídicas. Ao equiparar os fundos de investimentos imobiliários às pessoas jurídicas nas situações previstas no artigo 2º, a Lei nº 9779/99 não excluiu a situação do Fundo Imobiliário Península, não cabendo ao intérprete criar tal exclusão.

3 - Cálculo do IRPJ e da CSLL.

A apuração dos valores devidos de Imposto de Renda Pessoa Jurídica e Contribuição Social Sobre o Lucro Líquido será feita com base no lucro real apurado trimestralmente, tendo em vista ser esta a tributação mais benéfica para o contribuinte, em conformidade com o contido no artigo 112 do Código Tributário Nacional e no artigo 1º da Lei nº 9.430/96. (...)

Ainda como resultado do procedimento fiscal, foi lavrado Termo de Sujeição Passiva Solidária (fls. 183) contra Banco Ouroinvest, administrador do Fundo.

A contribuinte e o solidário apresentaram impugnações (fls. 224/235 e 253/273), expondo, em síntese, que:

- a divergência entre o auto de infração e o entendimento da impugnante está na inaplicabilidade à contribuinte da norma equiparadora do art. 2º, da Lei nº 9.779/99, uma vez que no presente caso não se vislumbram nem a figura do incorporador, nem a figura do construtor, nem tampouco a de sócio.

- uma sociedade só existe se a aplicação de recursos foi efetuada por mais de uma pessoa ligada por contrato de sociedade, isto é, uma pluralidade de adquirentes ligados por contrato de sociedade. Só nesta hipótese pode ocorrer a cumulação a que se refere o art. 2º, da Lei nº 9.779/99, ou seja, a concomitante posição de quotista relevante da contribuinte e de sócio do empreendimento em que se investe.

- para que a alegada cumulação pudesse ter ocorrido seria necessário que a contribuinte tivesse realizado a aquisição do imóvel conjuntamente com, no mínimo, outro investidor com o qual contribuísse com bens ou serviços e partilhasse os resultados do empreendimento, o que não ocorreu no caso concreto.

- o BANCO OUROINVEST S/A, na qualidade de administrador da contribuinte, é o adquirente único dos imóveis, não existindo, pois, nenhum sócio nesse empreendimento.

- a contribuinte não investiu em qualquer empresa ou deteve qualquer participação societária.

- o caráter fiduciário da propriedade do administrador da contribuinte (BANCO OUROINVEST S/A) quanto aos imóveis é uma consequência do regime legal de qualquer fundo de investimento imobiliário, expressamente prevista nos artigos 6º, 7º e 8º, da Lei nº 8.668/93, e, ao contrário do afirmado no auto, nada tem a ver com o instituto da propriedade fiduciária de bem móvel, com escopo de garantia, de que tratam o art.1.361 e seguintes do Código Civil. A propriedade fiduciária de bem imóvel, com escopo de garantia, ou seja, decorrente de alienação fiduciária, é regulada no art.22 e seguintes da Lei nº 9.514/97, não no Código Civil.

- a alienação dos imóveis em causa foi realizada a título definitivo, e não resolúvel, como sucederia caso se tratasse de alienação fiduciária em garantia. Após a celebração dos contratos, os imóveis perderam qualquer vínculo com a CBD, ao contrário do que afirma o auto de infração. A relação fiduciária existe entre o administrador e a contribuinte e não entre a contribuinte e a CBD.

- o Fisco desconsiderou, na apuração do IRPJ e da CSLL, as despesas relativas às exigências de PIS e de COFINS.

- a fiscalização não compensou, na apuração do IRPJ, o valor retido e recolhido pela contribuinte a título de IRRF no ano de 2005.

- a contribuinte distribuiu rendimentos no ano de 2005, razão pela qual realizou, em 29/12/2005, a retenção e o recolhimento de imposto de renda, à alíquota de 20% sobre o total de rendimento, no valor de R\$5.094.036,83 (fls.346).

Tramitado o feito, a DRJ decidiu pela improcedência das defesas, conforme Acórdão de fls. 352/369.

Dessa decisão, tanto a contribuinte quanto o solidário interpuseram recursos voluntários (fls. 376/402 e 477/493), os quais foram parcialmente providos nos termos do referido Acórdão nº **1301-00.994** (fls. 526/553).

Houve oferecimento de embargos de declaração (fls. 599/610) pela contribuinte, sustentando que o julgado conteria:

- Vício de obscuridade porque o acórdão julgou o presente caso com base *em fato não verdadeiro*, que não corresponde com a real operação praticada (e, inclusive, descrita no Termo de Verificação Fiscal).
- Vício de omissão porque o acórdão deixou de apreciar a real operação aqui em discussão e que consistiu na venda dos imóveis da CBD para o FII PENÍNSULA, não existindo a alegada venda prévia dos imóveis para o Sr. Abílio Diniz.
- E vício de contradição pois, por um lado, o voto menciona corretamente trechos do Termo de Verificação Fiscal que aludem a venda dos imóveis da CBD para o FII PENÍNSULA mas, por outro lado, o mesmo voto alega que a venda dos imóveis foi feita da CBD para o Sr. Abílio Diniz.

O solidário também apresentou embargos (683/692).

Despacho de fls. 779/785 rejeitou os embargos.

Em seguida a PGFN interpôs o recurso especial (fls. 555/564), que foi admitido nos seguintes termos (fls. 575/578):

(...)

Para melhor compreensão da matéria, transcrevo abaixo as ementas dos acórdãos apresentados como paradigmas, na parte que interessa ao presente exame:

Acórdão n.º 1802-000.825

DESPESAS TRIBUTÁRIAS - CRITÉRIO DE DEDUÇÃO

A dedução, para fins da apuração de IRPJ e CSLL, das exigências de PIS e COFINS lançadas de ofício, deve seguir o regime de caixa, ou seja, tais tributos só poderão configurar despesas dedutíveis quando pagos, nos termos do art. 41, § 1º, da Lei 8.981/1995.

Acórdão n.º 1302-000.592

TRIBUTOS E CONTRIBUIÇÕES COM A EXIGIBILIDADE SUSPensa. DEDUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

Tratando-se de tributos ou contribuições cuja exigibilidade encontra-se suspensa, diante do fato de que, nessa situação, a obrigação passa a ser incerta, visto que dependente do crivo da autoridade julgadora competente, já não cabe mais falar em despesa incorrida, pois estará ela sujeita a uma manifestação futura acerca da sua própria existência. Indedutíveis, pois, ex vi do disposto no parágrafo 1º do art. 41 da Lei n.º 8.981/95, o PIS e a COFINS, lançadas por via reflexa e contestadas administrativamente.

De outra parte, o acórdão recorrido traz a seguinte ementa quanto à matéria:

DESPESAS COM TRIBUTOS (PIS E COFINS) DEDUÇÃO

Tendo, no mesmo procedimento, formalizado exigências de PIS e COFINS, tributos cuja dedutibilidade não é vedada pela lei tributária, a autoridade lançadora, por dever de ofício, deve deduzir o respectivo valor para fins de determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLL.

Os acórdãos paradigmas, especialmente o segundo, trazem o entendimento de que as despesas com PIS e Cofins lançadas no mesmo procedimento fiscal que apura IRPJ e CSLL não é dedutível da base de cálculo desses últimos por estarem com a sua exigibilidade suspensa, nos termos do art. 41 §1º da Lei n.º 8.981/1995.

De outra parte, o acórdão recorrido diverge dessa conclusão ao entender que, inexistente vedação legal para a sua dedutibilidade, devendo a própria autoridade lançadora deduzir, de ofício, os valores lançados a título de PIS e Cofins da base de cálculo do IRPJ e da CSLL.

Portanto, as conclusões sobre a matéria ora recorrida nos acórdãos examinados revelam-se divergentes, restando plenamente configurada a divergência jurisprudencial apontada pela recorrente.

Ante ao exposto, e tendo em vista que a uniformização da jurisprudência administrativa é o escopo do recurso especial, opino no sentido de que se **DÊ SEGUIMENTO** ao presente recurso.

(...)

Intimada da admissão do recurso especial fazendário, a contribuinte ofereceu contrarrazões às fls. 729/735.

Também interpôs recurso especial (fls. 801/828), assim como o solidário (fls. 858/870).

Despacho de fls. 891/906 assim admitiu o Apelo da contribuinte:

(...)

A recorrente pretende ver afastada a tributação como pessoa jurídica, defendendo interpretação estrita do contido no caput do art. 2º da Lei nº 9.779, de 1999.

Alega, em apertada síntese, que na aquisição de imóvel pronto para locação deve-se afastar as figuras de incorporador ou construtor e, também, as de sócio do construtor ou de sócio do incorporador. Não havendo na estrutura do Fundo o papel de incorporador ou de construtor, não haveria o de sócio. Desse modo, defende que existiria apenas a figura do coproprietário (ou condômino) do imóvel adquirido pelo fundo.

Trouxe como paradigma o Acórdão nº 1302-002.053, que julgou a mesma situação fática posta nestes autos, referente à mesma contribuinte, mas decidindo sobre os Autos de Infração relativos ao PIS e à COFINS.

O paradigma foi assim ementado:

Acórdão nº 1302-002.053

*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.

CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Tratando-se da mesma situação fática e do mesmo conjunto probatório, a decisão prolatada com relação ao lançamento da COFINS é aplicável, mutatis mutandis, ao lançamentos da Contribuição para o PIS.

Considerando que o julgado combatido decidiu:

Constatado que o empreendimento imobiliário é integralmente explorado (100% do negócio) por quotista único (100% das quotas) do Fundo de Investimento Imobiliário, revelam-se presentes as circunstâncias autorizadoras da aplicação do disposto no art. 2º da Lei nº 9.779/99, ou seja, o referido Fundo sujeita-se à tributação aplicável às pessoas jurídicas.

E que o paradigma assim interpretou a mesma situação fática:

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.

Ante confronto dos trechos das decisões acima, entendo que, num exame prelibatório como o de admissibilidade de recurso especial, estão presentes os elementos suficientes para demonstrar a divergência de entendimentos entre a 1ª e a 2ª Turma Ordinária da 3ª Câmara.

Assim, por restar comprovada a divergência, **DOU SEGUIMENTO ao recurso especial interposto pelo FUNDO DE INVESTIMENTO IMOBILIÁRIO PENÍNSULA**, para que a Câmara Superior aprecie a matéria aqui arguida.

No que diz respeito ao recurso especial do solidário, este teve seu seguimento negado pelo referido despacho, fato este que ensejou a apresentação de Agravo (fls. 913/923), o qual foi rejeitado (fls. 913/923).

Chamada a se manifestar sobre a admissão do Apelo Especial da contribuinte, a PGFN ofereceu contrarrazões às fls. 941/952.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Luis Henrique Marotti Toselli, Relator.

Conhecimento

Os recursos especiais são tempestivos e atendem os demais requisitos de admissibilidade, não havendo, inclusive, questionamento pelas partes quanto ao seu seguimento.

Especificamente em relação ao paradigma trazido pela contribuinte (Acórdão nº **1302-002.053**), cumpre apenas observar que trata-se de *autuação reflexa* à presente, tendo sido tal precedente reformado por esta C. Câmara Superior de Recursos por intermédio do Acórdão nº **9101-004.580**. Considerando, porém, que esta reforma se deu em momento posterior ao da interposição do Apelo, este fato não impede o conhecimento recursal nos termos do artigo 67, do RICARF¹.

Cabe ainda destacar que o próprio Relator do Acórdão recorrido, ao afastar o julgamento daquele caso em conjunto com o presente processo, reconheceu expressamente que o

¹ Artigo 67 - (...)

(...)

§ 15 - Não servirá como paradigma o acórdão que, na data da interposição do recurso, tenha sido reformado na matéria que aproveitaria ao recorrente. (Incluído pela Portaria MF nº 39, de 2016).

fato propulsor das incidências tributárias é o mesmo, envolvendo a tributação aplicável ao FII por força do disposto no art. 2º da Lei nº 9.779/99².

Também merece atenção o fato de que o Conselheiro Alberto Pinto Souza Junior, Relator do paradigma, inclusive participou do julgamento do acórdão recorrido e foi vencido na matéria, o que a meu ver definitivamente ratifica a divergência.

Isso também ocorre com a matéria objeto do recurso especial da Fazenda: enquanto a decisão ora recorrida reconheceu a necessidade de deduzir os lançamentos reflexos da base de cálculo do IRPJ, os paradigmas se manifestaram contrários a esse suposto direito.

Tendo isso em vista, e apoiado também no permissivo previsto no §1º do art. 50 da Lei nº 9.784/99³, conheço tanto do recurso especial da PGFN quando do contribuinte nos termos, respectivamente, dos despachos de admissibilidade de fls. 575/578 e 891/906.

Mérito

Recurso especial do contribuinte

Por questão de objetividade e clareza, teceremos comentários gerais sobre os Fundos de Investimento Imobiliários para, apenas em seguida, enfrentar o mérito da controvérsia.

Dos Fundos de Investimento Imobiliário - FIIs

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 natureza⁴.

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**);

² Em suas palavras: "Afasto, de pronto, a possibilidade de julgamento conjunto do presente processo com o de número 16327.001753/2010-73, vez que, apesar do fato propulsor das incidências tributárias ser o mesmo em ambos os feitos (tributação aplicável às pessoas jurídicas por força do disposto no art. 2º da Lei nº 9.779/99), as exigências de PIS e COFINS em si, objeto do referido processo administrativo, revelam-se de natureza autônoma, competindo à Terceira Seção deste Colegiado o processamento e julgamento do recurso voluntário interposto".

³ Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

(...)

§ 1º - A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.

⁴ Cf. artigo 1.368-C do Código Civil, incluído pela Lei nº 13.874/2018.

- 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 empreendimentos integrantes do patrimônio do fundo (**art. 13, I**).

Na prática, os FIIs têm a faculdade de investir em diversos tipos de *ativos imobiliários*, a saber⁵: **(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 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.

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 a operar

⁵ Conforme normas regulamentadoras da Comissão de Valores Mobiliários: IN CVM nº 205/2004; e sua revogadora, a IN CVM nº 472/2008.

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.

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.

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 *donos dos ativos imobiliários do FII* até a sua liquidação ou resgate de quotas.

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.

Do ponto de vista tributário:

- o art. 16 da Lei n.º 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 n.º 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 n.º 9.779/1999).*

Ao tratar da evolução da tributação relativa aos FII's, Ricardo Lacaz Martins e Guilherme Galdino⁶ esclarecem que:

Ao se falar em tributação da renda dos FIIs – peculiar em relação ao regime geral de fundos -, objetiva-se abordar tanto a distribuição da renda dos FII na qualidade de contribuinte quanto a tributação da renda dos seus quotistas, seja o caso de proventos recebidos (que nada mais são do que os lucros distribuídos pelos FIIs em suas operações), seja o caso de ganhos oriundos da alienação de suas quotas ou do resgate em caso de liquidação.

Pois bem. A evolução dessa tributação pode ser dividida em três fases.

A primeira (1.1) se inicia com a introdução dos FIIs no direito brasileiro pela Lei n.º 8.668/1993, cujo regime tributário permitia o diferimento da tributação da renda, o que causou distorções no uso dos FIIs, tendo-se incentivado a utilização destes em sentido

⁶ “O Imposto de Renda nas Aplicações de Fundo de Investimento Imobiliário (FII) em Outro FII”. In. “Tributação de Fundos de Investimentos”. São Paulo. Quartier Latin. 2022. Pag. 394/395.

contrário à sua finalidade enquanto instrumento de captação de recursos no mercado financeiro para atuação no mercado imobiliário.

De sorte a corrigir essas distorções, editou-se a Lei nº 9.532/1997, cujo artigo relevante foi revogado em seguida pela Lei nº 9.779/1999, surgindo, assim, a segunda fase (1.2) da tributação da renda dos FII's. Embora as medidas adotadas por tais leis tenham fechado o espaço para o uso contrário à finalidade dos FII's, houve um novo desequilíbrio, pois a distribuição forçada dos lucros dos FII's com o Imposto de Renda sobre toda e qualquer distribuição havia os tornado um investimento pouco atraente.

Em razão disso, foram promulgadas as Leis nº 11.196/2005 e nº 12.024/2009, responsáveis por trazer um novo equilíbrio à tributação da renda dos FII's, constituindo, desse modo, a terceira fase (1.3).

No tocante às alterações trazidas pela Lei nº 9.779/1999, os autores apontam que:

No total, foram de quatro ordens as principais alterações realizadas pela Lei nº 9.779/1999 que impactaram o regime de tributação da renda dos FII's presente na Lei nº 8.668/1993. Duas delas em relação à tributação da renda dos FII's como contribuintes e duas referentes aos beneficiários de lucros distribuídos ou de ganhos oriundos de alienação das quotas ou liquidação dos fundos.

A primeira exceção teve como objetivo impedir que empresas do setor imobiliário criassem FII's para atuarem como veículos de suas próprias atividades, o que não só diferiria a tributação da renda, mas também traria vantagens concorrenciais em face de seus pares que não fizessem o mesmo. A solução encabeçada pelo art. 2º da Lei nº 9.779/1999, na realidade, substituiu o referido art. 19 da Lei nº 9.532/1997. Ou seja, equiparou, para fins tributários, os FII's às pessoas jurídicas, mas somente nos casos em que incorporador, construtor ou sócio titularasse, individualmente ou em conjunto com pessoa ligada, mais de 25% das quotas do FII que aplique recursos em empreendimentos imobiliários. (...)

Já a segunda exceção visou a impedir que os FII's fossem utilizados como meros veículos de investimentos financeiros em outros mercados com os benefícios do diferimento da tributação da renda. Nessa linha, a Lei nº 9.779/1999 inseriu o art. 16-A na Lei nº 8.668/1993...

(...)

Em que pese essas medidas já mitigassem as antigas distorções, a Lei nº 9.779/1999 foi além ao trazer duas modificações que impactaram a tributação da renda dos quotistas dos FII's.

A primeira modificação foi no sentido de se evitar, forçadamente, o diferimento da tributação. (...). Desse modo, a Lei nº 9.779/1999 passou a exigir a distribuição dos lucros aos quotistas segundo o regime de caixa, consoante balanço ou balancete semestral, nos termos do parágrafo único incluído no art. 10 da Lei nº 8.668/1993. (...)

Acompanhada dessa distribuição forçada, houve a segunda modificação, de menor relevância, que basicamente alterou os arts. 17, 18 e 19 da Lei nº 8.668/1993. Além de ter revogado os dispositivos que versavam sobre os não residentes – que possuem tratamento especial em outras leis –, em essência, simplesmente reduziram-se de 25% para 20% as alíquotas de Imposto de Renda sobre os proventos distribuídos e sobre os ganhos oriundos da alienação de quotas ou liquidação dos FII's. Ao mesmo tempo, deixou-se claro que esse imposto seria considerado, de um lado, uma antecipação para pessoas jurídicas e, de outro, uma tributação exclusiva nos demais casos.

E quanto à terceira fase, consistente no regime trazido pelas Leis nº 11.196/2005 e nº 12.024/2009, referido estudo assim conclui:

O art. 125 da Lei nº 11.196/2005 inseriu no art. 3º da Lei nº 11.033/2004, dispositivos para isentar na fonte e na declaração anual das pessoas físicas os rendimentos distribuídos pelos FII's. Entretanto, essa isenção só se opera caso sejam respeitados cumulativamente os seguintes requisitos: (i) as quotas desse FII sejam negociadas em bolsas de valores ou no mercado de balcão organizado; (ii) haja, no mínimo, 50 quotistas nesse FII; (iii) a pessoa física em questão não tenha 10% ou mais da totalidade das quotas emitidas pelo FII; e (iv) esse quotista não possua quotas que lhe deem direito ao recebimento de rendimento superior a 10% do total do rendimento auferidos pelo FII. Ou seja, desde que observadas determinadas condições, a Lei nº 11/196/2005 inseriu uma isenção a art. 17 da Lei nº 8.668/1993.

(...)

Se a Lei nº 11.196/2005 inovou ao estabelecer uma isenção e benefício dos quotistas pessoas físicas, a Lei nº 12.024/2009 (...) adicionou parágrafos ao art. 16-A da Lei nº 8.668/1993, destacando-se, dentre eles, o § 1º que excepcionou o IR-Fonte previsto no *caput* do art. 16-A, ao instituir uma isenção quanto à aplicações efetuadas pelos FII's nos ativos de que tratam os incisos II e III do art. 3º da Lei nº 11.033/2004.

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 Fundo⁷, evidentemente que o uso de estruturas com FII's atraíram tanto os contribuintes, na busca por maximizar seus resultados, quanto às autoridades fiscais, na busca de coibir *abusos*.

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 FII'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 tributária⁸.

Com efeito, a desqualificação de uma estrutura que contenha um FII 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.).

Não foi esse, entretanto, o caminho que seguiu a fiscalização responsável pelo presente lançamento, que optou, talvez até por um certo *preconceito* quanto à origem e destino dado aos imóveis adquiridos pelo FII Península, a equivocadamente equipará-lo à pessoa jurídica para fins de tributação com base no artigo 2º da Lei nº 9.779/99.

Do caso concreto

Restou demonstrado que o *Fundo de Investimento Imobiliário Península* (“FII Península”) foi constituído em 2005, sob a forma de condomínio fechado, com prazo de duração

⁷ A unipessoalidade de fundos de investimento, aliás, foi expressamente reconhecida pelo artigo 111 -A da Instrução CVM nº 409/2004.

⁸ Conforme visto, apesar dos os FII'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 FII e quotista de forma conjunta e comparada com a estrutura imobiliária ordinária.

indeterminado, tendo sido as quotas iniciais adquiridas exclusivamente pelo Sr. Abílio dos Santos Diniz (“Abílio Diniz”).

Em seguida⁹, o Sr. Abílio Diniz transferiu essas quotas para a sociedade *Reco Master Empreendimentos e Participações S.A.*, por meio de aumento de capital, sociedade esta de capital fechado, controlada por ele e seus familiares (“Grupo DINIZ”), com o propósito de administrar bens próprios e participar no FII Península, cujo objeto social restringiu-se à aquisição de imóveis da CBD com a finalidade de locação à própria CBD ou outra empresa do grupo.

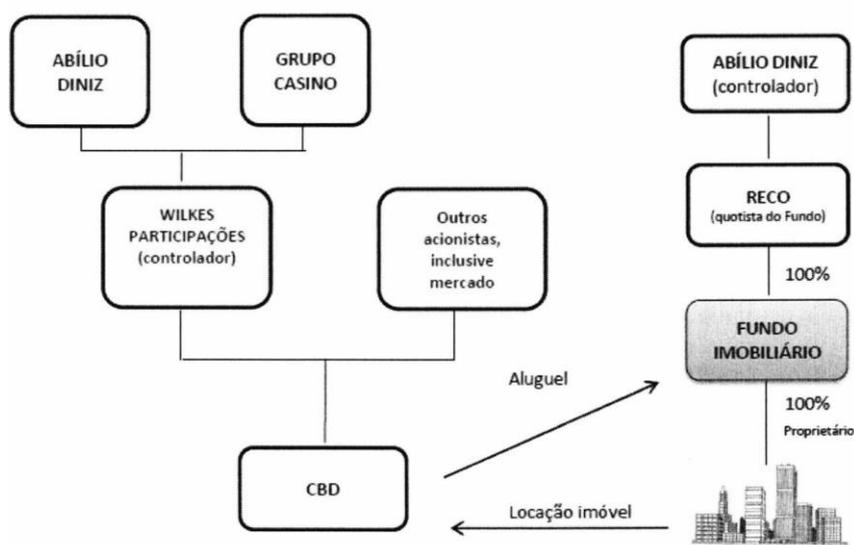
Tais operações ocorreram no contexto de reestruturação societária de mudança de controle da CBD, que envolveu a constituição de *holding* (Wilkes Participações) pelos sócios Abílio Diniz e Cassino Guichard Perrachon S/A (“Cassino”), os quais passaram a deter, cada um, 50% do seu capital votante.

Como reflexo do negócio, a CBD alienou ao FII Península 60 (sessenta) imóveis, sob a condição de que estes fossem concomitantemente locados para ela própria, a CBD, por um prazo de 40 anos, nos termos de contratos de locação que foram celebrados pelas partes.

A aquisição dos imóveis da CBD operou-se ao amparo de "*Compromissos Irrevogáveis e Irretratáveis de Compra e Venda de Bens Imóveis*", por meio dos quais o Banco Orinvest, na qualidade de administrador do *Fundo*, adquiriu a propriedade (fiduciária por ser administrador), contra o pagamento parcelado do preço.

Nos termos da Cláusula 3ª dos referidos Compromissos, o Banco Orinvest se imitiu na posse desses imóveis na data da assinatura dos compromissos, que passaram a integrar o patrimônio do FII Península e, ato contínuo, firmaram-se contratos de locação desses imóveis para a CBD, fazendo o Fundo jus ao recebimento dos respectivos alugueis.

A ilustração abaixo resume a estrutura em questão:



⁹ Há dúvidas se ainda em 2005 ou apenas em 2006, mas essa data não impacta no julgamento.

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 Península; 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.

Pelo contrário, a tributação do FII Península 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 n.º 9.779/99.

Conforme esclarece o próprio TVF, logo no seu início, *o escopo da ação fiscal, que teve início em 22/10/2010, está voltado para a verificação da situação do fundo frente ao comando legal contido no artigo 2º da Lei n.º 9.779/99, mais precisamente, se o fundo estaria sujeito à tributação das pessoas jurídicas em virtude de ter um único cotista com investimento numa empresa por ele (cotista) controlada.*

Em seguida assim conclui o relatório que motivou a presente autuação:

Em suma, na situação do Fundo Península, não há como concordar com a construção elaborada no Parecer Jurídico que buscou excluir a situação de imóveis prontos do universo descrito como empreendimento imobiliário. Existe a cumulação de posições jurídicas, estando o fundo península sujeito à tributação das pessoas jurídicas. Ao equiparar os fundos de investimentos imobiliários às pessoas jurídicas nas situações previstas no artigo 2º, a Lei n.º 9.779/99 não excluiu a situação do Fundo Imobiliário Península, não cabendo ao intérprete criar tal exclusão.

O acórdão recorrido caminhou nesse mesmo sentido, conforme atesta a seguinte parte do voto condutor:

(...)

Analiso, em primeiro lugar, os argumentos trazidos pelo FUNDO DE INVESTIMENTO IMOBILIÁRIO PENÍNSULA.

Alega o Recorrente que o auto de infração não conseguiu demonstrar a existência de cumulação exigida pela lei, partindo, inclusive, de um erro de direito de considerar que a operação realizada consistiu numa alienação fiduciária em garantia de imóveis, os quais, assim, continuariam a pertencer à CBD.

Creio que, de fato, a interpretação feita pela Fiscalização e acompanhada pela decisão recorrida acerca da denominada “propriedade fiduciária” seja digna de reparo.

Penso que o instituto em questão, no âmbito em que foi empregado, diz respeito à propriedade constituída visando o fim específico da administração dos bens e direitos integrantes do patrimônio do Fundo de Investimento Imobiliário por parte do Banco Ourinvest (administrador do Fundo), sendo, portanto, objeto de restrições e limitações, nos exatos termos do Regulamento do referido Fundo.

Equívocada, a meu ver, a comparação, no caso, com a “propriedade fiduciária” a que faz menção o art. 1.361 e seguintes do Código Civil brasileiro.

Não obstante, relativamente à cumulação sócio do empreendimento-quotista a que faz referência o art. 2º da Lei n.º 9.779/99, tenho que os fatos retratados nos autos revelam conclusão oposta a defendida pelo Recorrente.

(...)

Em que pese o fato de a descrição feita no Termo de Verificação Fiscal estender-se além do ano objeto de lançamento (2005), fazendo referência, assim, a episódios que não interessam diretamente à solução da lide posta no presente processo, os elementos reunidos aos autos conduzem à convicção de que, ao menos no que diz respeito ao ano de 2005, o quotista único do Fundo (Sr. Abílio dos Santos Diniz) era, ao mesmo tempo, sócio do empreendimento imobiliário objetivado pelo referido Fundo, qual seja, a aquisição de imóveis para locação.

O Parecer de fls. 122/130, que foi apresentado à Fiscalização como suporte jurídico para a constituição do Fundo de Investimento Imobiliário, descreve, com clareza, o pretendido pelo ali denominado Grupo DINIZ ao criar o Fundo de Investimento Imobiliário.

Ali, restou assinalado:

(...)

A rigor, o Parecer apresentado pela Recorrente no curso da Fiscalização, não obstante ter tratado de outros temas (regime tributário dos Fundos de Investimento Imobiliário; distribuição de lucros; momento de recolhimento do imposto de renda), manifestou, em brevíssima análise, o entendimento de que, tratando-se de empreendimento imobiliário representado por aquisição de imóveis prontos para locação, inexistia a figura do incorporador, construtor ou sócio, motivo pelo qual são inaplicáveis as normas do art. 2º da Lei nº 9.779/99.

Penso que a afirmação de que “*não se verifica, no empreendimento em causa – a aquisição de imóveis prontos para locação a figura do incorporador, construtor ou sócio*” é digna de reparo. Pode-se, à evidência, afastar a “figura” do incorporador e do construtor, mas, não, a do sócio.

Como explicado em contexto preambular pelo próprio Parecer, no âmbito de uma reestruturação do seu controle societário, a Companhia Brasileira de Distribuição (CBD) decidiu transferir sessenta imóveis para o Sr. Abílio Diniz, que, de forma concomitante, foram locados para a própria CBD.

O empreendimento imobiliário, portanto, está representado por imóveis pertencentes ao Sr. Abílio Diniz, que são “adquiridos” pelo Fundo de Investimento Imobiliário, que tem como único quotista, ao menos no ano-calendário de que trata o presente processo (2005), o próprio Sr. Abílio Diniz.

Note-se que é o próprio Recorrente quem afirma que a aquisição de imóveis para locação representou a atividade imobiliária e que a melhor forma para empreender essa atividade seria por meio da constituição do Fundo de Investimento Imobiliário, isto é, o Grupo DINIZ (leia-se: Sr. Abílio Diniz), objetivando empreender a atividade de aquisição de imóveis para locação, entendeu que a melhor forma para tanto seria por meio da criação de um Fundo de Investimento Imobiliário, sendo que, na constituição do referido Fundo (exclusivo) o Grupo Diniz (Sr. Abílio Diniz) seria o único quotista.

(...)

A tentativa do Recorrente de vincular o conceito de “sócio do empreendimento imobiliário”, a que faz referência a lei, a existência de participação societária, revela-se, no caso dos autos, absolutamente inadequada, vez que, na circunstância sob exame, o que salta aos olhos é, como já dito, o fato de Sr. Abílio Santos Diniz figurar, sozinho (como descrito no Parecer de fls. 122/130) ou por meio de Grupo sob o seu controle (na forma disposta na peça recursal), figurar ao mesmo tempo como empreendedor da atividade imobiliária e como quotista único do Fundo de Investimento Imobiliário.

Estamos diante, assim, de situação extrema, em que a atividade imobiliária é integralmente empreendida (100% do negócio) pelo quotista único (100% das quotas), o que, à evidência, retrata a circunstância que o art. 2º da Lei nº 9.779/99 pretendeu evitar, pois, como reconhecido pelo próprio Recorrente, “*o espírito da lei consiste em impedir a cumulação da posição jurídica de quotista relevante de um 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 jurídica de incorporador, construtor ou sócio de empreendimento imobiliário”.

Não me parece que a referência a “sócio do empreendimento imobiliário” feita pela decisão recorrida possa de alguma forma inovar ou trazer mácula ao trabalho fiscal. A meu ver, o fato de a Fiscalização descrever os fatos apurados no Termo de Verificação Fiscal levando em conta a continuidade das verificações além do ano-calendário de 2005, fez que com que fossem reunidos aos presentes autos fatos e documentos que pouca ou nenhuma relevância têm em relação ao ano objeto de lançamento tributário.

Ainda que se possa vislumbrar eventual “inovação de fundamento” por parte da decisão recorrida, alinho-me ao entendimento de que tal fato só se revela importante na situação em que o lançamento tributário só subsiste se considerada tal inovação. No caso vertente, entretanto, não é isso que se verifica, pois, os elementos aportados ao processo e a descrição feita pela autoridade fiscal autorizam a aplicação das disposições do art. 2º da Lei nº 9.779/99, permitindo, assim, o pleno exercício do direito de defesa por parte do atuado.

Por tudo o que aqui foi esposado, em especial o fato de o procedimento sob exame referir-se ao ano de 2005, não é pertinente discutir, nos presentes autos, vínculos societários entre a empresa RECO e a CBD.

Não obstante, a decisão recorrida, por não atentar para a composição do Fundo no ano de 2005, traz considerações acerca de vínculos existentes entre empresas do mesmo Grupo Econômico que, efetivamente, não são relevantes para a solução da controvérsia.

Correta a afirmação do Recorrente de que, para que exista a cumulação prevista no art. 2º da Lei nº 9.779/99, é necessário que o FUNDO aplique recursos num empreendimento imobiliário do qual também participe, como sócio, construtor ou empreendedor, o cotista relevante do FUNDO.

No presente caso, penso que resta indubitável que empreendedor e cotista estão representados pela mesma pessoa, qual seja, o Sr. Abílio dos Santos Diniz, ou, no dizer do Recorrente, do mesmo Grupo (GRUPO DINIZ).

(...)

No recurso especial, o Recorrente alega que *de forma diametralmente oposta à interpretação dada pela Turma a quo, o Acórdão paradigma n. 1302-002.053 da C. 2ª Turma da 3ª Câmara (doc. 1) foi categórico ao afirmar que, ao RECORRENTE (FII PENÍNSULA), não seria aplicável a regra de exceção do art. 2º da Lei n. 9.779/99, no ano de 2005, em razão de duas linhas de interpretação sucessivas: (i) a primeira, de que o termo sócio previsto no referido artigo deve ser interpretado como “sócio do construtor ou sócio do incorporador”, o que afastaria a aplicação no caso, já que não há figura de construtor ou incorporador; e (ii) a segunda, no sentido de que não existe nenhum sócio do empreendimento imobiliário, já que este é detido integralmente pelo RECORRENTE.*

Com efeito, do paradigma em questão (Acórdão nº **1302-002.053** – fls. 829/855) extrai-se que:

(...)

Primeiramente, indubitavelmente, os contratos celebrados pelo Banco Ourinvest e a CBD não se tratavam de alienações fiduciárias em garantia mas de operações de compra e venda de imóveis em caráter fiduciário, na qual o comprador, Banco Ourinvest, passava a deter a propriedade fiduciária dos bens, para dispor e administrá-los na forma e para os fins estabelecidos na legislação aplicável no Regulamento do Fundo Península, ou pelo que viesse a ser decidido pela AGE do referido Fundo, inclusive fazendo constar da matrícula dos imóveis que estes constituíam patrimônio do Fundo. Nesse ponto, não diverjo do Relator do julgamento de 2012.

Por sua vez, o fato de o art. 111-A, que trata dos denominados FUNDOS EXCLUSIVOS, ter sido introduzido na Instrução CVM nº 409, de 18 de agosto de 2004, pela Instrução CVM nº 450, de 30 de março de 2007, ou seja, posteriormente à ocorrência dos fatos apreciados no presente processo, ao contrário do que sugere o Relator de 2012, vem reforçar o argumento da recorrente, no sentido de que nunca foi proibida a constituição de Fundo com um único cotista. Ora, a instrução CVM, como norma infralegal, não poderia inovar no ordenamento jurídico, razão pela qual, se não houve qualquer alteração na Lei de regência da matéria, no interregno entre as edições das duas instruções CVM, há que se concluir que a Instrução CVM nº 450/2007 veio apenas esclarecer algo que já encontrava respaldo na Lei.

Por outro lado, concordo que isso seja irrelevante para o deslinde da questão ora em julgamento, porém por outra razão, qual seja, pelo fato de 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 do 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.

Dessa forma, o fulcro da questão posta em julgamento reside unicamente na interpretação do art. 2º da Lei 9.779 /99, bem como na verificação se a situação fática descrita nos autos se subsume ao referido dispositivo legal.

O art. 2º da Lei 9.779/99 assim versa:

Art. 2º - Sujeita-se à tributação aplicável às pessoas jurídicas, o fundo de investimento imobiliário de que trata a Lei no 8.668, de 1993, que aplicar recursos em empreendimento imobiliário que tenha como incorporador, construtor ou sócio, quotista que possua, isoladamente ou em conjunto com pessoa a ele ligada, mais de vinte e cinco por cento das quotas do fundo.

Parágrafo único. Para efeito do disposto neste artigo, considera-se pessoa ligada ao quotista:

I - pessoa física:

a) os seus parentes até o segundo grau;

b) a empresa sob seu controle ou de qualquer de seus parentes até o segundo grau;

II - pessoa jurídica, a pessoa que seja sua controladora, controlada ou coligada, conforme definido nos §§ 1o e 2o do art. 243 da Lei no 6.404, de 15 de dezembro de 1976.

Inicialmente, há que se salientar que estamos diante de 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. Assim, diante de uma norma excepcional, devemos conferir uma interpretação estrita, seguindo as vetustas, mas nunca ultrapassadas lições, de Carlos Maximiliano.

Da simples leitura do art. 2º, verifica-se que há dois pressupostos, para que ele seja aplicável, quais sejam:

a) que o Fundo aplique recursos em empreendimento imobiliário;

b) que o empreendimento imobiliário tenha como incorporador, construtor ou sócio quotista que, isoladamente ou com pessoa ligada, detenha mais de 25% das quotas do Fundo.

Note-se, assim, que a situação visada pelo legislador relaciona-se com as seguintes atividades:

a) incorporação, o que se define por duas características: destinação do terreno, antes de iniciada a venda, à propriedade comum das unidades autônomas e início das vendas de tais unidades antes de concluída a obra;

b) construção, conceito que aqui tem um caráter complementar daquilo que não se enquadre como incorporação.

Assim, não me parece que se devesse dar ao termo "sócio" um caráter tão abrangente como lhe foi atribuído tanto pelo autuante como pelos julgadores retro citados, de tal sorte que sustento que o termo sócio deve ser entendido como "sócio do incorporador" ou "sócio do construtor". Estas eram as situações usadas pelo legislador ao editar tal norma antielisiva, ou seja, que alguém que se dedicasse a construir ou incorporar, constituísse Fundo Imobiliário apenas para se valer do regime tributário mais benéfico,

Nesse sentido, Hiromi Higuchi faz o seguinte comentário:

"A única equiparação de fundo imobiliário como pessoa jurídica deveria ocorrer quando o fundo imobiliário promovesse incorporação de prédio ou loteamento de terreno. Essa condição não está na lei."

Realmente, o legislador deixou de fora do alcance da norma antielisiva a atividade de loteamento de terreno.

A conexão entre o fundo imobiliário e o empreendimento imobiliário (e superou-se a discussão se a aquisição de imóveis para locação se enquadrariam neste conceito) é o ponto crucial da norma editada que **impede** (destaquei) a usufruição dos benefícios fiscais próprios aos fundos imobiliários, cujos objetos e participações não são partes envolvidas entre si, à razão de pelo menos 25%.

Note-se que a norma antielisiva sequer exigiu para a exclusão das benesses fiscais atos de gestão ou maioria votante.

Todavia, a redação do art. 2º é imprecisa, pois não desborda dos seus parâmetros hermenêuticos a exegese que conclui que o termo "sócio", no texto da norma, quer dizer "sócio do empreendimento imobiliário". De qualquer maneira, o lançamento não tem melhor sorte, se não vejamos o que se segue.

Ora, note-se que o pressuposto para aplicação da norma é que o Fundo aplique recursos em empreendimento imobiliário que tenha um sócio, ou seja, não estamos falando de imóvel, pois imóvel pode até ter co-proprietários, o que não se confunde com sócios. Ora, no caso em tela, o Banco Ourinvest aplicou recursos na aquisição de imóveis da CBD e, não para adquirir cotas ou ações de tal pessoa jurídica. Ademais, não se pode conceber que a CBD, pessoa jurídica que explora o varejo supermercadista, seja considerada um empreendimento imobiliário.

O termo empreendimento não pode ser confundido com patrimônio ou especificamente ativo imobilizado. Empreendimento é o ato de empreender, ou seja, empresa, logo, está ligado, como já dito acima, a idéia de atividade de produção e circulação de bens e serviços. Dessa forma, uma pessoa quando adquire um ou vários imóveis de outra pessoa não aplicou recursos em um empreendimento imobiliário, apenas adquiriu um massa patrimonial. Decerto, que se o destino de tais imóveis for a circulação ou produção de imóveis, o comprador estará exercendo um empreendimento imobiliário, mas jamais se poderá denominar aquele que lhe vendeu os imóveis de sócio desse empreendimento.

Assim, entendo que tanto o autuante como os julgadores retro citados alargaram além dos parâmetros suportados pelo texto o conceito de sócio no art. 2º da Lei 9.779/99, norma que, conforme já dito, por ser extraordinária, exige uma interpretação estrita.

Por essas razões, voto por dar provimento ao recurso voluntário, ficando prejudicada a apreciação da matéria relativa à sujeição passiva solidária.

Nesse sentido, digna de nota é a declaração de voto transcrita abaixo, apresentada pela Conselheira Livia De Carli Germano no Acórdão n.º **9101-004.580**:

Referido dispositivo legal [ou seja, o art. 2º da Lei 9.779/99] consiste no que se convencionou chamar de "regra específica antielisiva" - tecnicamente falando, trata-se

de uma norma de prevenção ou de combate a situações de elusão fiscal (compreendida esta, a elusão fiscal, como o planejamento tributário ilegítimo).

A existência de norma antielisiva específica demonstra uma opção do legislador acerca de uma situação potencial digna de controle. Nas palavras de Heleno Tórres:

Em termos técnicos, as chamadas normas de prevenção, ou de correção, não são propriamente normas antielisivias. São formas de tipificação dos atos ou negócios sujeitos a efeitos elusivos, que visam a alcançar o respectivo controle sob a égide do princípio da legalidade, preventivamente, vedando o uso de benefícios fiscais, ampliando o alcance do conceito da materialidade tributável ou limitando o uso de créditos, etc.. (...) "normas preventivas (ou de correção), antecipando-se às condutas elusivas, são instituídas para 'fechar' os espaços de elusão. (TÓRRES, Heleno Taveira. Medidas contra a evasão e elusão fiscal internacional no direito brasileiro. In: ALTAMIRANO, Alejandro C.. TORRES, Heleno Taveira. UCKMAR, Victor. (coord.). Impuestos sobre el comercio internacional. Buenos Aires: Ábaco, 2003. p. 924)

No caso, a situação digna de controle resta clara pela leitura não apenas da exposição de motivos da norma, mas pela análise de seu próprio conteúdo. De fato, não se discute que a norma teve por objetivo evitar que as pessoas que exploram atividades imobiliárias, na modalidade de incorporador, construtor ou sócio -- e que são tributadas como pessoas jurídicas -- passassem a explorá-las sob a forma de fundo de investimento, sujeito a regime tributário mais favorável, pela via indireta de uma participação relevante nesse fundo (mais de 25%), obtendo assim economia fiscal.

Quanto o legislador escolhe tipificar atos ou negócios que compreende como ilegítimos, cabe ao intérprete, exclusivamente, aplicar a norma, estritamente nos termos em que editada. Daí porque se diz que a interpretação de tais normas deve ser restritiva: em razão de sua própria função no ordenamento.

É dizer, não se pode interpretar a norma antielisiva específica de forma a fazer com que ela abranja outras hipóteses de planejamento que não as que ela prevê, pois isso corresponde, em última análise, a legislar onde nem o legislador, analisando aquela específica situação, assim o quis.

No caso, a norma em debate utiliza os termos "sócios" e "empreendimento imobiliário".

Sócio é um termo definido na legislação societária e diz respeito àquele que detém *diretamente* participação societária (quotas ou ações). A legislação brasileira não prevê a figura do "sócio indireto" -- senão a do "controlador indireto", mas aqui o conceito é outro e a norma se referiu especificamente a "sócio" e não a "controlador".

Empreendimento imobiliário, por sua vez, é termo utilizado pelo direito imobiliário para designar a atividade de explorar a propriedade imobiliária e os direitos a ela relativos como negócio, isto é, como atividade fim, visando com isso o lucro. Quando uma empresa que se dedica ao comércio de bens em supermercados e hipermercados vende imóveis e então os aluga para utilizá-los em sua atividade-fim, não se nega que ela negociou imóveis, mas não se pode dizer que ela realizou um "empreendimento imobiliário".

Fora dessas situações - sócio (direto) e empreendimento imobiliário (atividade-fim) --, compreendo que não se pode tentar encaixar a norma do artigo 2º da Lei 9.779/1999 sem com isso proceder a uma inovação legislativa.

No caso, se a autoridade fiscal pretendeu dizer que o contribuinte operou algum tipo de "abuso" nas possibilidades de configuração de seus negócios, caberia a ela não tentar aplicar ao caso a norma específica antielisiva acima mencionada (eis que inaplicável), mas, sim, alguma norma geral de combate a planejamentos tributários ilegítimos - lembrando que artigo 149, VII, do CTN, prevê a possibilidade de a autoridade fiscal desqualificar os negócios jurídicos e rever o lançamento nos casos de dolo, fraude ou simulação.

É dizer, se a hipótese não poderia ser considerada como a prevista na norma específica antielisiva, seria o caso, quando muito, de se tentar aplicar ao caso alguma "norma geral antielisiva", e requalificar o negócio praticado após a exata identificação da

circunstância que tornou ilegítimo, para fins fiscais, o resultado atingido com o negócio jurídico praticado - circunstancia esta que, a depender da linha doutrinária que se adote, será chamada de prática de "fraude à lei", de "abuso de direito", "ausência de causa", "simulação", etc.

Não obstante, quando a autoridade autuante tentou desqualificar o negócio exclusivamente com base no artigo 2º da Lei 9.779/1999 ela, no mínimo, errou na tipificação, o que torna o auto de infração em comento insubsistente.

Essas são as razões pelas quais, com o devido respeito aos entendimentos em sentido contrário, orientei meu voto para negar provimento ao recurso da Fazenda Nacional.

Essa declaração de voto, na verdade, expôs a posição vencida da referida Conselheira, no acórdão citado (**9101-004.580**), acórdão este que, conforme já havia adiantado, reformou o paradigma (Acórdão n.º **1302-002.053**). Reproduzo abaixo excertos do voto condutor da decisão reformadora, de relatoria do ex. Cons. Demetrius Nichele Macei:

Pois bem. Como já suscitado - pela correlação dos acórdãos paradigmas com o presente processo - inegável que a discussão não é inédita neste E. Conselho. E aqui, por uma questão de coerência, já que acompanhei o voto da i. Relatoria do Recurso Especial no acórdão 9101-004.090 (em abril deste ano) que manteve o acórdão paradigma n.º 1402-002.230, do qual coincidentemente também participei e votei nesse mesmo sentido, antecipo meu entendimento de que assiste razão à recorrente.

(...) no que pese a recorrida em suas Contrarrazões reiterar o entendimento do v. acórdão recorrido, sustentando que o art. 2º da Lei n.º 9.779/99 é demasiadamente restritivo, entendo que tal restritividade é inexistente. Por bem traduzir meu posicionamento, peço vênua para reproduzir a explicação da i. Conselheira Cristiane Costa sobre a norma antielisiva em questão (acórdão 9101-004.090):

(...)

Com razão, portanto, a recorrente quanto defende que (art. 794):

A figura do sócio é completamente atípica aos empreendimentos imobiliários e não faria qualquer sentido utilizá-la de forma estrita, sob pena de desvirtuamento do real propósito da lei, que é o de evitar o comportamento elisivo do contribuinte, consistente em se utilizar da sistemática de tributação favorecida dos FII para o exercício de atividade empresarial de empreendimentos imobiliários.

A restrição legal à cumulação das posições de quotista majoritário e de incorporador/construtor/sócio do empreendimento imobiliário foi, sem qualquer dúvida, violada no presente caso. É patente que o Sr. Abílio Diniz representa a posição de quotista majoritário do Fundo autuado e é sócio do empreendimento imobiliário, na qualidade de controlador da CBD e das demais empresas do grupo econômico.

O controle tanto do fundo quanto das empresas que participam do empreendimento imobiliário está subsumida na pessoa do Sr. Abílio, grande beneficiário da operação, seja através da redução do lucro tributável das empresas que integram o empreendimento imobiliário, mediante a criação de despesas dedutíveis com aluguel, seja mediante a distribuição de receitas do fundo. Com efeito, consta nos autos que, no ano-calendário de 2005, a mesma receita recebida pelo fundo a título de taxa de adesão aos contratos de locação, no valor de R\$ 25.517.073,84, foi posteriormente distribuída ao Sr. Abílio Diniz.

Diante do exposto, portanto, voto para DAR PROVIMENTO ao Recurso Especial da Procuradoria, com retorno dos autos para a Turma Ordinária deste CARF para enfrentamento dos demais temas tratados no Recurso Voluntário.

E do Acórdão n.º **9101-004.090**, mencionado como fundamento por remissão, e cujo voto coube à Relatora e ex Vice-Presidente do CARF, Cristiane Silva Costa Adotou, extrai-se o quanto segue.

A Turma a quo entendeu por negar provimento ao recurso voluntário, nos termos do voto do Relator, conselheiro Fernando Brasil de Oliveira Pinto:

De acordo com o antecedente (hipótese de incidência) do art. 2º da Lei nº 9.779/99, "o fundo de investimento imobiliário de que trata a Lei n. 8668, 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", implicará o seguinte consequente normativo: "sujeita-se à tributação aplicável às pessoas jurídicas".

Ou seja, somente se aplicará o disposto no do art. 2º da Lei nº 9779/99 caso o Fundo de Investimento Imobiliário Península - FIIP tiver aplicado recursos em empreendimento imobiliário que tenha como incorporador, construtor ou sócio, quotista seu que possua, isoladamente ou em conjunto com pessoa a ele ligada, mais de vinte e cinco por cento das quotas do fundo.

A partir de uma interpretação literal de tal dispositivo, portanto, somente haveria tributação do FIIP tal qual qualquer outra pessoa jurídica se houvesse investimento em empreendimento imobiliário que tivesse como incorporador, construtor ou sócio, seu quotista, e em determinadas situações. Para Recorrente, não há que se falar em incorporador ou construtor do empreendimento, uma vez que os imóveis em questão estavam prontos. De igual forma, não haveria sócio no empreendimento, já que detido 100% pelo próprio FIIP. Segundo ainda a Recorrente, ainda que, por hipótese, considerasse que Reco Máster pudesse ser sócia do empreendimento, não seria aplicável o disposto no parágrafo único do art. 2º da Lei nº 9.779/99, uma vez que Reco Máster detinha 100% das quotas do FIIP. Particularmente, discordo de tal entendimento.

De acordo com a exposição de motivos da Medida Provisória nº 1788, convertida na Lei nº 9.779/99: "Para evitar a concorrência predatória dos referidos fundos com as pessoas jurídicas que exploram as mesmas atividades, o art. 2º do Projeto determina que sejam os rendimentos do fundo tributados segundo as mesmas normas aplicáveis às pessoas jurídicas, nas hipóteses em que este permitir participação superior ao limite de vinte e cinco por cento ao incorporador, construtor ou sócio do empreendimento imobiliário".

Conforme se observa de todas as manifestações constantes dos autos, quer por meio do recurso voluntário e pareceres apresentados, ou mesmo nas contrarrazões da PGFN, o conceito de "sócio" do empreendimento imobiliário é algo não definido na lei, comportando inúmeras interpretações, desde que seria um sócio oculto no caso de SCP, de um interessado diretamente no empreendimento imobiliário, ou ainda pessoa que fosse coproprietária dos imóveis que compõem tal empreendimento.

Convém lembrar que no âmbito de uma reestruturação do seu controle societário, a Companhia Brasileira de Distribuição (CBD) decidiu transferir sessenta imóveis para o Sr. Abílio Diniz, tendo sido os imóveis, em realidade, transferidos diretamente ao FIIP (em nome de sua administradora OUVINVEST), e, ato contínuo, locados para a própria CBD. O empreendimento imobiliário, portanto, está representado por imóveis pertencentes, ainda que indiretamente, ao Sr. Abílio Diniz (já que detém 100% das quotas de Reco, que por sua vez é a única quotista de FIIP).

É incontroverso nos autos que o controle, da Reco Máster, que é quotista do Fundo, é do Sr. Abílio Diniz e seus familiares. Tanto assim que consta do recurso especial: "24. A referida sociedade é controlada, indiretamente, pelo Sr. Abílio Diniz e seus familiares ("Grupo Diniz")" (fls. 882).

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

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

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

Nota-se que o próprio artigo 2º emprega a expressão "*ou em conjunto com pessoa a ele ligada*" revelando que a interpretação do artigo 2º é mais abrangente do que pretende o Recorrente. Exatamente nesse sentido é a Exposição de Motivos da Medida Provisória n.º 1788, que foi convertida na Lei n.º 9.779/1999, destacada em acórdão recorrido:

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

Portanto, o controle indireto, do Fundo, pela família "Abílio Diniz" atrai a aplicação da regra do artigo 2º, da Lei n.º 9.779, na medida em que também figuram como proprietários do empreendimento imobiliário. Nesse sentido, são precisas as considerações do voto condutor do acórdão recorrido:

O empreendimento imobiliário, portanto, está representado por imóveis pertencentes, ainda que indiretamente, ao Sr. Abílio Diniz (já que detém 100% das quotas de Reco, que por sua vez é a única quotista de FIIP).

É pertinente observar, ainda que a Instrução CVM n.º 205, de 14 de janeiro de 1994, explicita que Fundo de Imobiliário poderá ter a destinação de locação, verbis:

Art. 2º. O Fundo de Investimento Imobiliário destinar-se-á ao desenvolvimento de empreendimentos imobiliários, tais como construção de imóveis, aquisição de imóveis prontos, ou investimentos em projetos visando viabilizar o acesso à habitação e serviços urbanos, inclusive em áreas rurais, para posterior alienação, locação ou arrendamento.

Assim, nota-se que é possível o desenvolvimento de empreendimentos imobiliários unicamente para locação.

O acórdão recorrido, portanto, não merece reparos.

Pois bem.

Esses precedentes aqui da Colenda CSRF assinalam que vem prevalecendo o entendimento de que, se o quotista com mais de 25% das quotas de um FII e o "sócio" de um *empreendimento imobiliário* investido, tal como a *aquisição de imóveis prontos para locação*, estiverem sob controle comum, ainda que indireto, restaria configurada a cumulação de posições jurídicas que atrairia a norma de equiparação da tributação dos FII's às pessoas jurídicas prevista no art. 2º da Lei 9.779/99.

Nos termos da ementa do Acórdão n.º **1402-002.320**, de relatoria do Conselheiro Fernando Brasil de Oliveira Pinto – decisão esta que influenciou diretamente as posições vencedoras manifestadas nos referidos julgados dessa C. Turma -, *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 n.º 9.779/99.*

Foi, aliás, justamente sob esse norte que a decisão recorrida manteve o presente lançamento, concluindo que o empreendedor e quotista do FII Península se confundiriam na pessoa de Abílio Diniz, por intermédio do Grupo Diniz.

Com a devida vênia, não concordo com esse racional.

Conforme já abordado, posteriormente à edição da Lei n.º 8.668/93, foi publicada a Lei n.º 9.779/99, conversão da Medida Provisória n.º 1.788/98, instituindo, no seu art. 2º, a regra de *equiparação*, para fins tributários, de FII à pessoa jurídica, nos seguintes termos:

Art. 2º Sujeita-se à tributação aplicável às pessoas jurídicas, o fundo de investimento imobiliário de que trata a Lei nº 8.668, de 1993, que aplicar recursos em empreendimento imobiliário que tenha como incorporador, construtor ou sócio, quotista que possua, isoladamente ou em conjunto com pessoa a ele ligada, mais de vinte e cinco por cento das quotas do fundo.

Parágrafo único. Para efeito do disposto neste artigo, considera-se pessoa ligada ao quotista:

I - pessoa física:

a) os seus parentes até o segundo grau;

b) a empresa sob seu controle ou de qualquer de seus parentes até o segundo grau;

II - pessoa jurídica, a pessoa que seja sua controladora, controlada ou coligada, conforme definido nos §§ 1º e 2º do art. 243 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976. *(grifamos)*

As razões de política fiscal apresentada na Exposição de Motivos para esse dispositivo merecem ser destacadas:

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

Da leitura do artigo 2º, integrado com a sua *ratio legis* e com as normas gerais dos FII's, verifica-se que há três pressupostos, sucessivos e cumulativos, para que a equiparação seja aplicável. São eles: **(i)** que o FII possua quotista que, isoladamente ou em conjunto com pessoa ligada, detenha participação superior a 25% da totalidade das quotas do fundo; **(ii)** que o FII aplique recursos em *empreendimento imobiliário*; e **(iii)** que o *empreendimento imobiliário* tenha como incorporador, construtor ou sócio **o quotista que detenha participação relevante**.

Em artigo denominado “*Tributação de Fundos de Investimento Imobiliários*”, Lavinia Moraes de Almeida Nogueira Junqueira¹⁰ buscou construir com propriedade o que denominou de “matriz de incidência” da *equiparação* prevista no referido artigo 2º da Lei nº 9.779/99. Em suas palavras:

(...). O administrador diligente precisará seguir os seguintes passos para identificar se o FII deve ser tributado como pessoa jurídica.

Passo 1 – Selecionar o Cotista que com Partes Ligadas tenha mais de 25% do FII

Deve analisar, em primeiro plano, o rol de cotistas do FII, buscando identificar se, de fato, há algum cotista que, em conjunto com suas partes ligadas, possui mais de 25% do total das cotas do FII. Parte ligada à pessoa física são seus parentes até o segundo grau e as pessoas jurídicas controladas por eles: pai, avós, filhos, netos, irmãos, sogros, avós do cônjuge, enteados e seus filhos; pessoas jurídicas controladas por essas pessoas. O diagrama abaixo ilustra as partes ligadas à pessoa física:

(...)

Parte ligada à pessoa jurídica são seus controladores, diretos e indiretos, pessoas físicas ou jurídicas, ou as empresas investidas que sejam coligadas ou controladas, diretas ou indiretas. (...)

¹⁰ In. Tributação de Fundos de Investimentos. São Paulo. Quartier Latin. 2022. Pag. 368/370.

Passo 2 – identificar os empreendimentos imobiliários do FII

Caso exista um cotista que, em conjunto com suas partes ligadas, possua mais de 25% do FII, deve-se ainda analisar se o FII tem empreendimento imobiliário em sua carteira de investimentos, diretamente ou por sociedades controladas. Afinal, o que é empreendimento imobiliário?

O conceito de empreendimento imobiliário é definido pelos artigos 28 e seguintes da Lei nº 4.591/64, como a incorporação imobiliária: atividade organizada para aquisição de imóvel, construção e posterior alienação, total ou parcial, de edificações ou conjunto de edificações. O empreendimento imobiliário modifica o espaço que ocupa o seu entorno.

Já a Comissão de Valores Mobiliários (CVM) chegou a definir “empreendimento imobiliário” de forma mais ampla, para efeito do FII, como “construção de imóveis, aquisição de imóveis prontos, ou investimentos em projetos visando viabilizar o acesso a habitação e serviços urbanos, inclusive em áreas rurais, para posterior alienação, locação ou arrendamento. Veja que, por esse conceito, empreendimento imobiliário englobaria também a mera aquisição de imóveis prontos para aluguel. Vale notar que, atualmente, esse texto foi revogado e a CVM não apresenta mais uma definição clara de empreendimento imobiliário.

Para nós, adquirir um imóvel pronto apenas para alugar e receber renda é o que se chama de atividade passiva, o oposto de empreender. Para que houvesse um empreendimento seria necessário que o FII de alguma maneira participasse dos esforços ou dos riscos da modificação que se fez naquele imóvel.

(...)

Empreendimento imobiliário é sem dúvida a aquisição de imóveis para construir e formar, vender e alugar. Não deve englobar a aquisição de imóveis prontos apenas para alugar, que é atividade passiva. Porém, a mera existência do conceito trazido pela In CVM 205/94, embora revogada, pode gerar dúvidas quanto à aplicação das normas tributárias também às hipóteses de imóveis de renda, meramente.

O administrador do FII então buscará, no rol de investimentos do fundo, aqueles que são ou podem ser empreendimentos imobiliários.

Passo 3 – Definir se o Cotista selecionado é Construtor, Incorporador ou Sócio do Empreendimento Imobiliário

(...)

Passo 3.3. O que significa ser um sócio de um empreendimento imobiliário ?

Sócio é a pessoa jurídica que compõe o quadro social de uma sociedade. Assim, se o fundo investe em uma sociedade, “sócio” são os sócios ou acionistas dessa sociedade. Em nossa visão, “sócio” também pode ser quem faz junto (compartilha) o empreendimento imobiliário. É alguém que tem participação paralela no empreendimento imobiliário ao mesmo tempo em que é cotista do FII. Sócio nesse sentido pode ser o co-titular ou alguém que se beneficia da propriedade e dos seus lucros e ainda divide seus riscos e obrigações. O administrador identificará se o cotista tem investimento paralelo no empreendimento, que não esteja no âmbito do fundo. (...)

Em tese, não há problema se só o fundo investe no empreendimento, porque nesse caso o fundo não tem “sócios”. Em outras palavras, o administrador deverá identificar se os cotistas são, ao mesmo tempo, “sócios” do empreendimento, no qual o fundo também investe, paralelamente. Não há proibição para que o cotista seja comprador ou locatário do empreendimento, o que ele não pode ser é sócio do empreendimento, se o for, o FII será tributado como pessoa jurídica.

De fato, o conceito de *pessoa ligada*, tal como positivado pelo artigo 2º da Lei nº 8.668/93, dirige-se exclusivamente ao quotista. Ou seja, não se aplica ao *incorporador*, *construtor* ou *sócio* do empreendimento.

Também percebe-se claramente que a pretensão do Legislador foi a de evitar que pessoas que explorem atividades imobiliárias, na modalidade de incorporador, construtor ou sócio de *empreendimento imobiliário*, passassem a explorá-las sob a forma de FII, sujeito a regime tributário mais favorável, quando haja participação relevante (igual ou superior a 25% das quotas).

O alvo da norma, portanto, foi a de evitar uma concorrência desleal, proibindo o uso de FII contra as figuras, comuns no mercado de exploração imobiliária, do *sócio do construtor* e do *sócio do incorporador*, referindo-se, por exemplo, às Sociedades de Propósitos Específicos ou ao *dono da obra*.

Curiosamente, no *mercado secundário* - representado por rendas passivas de alugueis de imóveis prontos (os ditos *imóveis para renda*) -, pergunta-se: quem seriam os concorrentes prejudicados pela exploração do “empreendimento” pelo FII Península? A dúvida paira no ar...

De qualquer forma, em casos como o presente - em que o dito *empreendimento imobiliário* consistiria na aquisição de imóveis prontos para locação -, por óbvio afasta-se de imediato a presença das figuras do *incorporador* ou do *construtor*.

E quanto à figura do “sócio”?

“*Do latim socius (companheiro, associado, sócio), designa, em sentido amplo, a pessoa que faz parte, que participa ou é membro de uma sociedade*”¹¹. Em sentido técnico, *sócio* designa a pessoa que, além de investir no *empreendimento*, participa do risco do negócio e da partilha dos seus resultados, a exemplo da definição do *contrato de sociedade* positivado pelo art. 981 do Código Civil:

Art. 981 - Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados.

Esse dispositivo legal define o contrato de sociedade, mas também se presta a definição de *sócio* da sociedade, já que são sócias, por definição legal, *as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados*.

Ora, em qualquer acepção, incluindo um empreendimento imobiliário, não se pode pensar na figura de *sócio* a alguém que não contribua com bens ou serviços para a respectiva atividade econômica, participando por isso diretamente dos lucros obtidos.

Sob este viés, ainda que a atividade de aquisição de imóveis prontos para locação fosse um empreendimento imobiliário, admissível como *sócio do empreendimento* seria tão somente o *coproprietário* ou *condômino* dos imóveis adquiridos pelo FII Península. Seria, assim, necessário que o Sr. Abílio Diniz (ou a RECO), únicos quotistas, fossem, ao mesmo tempo, coproprietária dos imóveis, partilhando do resultado na proporção da sua participação na propriedade.

¹¹ Conforme De Plácido e Silva. Vocabulário Jurídico. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2002. Página 769.

Ocorre, porém, que a totalidade do *empreendimento imobiliário*, na situação presente, já estava incorporada ao patrimônio do *FII Península*, o qual, repita-se, não foi objeto de desqualificação.

Também a CBD nunca foi “sócia” do FII nos imóveis. Nem mesmo ninguém do Grupo Diniz, que são sócios indiretos do único cotista (RECO), e não coproprietário dos imóveis.

A CBD, embora locatária e antiga proprietária dos imóveis, não manteve qualquer direito de propriedade sobre os imóveis, afinal alienou integralmente esses direitos ao FII Península, que passou a ser o beneficiário dos alugueis e titular desses ativos imobiliários.

Diante, então, da alienação integral dos imóveis ao Fundo, somada ao fato de que os atos praticados não foram requalificados e nem tiveram suas causas jurídicas colocadas em xeque, deve-se admitir todos os efeitos jurídicos quanto à titularidade dos imóveis pelo FII Península, fato este mais do que suficiente para afastar qualquer possibilidade jurídica de existência de um sócio do empreendimento.

Como pontuou Ricardo Mariz de Oliveira, em trecho de Parecer citado pela contribuinte no seu Apelo:

É importante fixar que o FII Península tem um empreendimento imobiliário que é exclusivamente seu, e no qual não tem sócio, a única figura, dentre as constantes da hipótese de incidência do art. 22, que resta no caso desse empreendimento, pois nele não há incorporador ou construtor.

Portanto, o empreendimento é do FII Península, e ele não tem sócio nesse empreendimento, nem se pode imaginar que a Reco Master, ou muito menos a CBD, seja sócia dele.

(...)

(...) não há como negar que o FII Península é o único participante no negócio imobiliário, único titular das rendas das locações, que não divide com qualquer pessoa, e que, como é próprio a esse tipo de fundo, quando disponíveis vai distribuí-las à sua quotista Reco Master."

Realmente o fato de o Sr. Abílio Diniz ser sócio da CBD (*co-controlador*) e cotista relevante (*sócio indireto*) do FII Península em nada interfere na aplicação da norma de equiparação em questão, pois, como demonstrado, ele nunca foi *sócio* do *empreendimento imobiliário* investido, este sim o pressuposto eleito pelo Legislador.

Referido Parecer também bem ressaltou a indiferença da presença do Sr. Abílio Diniz para aplicação do art. 2º e da Lei nº 9.779/99, como se verifica dos seguintes trechos:

O fato de o Sr. Abilio Diniz deter o controle compartilhado com o grupo Casino, por ter metade do capital social da Wilkes, controladora da CBD, além de ser controlador da Reco Master, não enquadra o FII Península no art. 2º porque esse fato não atribui ao Sr. Abilio Diniz nem a condição de incorporador, construtor ou sócio no empreendimento imobiliário, nem a de quotista detentor de mais de vinte e cinco por cento das quotas do fundo, que são os requisitos cumulativos para a subsunção à norma do referido artigo.

Mesmo a participação indireta do Sr. Abilio Diniz no FII Península, através da Reco Master, e na CBD, através da Wilkes, é insuficiente para configurar a hipótese de incidência do art. 2º, porque este não prevê a hipótese de sócio indireto no empreendimento, tal como o faz no parágrafo único, quando define pessoas ligadas para o fim exclusivo de verificação do atingimento da porcentagem de mais de vinte e cinco por cento das quotas do fundo.

(...)

Digo isto para aclarar qualquer dúvida, ainda que me parecesse desnecessário, pois é evidente que a lei requer a participação do quotista em dois lados, um como quotista significativo (mais de vinte e cinco por cento), outro como construtor, incorporador ou sócio no empreendimento no qual o fundo tenha feito aplicação.

Também é irrelevante o fato de que o sr. Abilio Diniz tenha ligação indireta com a CBD, porque nem a CBD é sócia no empreendimento imobiliário do FII Península.

Portanto, repetindo passagem apresentada no contexto deste parecer, face ao que consta da lei, o Sr. Abilio Diniz não é incorporador, construtor ou sócio no empreendimento imobiliário do FII Península, nem quotista desse fundo, de sorte que a sociedade indireta somente seria relevante, isto é, somente integraria a hipótese de incidência do art. 2º da Lei n. 9779 -, se ela fosse outra diferente da que consta da lei." (grifou-se, p. 37/38).
(grifamos)

Feitas todas essas considerações, conclui-se que o que se tem no caso é uma situação fática que não se enquadra na hipótese legal prevista no artigo 2º da Lei nº 9.779/99.

Como diria Carlos Maximiliano¹²:

Cumprir evitar não só o apego exagerado à letra dos dispositivos positivos, como também ao excesso contrário, o de forçar a exegese e deste modo encaixar na regra escrita, graças à fantasia do hermenêuta, as teses pelas quais este se apaixonou, de sorte que vislumbra no texto idéias apenas existentes no cérebro, ou no sentir individual, desvairado por ojerizas e pendores, entusiasmos e preconceitos. A interpretação deve ser objetiva, desapaixonada, equilibrada, às vezes audaciosa, porém não revolucionária, aguda, mas sempre atenta, respeitadora da lei.

Conclusão

Pelo exposto, conheço do recurso especial da contribuinte e, no mérito, dou provimento, considerando prejudicada a análise do recurso especial fazendário.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Luis Henrique Marotti Toselli

¹² Hermenêutica e Aplicação do Direito. Rio de Janeiro: Forense. 9ª edição. 1984. P. 103.

Declaração de Voto

Conselheiro Luiz Tadeu Matosinho Machado

Tendo em vista a existência de dois respeitáveis pronunciamentos desta colenda turma da CSRF, em outra composição, que por maioria dos seus membros já analisou a mesma operação objeto destes autos retratada em outros lançamentos e validou as exigências e, ainda considerando que participei do julgamento do recurso voluntário que foi objeto do Acórdão n.º 1302-002.053, de 16/02/2017, no qual me alinhei ao voto do relator e à maioria do colegiado para dar provimento ao recurso voluntário, achei por bem reexaminar todos os elementos da acusação fiscal e os precedentes mencionados para confirmar ou reformar meu posicionamento anterior de forma expressa.

Observo que o Acórdão n.º 1302-002.053, indicado como um dos paradigmas pela recorrente, restou reformado pelo Acórdão n.º 9101-004.580¹³, de 04 de dezembro de 2019, constituindo-se em um dos pronunciamentos deste colegiado, acima referidos. O outro precedente desta turma constitui-se no Acórdão n.º 9101-004.090¹⁴, de 09/04/2019.

A operação examinada nos presentes autos refere-se ao primeiro ano de constituição do fundo de investimento imobiliário e trata do lançamento de IRPJ e CSLL do ano-calendário 2005, quando o único cotista do fundo era o Sr. Abilio Diniz.

A questão de fundo a ser enfrentada refere-se à interpretação do art. 2º da Lei n.º 9.779/1999, aplicado pela autoridade fiscal para fundamentar o lançamento, *verbis*:

Art. 2º Sujeita-se à tributação aplicável às pessoas jurídicas, o fundo de investimento imobiliário de que trata a Lei n.º 8.668, de 1993, que aplicar recursos em empreendimento imobiliário que tenha como incorporador, construtor ou sócio, quotista que possua, isoladamente ou em conjunto com pessoa a ele ligada, mais de vinte e cinco por cento das quotas do fundo.

Parágrafo único. Para efeito do disposto neste artigo, considera-se pessoa ligada ao quotista:

I - pessoa física:

a) os seus parentes até o segundo grau;

¹³ Participaram do julgamento os Conselheiros: André Mendes de Moura, Cristiane Silva Costa, Edeli Pereira Bessa, Demetrius Nichele Macei, Viviane Vidal Wagner, Livia de Carli Germano, Amélia Wakako Morishita Yamamoto e Andrea Duek Simantob (Presidente em Exercício). Acordaram os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Especial e, no mérito, por maioria de votos, em dar-lhe provimento, com retorno dos autos ao colegiado de origem, para apreciação das demais questões do recurso voluntário, vencidas as conselheiras Livia De Carli Germano e Amélia Wakako Morishita Yamamoto, que lhe negaram provimento. Relator: Demetrius Nichele Macei.

¹⁴ Participaram do julgamento os conselheiros: André Mendes de Moura, Cristiane Silva Costa, Rafael Vidal de Araújo, Demetrius Nichele Macei, Viviane Vidal Wagner, Luis Fabiano Alves Penteado, Livia De Carli Germano e Adriana Gomes Rêgo (Presidente). Acordaram os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Especial (da contribuinte) e, no mérito, por maioria de votos, em negar-lhe provimento, vencidos os conselheiros Luis Fabiano Alves Penteado e Livia De Carli Germano, que lhe deram provimento. Relatora: Cristiane Silva Costa.

b) a empresa sob seu controle ou de qualquer de seus parentes até o segundo grau;

II - pessoa jurídica, a pessoa que seja sua controladora, controlada ou coligada, conforme definido nos §§ 1o e 2o do art. 243 da Lei no 6.404, de 15 de dezembro de 1976.

As premissas discutidas nesses autos e nos precedentes citados estão centradas em dois aspectos fundamentais:

1. A regra do art. 2º pode ser aplicada a empreendimentos imobiliários concernentes unicamente à compra de imóveis prontos para locação? e
2. Restou caracterizada a figura do sócio do empreendimento imobiliário com participação superior a 25% das cotas do Fundo?

A primeira questão foi enfrentada pelo relator do Acórdão n.º 1302-002.053, d. conselheiro Alberto Pinto Souza Junior, que a respondeu de forma negativa, *verbis*:

[...]

Da simples leitura do art. 2º, verifica-se que há dois pressupostos, para que ele seja aplicável, quais sejam:

a) que o Fundo aplique recursos em empreendimento imobiliário;

b) que o empreendimento imobiliário tenha, como incorporador, construtor ou sócio quotista que, isoladamente ou com pessoa ligada, detenha mais de 25% das quotas do Fundo.

Note-se, assim, que a situação visada pelo legislador relaciona-se com as seguintes atividades:

a) incorporação, o que se define por duas características: destinação do terreno, antes de iniciada a venda, à propriedade comum das unidades autônomas e início das vendas de tais unidades antes de concluída a obra;

b) construção, conceito que aqui tem um caráter complementar daquilo que não se enquadre como incorporação.

Assim, não me parece que se devesse dar ao termo “sócio” um caráter tão abrangente como lhe foi atribuído tanto pelo autuante como pelos julgadores retro citados, de tal sorte que **sustento que o termo sócio deve ser entendido como “sócio do incorporador” ou “sócio do construtor”**. Estas eram as situações visadas pelo legislador ao editar tal norma antielisiva, ou seja, que alguém que se dedicasse a construir ou incorporar, constituísse Fundo Imobiliário apenas para se valer do regime tributário mais benéfico.

Nesse sentido, Hiromi Higuchi faz o seguinte comentário:

“A única equiparação de fundo imobiliário como pessoa jurídica deveria ocorrer quando o fundo imobiliário promovesse incorporação de prédio ou loteamento de terreno. Essa condição não está na lei.”.

Realmente, o legislador deixou de fora do alcance da norma antielisiva a atividade de loteamento de terreno.

Com esta interpretação mais estrita do termo “sócio” no texto do art. 2º, o lançamento está fadado ao insucesso, pois nenhuma das pessoas envolvidas no lançamento em tela era incorporador ou construtor.

Todavia, a redação do art. 2º é imprecisa, pois **não desborda dos seus parâmetros hermenêuticos a exegese que conclui que o termo “sócio”, no texto da norma, quer dizer “sócio do empreendimento imobiliário”**. **De qualquer maneira, o lançamento não tem melhor sorte**, se não vejamos o que se segue.

Ora, note-se que o pressuposto para aplicação da norma é que o Fundo aplique recursos em empreendimento imobiliário que tenha um sócio, ou seja, não estamos

falando de imóvel, pois imóvel pode até ter co-proprietários, o que não se confunde com sócios. Ora, no caso em tela, o Banco Ourinvest aplicou recursos na aquisição de imóveis da CBD e, não para adquirir cotas ou ações de tal pessoa jurídica. Ademais, não se pode conceber que a CBD, pessoa jurídica que explora o varejo supermercadista, seja considerada um empreendimento imobiliário.

O termo empreendimento não pode ser confundido com patrimônio ou especificamente ativo imobilizado. Empreendimento é o ato de empreender, ou seja, empresa, logo, está ligado, como já dito acima, a idéia de atividade de produção e circulação de bens e serviços. Dessa forma, uma pessoa quando adquire um ou vários imóveis de outra pessoa não aplicou recursos em um empreendimento imobiliário, apenas adquiriu um massa patrimonial. Decerto, que se o destino de tais imóveis for a circulação ou produção de imóveis, o comprador estará exercendo um empreendimento imobiliário, mas jamais se poderá denominar aquele que lhe vendeu os imóveis de sócio desse empreendimento.

Assim, entendo que tanto o autuante como os julgadores retro citados alargaram além dos parâmetros suportados pelo texto o conceito de sócio no art. 2º da Lei 9.779/99, norma que, conforme já dito, por ser extraordinária, exige uma interpretação estrita.

[...](g.n.)

O d. relator deste acórdão também não vê preenchido o primeiro requisito para a equiparação tributária do Fundo à demais pessoas jurídicas, *verbis*:

[...]

De fato, o conceito de pessoa ligada, tal como positivado pelo artigo 2º da Lei nº 8.668/93, dirige-se exclusivamente ao quotista. Ou seja, não se aplica ao incorporador, construtor ou sócio do empreendimento.

Também percebe-se claramente que **a pretensão do Legislador foi a de evitar que pessoas que explorem atividades imobiliárias, na modalidade de incorporador, construtor ou sócio de empreendimento imobiliário, passassem a explorá-las sob a forma de FII, sujeito a regime tributário mais favorável**, quando haja participação relevante (igual ou superior a 25% das quotas).

O alvo da norma, portanto, foi a de evitar uma concorrência desleal, proibindo o uso de FII contra as figuras, comuns no mercado de exploração imobiliária, do sócio do construtor e do sócio do incorporador, referindo-se, por exemplo, às Sociedades de Propósitos Específicos ou ao dono da obra.

Curiosamente, no mercado secundário representado por rendas passivas de alugueis de imóveis prontos (os ditos imóveis para renda), pergunta-se: quem seriam os concorrentes prejudicados pela exploração do “empreendimento” pelo FII Península? A dúvida paira no ar...

De qualquer forma, **em casos como o presente - em que o dito empreendimento imobiliário consistiria na aquisição de imóveis prontos para locação -, por óbvio afasta-se de imediato a presença das figuras do incorporador ou do construtor.**

[...](g.n.)

Quanto a esta primeira questão, o d. conselheiro Wilson Fernandes Guimarães, relator do acórdão recorrido, traz observações relevantes acerca da caracterização do empreendimento imobiliário no caso concreto, *verbis*:

[...]

A rigor, o Parecer apresentado pela Recorrente no curso da Fiscalização, não obstante ter tratado de outros temas (regime tributário dos Fundos de Investimento Imobiliário; distribuição de lucros; momento de recolhimento do imposto de renda), manifestou, em brevíssima análise, o entendimento de que, tratando-se de empreendimento imobiliário representado por aquisição de imóveis prontos para locação, inexistente a figura do

incorporador, construtor ou sócio, motivo pelo qual são inaplicáveis as normas do art. 2º da Lei nº 9.779/99.

Penso que a afirmação de que “não se verifica, no empreendimento em causa – a aquisição de imóveis prontos para locação a figura do incorporador, construtor ou sócio” é digna de reparo. Pode-se, à evidência, afastar a “figura” do incorporador e do construtor, mas, não, a do sócio.

Como explicado em contexto preambular pelo próprio Parecer, no âmbito de uma reestruturação do seu controle societário, a Companhia Brasileira de Distribuição (CBD) decidiu transferir sessenta imóveis para o Sr. Abílio Diniz, que, de forma concomitante, foram locados para a própria CBD.

O empreendimento imobiliário, portanto, está representado por imóveis pertencentes ao Sr. Abílio Diniz, que são “adquiridos” pelo Fundo de Investimento Imobiliário, que tem como único quotista, ao menos no ano-calendário de que trata o presente processo (2005), o próprio Sr. Abílio Diniz.

Note-se que é **o próprio Recorrente quem afirma que a aquisição de imóveis para locação representou a atividade imobiliária e que a melhor forma para empreender essa atividade seria por meio da constituição do Fundo de Investimento Imobiliário**, isto é, o Grupo DINIZ (leia-se: Sr. Abílio Diniz), objetivando empreender a atividade de aquisição de imóveis para locação, entendeu que a melhor forma para tanto seria por meio da criação de um Fundo de Investimento Imobiliário, sendo que, na constituição do referido Fundo (exclusivo) o Grupo Diniz (Sr. Abílio Diniz) seria o único quotista.

Se os imóveis foram transferidos para o Sr. Abílio Diniz, como afirmado pelo Parecer e pelo recurso, e ele pretendeu, na forma acordada na reestruturação do controle societário da CBD, aluga-los para a própria CBD, resta claro, pois, que o referido senhor atuou tanto como empreendedor do negócio declarado (“aquisição de imóveis prontos para locação), como beneficiário desse mesmo empreendimento imobiliário, eis que quotista único do Fundo de Investimento Imobiliário constituído.

No caso do FUNDO EXCLUSIVO¹⁵ em questão, assim denominado pelo normativo indicado pelo Recorrente na sua peça de defesa (Instrução CVM nº 409, art. 111A), e tomando-se por base, exclusivamente, o ano-calendário de 2005, **a caracterização do Sr. Abílio Diniz como sócio do empreendimento imobiliário é cristalina, vez que os imóveis para locação que constituíram o objeto do empreendimento imobiliário pertenciam a ele e com ele permaneceram no Fundo de Investimento Imobiliário constituído**, vez que, neste (no Fundo de Investimento Imobiliário), ele era o único cotista.

O REGULAMENTO do Fundo datado de 09 de setembro de 2005 (fls. 52/74) reafirma tal conclusão, pois: a) a quota do Sr. Abílio Diniz correspondia exatamente à totalidade do patrimônio do Fundo; e b) a Assembléia Geral dos quotistas (no caso, o Sr. Abílio Diniz) detinha competência privativa para deliberar sobre a alienação de qualquer imóvel integrante do patrimônio do Fundo e sobre a dissolução e liquidação do Fundo.

Como ressaltado pela decisão recorrida, nos termos do parágrafo 3º do art. 13 do Regulamento em referência, “na hipótese de rescisão de qualquer contrato de locação celebrado com a CBD ou com empresa integrante do seu grupo econômico, o FUNDO deverá amortizar parcialmente suas quotas, com versão aos quotistas do patrimônio representado pelo imóvel objeto do respectivo contrato de locação rescindido”. Tal disposição evidencia a estreita relação entre o específico empreendimento imobiliário (aquisição de imóveis da CBD para locação pela própria CBD) e o seu quotista único (Sr. Abílio dos Santos Diniz).

Não obstante a sua irrelevância para as conclusões aqui expendidas, cabe notar que o art. 111A, que trata dos denominados FUNDOS EXCLUSIVOS, foi introduzido na

¹⁵ 1 Fundo de Investimento Imobiliário com um único cotista

Instrução CVM n.º 409, de 18 de agosto de 2004, pela Instrução CVM n.º 450, de 30 de março de 2007, ou seja, posteriormente à ocorrência dos fatos apreciados no presente processo.

A tentativa do Recorrente de vincular o conceito de “sócio do empreendimento imobiliário”, a que faz referência a lei, a existência de participação societária, revela-se, no caso dos autos, absolutamente inadequada, vez que, na circunstância sob exame, o que salta aos olhos é, como já dito, o fato de **Sr. Abílio Santos Diniz figurar, sozinho (como descrito no Parecer de fls. 122/130) ou por meio de Grupo sob o seu controle (na forma disposta na peça recursal), figurar ao mesmo tempo como empreendedor da atividade imobiliária e como quotista único do Fundo de Investimento Imobiliário.**

Estamos diante, assim, de situação extrema, em que **a atividade imobiliária é integralmente empreendida (100% do negócio) pelo quotista único (100% das quotas), o que, à evidência, retrata a circunstância que o art. 2º da Lei n.º 9.779/99 pretendeu evitar**, pois, como reconhecido pelo próprio Recorrente, “o espírito da lei consiste em impedir a cumulação da posição jurídica de quotista relevante de um 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 jurídica de incorporador, construtor ou sócio de empreendimento imobiliário”.

[...]

Correta a afirmação do Recorrente de que, para que exista a cumulação prevista no art. 2º da Lei n.º 9.779/99, é necessário que o FUNDO aplique recursos num empreendimento imobiliário do qual também participe, como sócio, construtor ou empreendedor, o cotista relevante do FUNDO.

No presente caso, **penso que resta indubitável que empreendedor e cotista estão representados pela mesma pessoa, qual seja, o Sr. Abílio dos Santos Diniz, ou, no dizer do Recorrente, do mesmo Grupo (GRUPO DINIZ).**

[...]

Embora tenha ressalvas às conclusões do d. conselheiro Wilson Fernandes Guimarães, concordo com a sua análise no sentido de que existe, no presente caso, o empreendimento imobiliário concernente à aquisição de imóveis prontos para locação que, inicialmente, seria realizada pelo Sr. Abílio Diniz junto à CBD, passível de enquadramento na regra prevista no art. 2º da Lei n.º 9.779/1999.

O negócio jurídico de alienação dos imóveis, no presente caso, já nasce com a condição de locação dos mesmos imóveis a alienante, por prazo certo e com preço de aluguel definido. Ou seja, o próprio negócio de aquisição se constitui automaticamente em um empreendimento imobiliário de locação dos imóveis adquiridos, geradores de futuras receitas de aluguéis.

De fato, diversamente do quanto afirmado pelo d. conselheiro Luis Henrique Toselli, relator deste acórdão, entendo que a relação de sócio exigida pelo dispositivo refere-se sim ao empreendimento imobiliário e que este não deve envolver, necessariamente, a incorporação ou construção de imóveis; ou seja, abrange também a aquisição de imóveis prontos para locação, conforme expressamente previsto na norma da CVM que regulamentava a constituição desses fundos.

Ocorre que, em que pese a própria contribuinte tenha informado no parecer apresentado e em suas peças que, no âmbito de reestruturação societária e patrimonial do grupo, a CBD transferiria para o Sr. Abílio Diniz 60 imóveis de sua propriedade mediante sua locação para própria CBD, o fato concreto é que ao fim e ao cabo a transferência dos imóveis se deu por

meio de aquisição direta por parte do Fundo de Investimento Imobiliário, ora recorrente, nos termos do o "*Compromisso Irrevogável e Irretratável de Compra e Venda de Bem Imóvel*".

É certo, como destaca o relator do acórdão recorrido, que houve a interveniência e concordância do Sr. Abílio Diniz nesse sentido e que ele é o beneficiário direto do Fundo de Investimento, do qual era o único sócio no ano-calendário 2005 a que se refere o presente exame.

Não obstante, a autoridade fiscal não fez qualquer ressalva à operação tal como estruturada, conforme bem observado pelo d. relator deste recurso:

[...]

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 a inexistência de causa jurídica do FII Península; não arguiu nenhuma interposição simulada ou fraudulenta do Fundo; e também não invocou nenhuma outra teoria (“falta de propósito negocial”, “abuso de direito” ou “fraude”) para fins de desqualificar o Fundo propriamente dito.**

Pelo contrário, a tributação do FII Península 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.

[...] (g.n.)

Diante da estrutura adotada, o empreendimento imobiliário (aquisição de imóveis para locação à própria CBD) foi integralmente assumido pelo Fundo Imobiliário, inexistindo a figura de outro sócio (ou dono como aponta o acórdão recorrido) do empreendimento.

A meu ver, com a devida vênia, é absolutamente equivocada o apontamento feito pelo autor do procedimento fiscal quando pretendeu vincular o empreendimento imobiliário à CBD e, por via indireta, ao Sr. Abílio Diniz em face de sua condição de sócio controlador desta, como se a propriedade dos imóveis tivesse sido mantida pela CBD, conforme se extrai do TVF, *verbis*:

[...]

No caso em tela, **a cumulação da posição jurídica é mais do que clara. O Fundo foi inicialmente constituído tendo como único cotista, o Sr. Abílio Diniz.** Em 2006, empresa por ele controlada, Reco Máster Participações, ingressa no fundo com a maior parte das cotas. A última posição dos controladores do Fundo aponta a Reco Máster como única participante, em conformidade com os documentos juntados pelo contribuinte. **Na CBD, o Sr. Abílio Diniz é um dos controladores do grupo.**

O instrumento jurídico utilizado para o aperfeiçoamento da transferência dos 60 imóveis da CBD para o fundo foi o do "Compromisso Irrevogável e Irretratável de Compra e Venda de Bem Imóvel" em caráter fiduciário. A propriedade fiduciária é tratada pelo atual Código Civil, nos artigos 1.361 e seguintes. Desdobra-se a posse em direta (devedor-fiduciante) e indireta (credor-fiduciário). O primeiro pode, portanto, usar e fruir do bem. O segundo mantém o direito de haver a posse plena, no caso de inadimplemento. Com o pagamento, extingue-se a propriedade resolúvel. **Portanto, os imóveis continuam vinculados à CBD.**

[...]

O acórdão de primeiro grau intenta fazer a mesma vinculação, *verbis*:

[...]

Por intermédio da leitura das cláusulas contratuais acima transcritas, fica claro o vínculo existente entre o fundo de investimento imobiliário e a empresa CBD, uma vez que o

objeto do fundo é adquirir somente imóveis da CBD e locar tais imóveis, exclusivamente, à CBD ou a empresa integrante do seu grupo econômico.

O contrato em análise faz menção explícita ao grupo econômico ao qual pertence a empresa CBD, deixando claro, em suma, que o objetivo do fundo se limitou à aquisição de imóveis de uma empresa de um grupo econômico, para locação dos referidos imóveis a empresas do mesmo grupo econômico.

Uma vez determinado que os negócios jurídicos em análise são relações intragrupo, prossegue-se na apreciação do litígio, que reside em determinar se a empresa CBD também seria sócia do empreendimento imobiliário.

No que tange aos quotistas do fundo, cabe reproduzir excerto do Termo de Verificação Fiscal, às fls.166:

No caso em tela, a cumulação da posição jurídica é mais do que clara. O Fundo foi inicialmente constituído tendo como único cotista, o Sr. Abílio Diniz. Em 2006, empresa por ele controlada, Reco Master Participações, ingressa no fundo com a maior parte das cotas. A última posição dos controladores do Fundo aponta a Reco Master como única participante, em conformidade com os documentos juntados pelo contribuinte. Na CBD, o Sr. Abílio Diniz é um dos controladores do grupo.

A informação prestada pela contribuinte às fls.126 confirma que a empresa RECO MASTER possuía, em 29/10/2010, a totalidade das 69.231 cotas do fundo de investimento imobiliário em questão.

Desta forma, **resta evidente que**, em qualquer das composições de quotistas que constituíram o fundo de investimento imobiliário, ora composto por dois sócios quotistas, ora constituído sob a forma de uma sociedade unipessoal, **há uma característica comum: os quotistas do fundo são empresas e acionistas do mesmo grupo econômico ao qual pertence a empresa CBD.**

Conclui-se, assim, que os quotistas do fundo são também sócios do empreendimento imobiliário, na figura dos empresários responsáveis pela gestão comum do grupo econômico.

[...] (g.n)

Observo que o caráter fiduciário da propriedade adquirida pelo Fundo que, no entender da autoridade fiscal manteria os imóveis ainda vinculados à CBD foi expressa e corretamente afastado pelo relator do acórdão recorrido, *verbis*:

[...]

Analiso, em primeiro lugar, os argumentos trazidos pelo FUNDO DE INVESTIMENTO IMOBILIÁRIO PENÍNSULA.

Alega o Recorrente que o auto de infração não conseguiu demonstrar a existência de cumulação exigida pela lei, partindo, inclusive, de um erro de direito de considerar que a operação realizada consistiu numa alienação fiduciária em garantia de imóveis, os quais, assim, continuariam a pertencer à CBD.

Creio que, de fato, a interpretação feita pela Fiscalização e acompanhada pela decisão recorrida acerca da denominada “**propriedade fiduciária**” seja digna de reparo. Penso que o instituto em questão, no âmbito em que foi empregado, **diz respeito à propriedade constituída visando o fim específico da administração dos bens e direitos integrantes do patrimônio do Fundo de Investimento Imobiliário por parte do Banco Ourinvest (administrador do Fundo), sendo, portanto, objeto de restrições e limitações, nos exatos termos do Regulamento do referido Fundo.**

[...] (g.n.)

Ocorre que, ainda assim, o relator do acórdão recorrido, i. conselheiro Wilson Fernandes Guimarães, chega a uma conclusão sobre a posição jurídica do Sr. Abílio Diniz como

sócio do empreendimento imobiliário que, com a devida vênia, entendo que não encontra respaldo nos fundamentos e elementos trazidos na autuação indicados pela autoridade fiscal.

A premissa do d. relator do recorrido foi a de que efetivamente os imóveis foram transferidos pela CBD ao Sr. Abilio Diniz e que este operou como o dono do empreendimento imobiliário, conforme se extrai do seguinte excerto do seu voto, *verbis*:

[...]

Se os imóveis foram transferidos para o Sr. Abílio Diniz, como afirmado pelo Parecer e pelo recurso, e ele pretendeu, na forma acordada na reestruturação do controle societário da CBD, aluga-los para a própria CBD, resta claro, pois, que o referido senhor atuou tanto como empreendedor do negócio declarado (“aquisição de imóveis prontos para locação), como beneficiário desse mesmo empreendimento imobiliário, eis que quotista único do Fundo de Investimento Imobiliário constituído.

No caso do FUNDO EXCLUSIVO¹⁶ em questão, assim denominado pelo normativo indicado pelo Recorrente na sua peça de defesa (Instrução CVM nº 409, art. 111A), e tomando-se por base, exclusivamente, o ano-calendário de 2005, **a caracterização do Sr. Abílio Diniz como sócio do empreendimento imobiliário é cristalina, vez que os imóveis para locação que constituíram o objeto do empreendimento imobiliário pertenciam a ele e com ele permaneceram no Fundo de Investimento Imobiliário constituído,** vez que, neste (no Fundo de Investimento Imobiliário), ele era o único cotista.

[...] (g.n.)

Ora, como já assinalado, embora houvesse a previsão de transferência dos imóveis ao Sr. Abilio Diniz em face da reestruturação societária e patrimonial no âmbito da CBD é certo, ao menos pelo que foi trazido nos autos, que esta operação se deu diretamente entre o Fundo Imobiliário e a CBD, mediante a aquisição pelo primeiro com o compromisso de locação imediata à vendedora pelo prazo de 20 anos.

Observo que a autoridade fiscal não se interessou em investigar como se daria a transferência dos imóveis pela CBD ao Sr. Abilio Diniz prevista no acordo societário, se a título gratuito ou oneroso, se mediante devolução de capital ou venda.

Inexiste tal informação nos autos. Tampouco a fiscalização apontou um *“interposição simulada ou fraudulenta do Fundo; e também não invocou nenhuma outra teoria (“falta de propósito negocial”, “abuso de direito” ou “fraude”) para fins de desqualificar o Fundo propriamente dito”*, como bem observado pelo relator.

Para que se pudesse apontar a CBD e/ou o seu sócio controlador (Sr. Abilio Diniz) como sócios do empreendimento imobiliário seria imprescindível que a autoridade fiscal apontasse e comprovasse algum vício no negócio jurídico efetivamente formalizado que desvendasse uma possível simulação ou uma interposição fraudulenta no negócio.

Desta feita, como já observado no início, não é possível vislumbrar na operação a figura de um sócio do empreendimento imobiliário nesta operação, posto que o mesmo restou vinculado exclusivamente ao Fundo de Investimento, ora recorrente.

Assim, a despeito de discordar da premissa inicial do relator deste recurso de que o dispositivo previsto no art. 2º da Lei 9.779/1999 seja aplicável exclusivamente aos sócios de empreendimentos imobiliários que tenham como objeto construção ou incorporação, entendo que neste caso o que inexiste é a figura do próprio sócio, posto que o empreendimento foi assumido

¹⁶ 1 Fundo de Investimento Imobiliário com um único cotista

direta e exclusivamente pelo Fundo de Investimento. Nesse diapasão, considero precisas suas conclusões, *verbis*:

[...]

Sob este viés, **ainda que a atividade de aquisição de imóveis prontos para locação fosse um empreendimento imobiliário, admissível como sócio do empreendimento seria tão somente o coproprietário ou condômino dos imóveis adquiridos pelo FII Península. Seria, assim, necessário que o Sr. Abilio Diniz (ou a RECO), únicos quotistas, fossem, ao mesmo tempo, coproprietária dos imóveis, partilhando do resultado na proporção da sua participação na propriedade.**

Ocorre, porém, que a totalidade do empreendimento imobiliário, na situação presente, já estava incorporada ao patrimônio do FII Península, o qual, repita-se, não foi objeto de desqualificação.

Também a CBD nunca foi “sócia” do FII nos imóveis. Nem mesmo ninguém do Grupo Diniz, que são sócios indiretos do único cotista (RECO), e não coproprietário dos imóveis.

A CBD, embora locatária e antiga proprietária dos imóveis, não manteve qualquer direito de propriedade sobre os imóveis, afinal alienou integralmente esses direitos ao FII Península, que passou a ser o beneficiário dos alugueis e titular desses ativos imobiliários.

Diante, então, da alienação integral dos imóveis ao Fundo, somada ao fato de que os atos praticados não foram requalificados e nem tiveram suas causas jurídicas colocadas em xeque, deve-se admitir todos os efeitos jurídicos quanto à titularidade dos imóveis pelo FII Península, fato este mais do que suficiente para afastar qualquer possibilidade jurídica de existência de um sócio do empreendimento.

Como pontuou Ricardo Mariz de Oliveira, em trecho de Parecer citado pela contribuinte no seu Apelo:

É importante fixar que o FII Península tem um empreendimento imobiliário que é exclusivamente seu, e no qual não tem sócio, a única figura, dentre as constantes da hipótese de incidência do art. 22, que resta no caso desse empreendimento, pois nele não há incorporador ou construtor.

Portanto, o empreendimento é do FII Península, e ele não tem sócio nesse empreendimento, nem se pode imaginar que a Reco Master, ou muito menos a CBD, seja sócia dele.

(...)

(...) não há como negar que o FII Península é o único participante no negócio imobiliário, único titular das rendas das locações, que não divide com qualquer pessoa, e que, como é próprio a esse tipo de fundo, quando disponíveis vai distribuí-las à sua quotista Reco Master."

Ora, o fato do Sr. Abilio Diniz ser sócio da CBD (co-controlador) e cotista relevante (sócio indireto)¹⁷ do FII Península em nada interfere na aplicação da norma antielisiva em questão, pois, como demonstrado, ele nunca foi sócio do empreendimento imobiliário investido, este sim o pressuposto legal.

Nesse diapasão, observo que, embora tenha acompanhado o relator do Acórdão 1302-002.053, utilizado como paradigma neste recurso, necessário se faz reconhecer, reexaminando a questão, que meus fundamentos hoje seriam outros, concordando apenas com as conclusões do seu voto no sentido de que a CBD não poderia ser considerada sócia do empreendimento pelo simples fato de ter vendido os imóveis e permanecer em sua posse mediante locação, *verbis*:

¹⁷ Cabe observar que no ano-calendário sob análise o sr. Abilio Diniz era, diretamente, o único cotista do Fundo. A empresa Reco Master somente passou a participar do Fundo no ano-calendário 2006.

Decerto, que se o destino de tais imóveis for a circulação ou produção de imóveis, o comprador estará exercendo um empreendimento imobiliário, mas jamais se poderá denominar aquele que lhe vendeu os imóveis de sócio desse empreendimento.

Ora, afastada a presença da CBD como sócia do empreendimento imobiliário, da qual o sr. Abilio Diniz era sócio controlador, não há como fazer a sua imputação indireta como sócio do empreendimento imobiliário, como pretendeu a autoridade fiscal.

Por fim, resta pontuar que o fato do Sr. Abilio Diniz deter cem por cento das cotas do fundo no ano-calendário sob exame torna-se irrelevante, pois satisfaz apenas um dos requisitos para o enquadramento da situação jurídica examinada na hipótese de equiparação prevista no art. 2º da Lei nº 9.779/1999, dada a ausência de comprovação de sua condição como sócio (direto ou indireto) do empreendimento imobiliário, conforme exigido pela norma.

Por todo o exposto, acompanho o voto do relator em suas conclusões para dar provimento ao recurso especial da contribuinte.

(documento assinado digitalmente)

Luiz Tadeu Matosinho Machado

Declaração de Voto

Conselheira Edeli Pereira Bessa

O Colegiado *a quo* deu provimento parcial ao recurso voluntário *para excluir das bases tributáveis do IRPJ e CSLL os valores lançados de PIS e Cofins oriundos do mesmo procedimento fiscal*. Trata-se de equiparação da autuada a pessoa jurídica com a consequente exigência de IRPJ e CSLL na sistemática do lucro real trimestral, e os lançamentos de Contribuição ao PIS e de COFINS sobre o faturamento integraram os autos do processo administrativo nº 16327.001753/2010-70. A maioria do Colegiado *a quo* entendeu que tais contribuições seriam dedutíveis na base de cálculo, apurada na sistemática do lucro real, da qual resultou o IRPJ e a CSLL lançados nestes autos.

O recurso especial da PGFN foi admitido em face dos paradigmas nº 1802-000.815 e 1302-000.592, que *trazem o entendimento de que as despesas com PIS e Cofins lançadas no mesmo procedimento fiscal que apura IRPJ e CSLL não é dedutível da base de cálculo desses últimos por estarem com sua exigibilidade suspensa, nos termos do art. 41, §1º da Lei nº 8.981/1995*. A Contribuinte não contesta a admissibilidade e apenas reforça a validade da decisão recorrida.

No paradigma nº 1802-000.815 tratou-se de omissão de receita na apuração anual do IRPJ e da CSLL, que também resultou em lançamentos de Contribuição ao PIS e de COFINS, sendo rejeitada a pretensão do sujeito passivo de deduzir estas contribuições lançadas da base de incidência do IRPJ e da CSLL porque, diante da suspensão da exigibilidade daquelas contribuições em razão da interposição dos recursos administrativos questionando seu lançamento, a dedutibilidade na apuração do lucro seguiria o regime de caixa.

No paradigma nº 1302-000.592 a decisão também foi contrária a semelhante pretensão de dedução porque a obrigação teria se tornado incerta com o questionamento administrativo e suspensão de sua exigibilidade da exigência, de modo que já não caberia *mais falar em despesa incorrida* e, em consequência, de sua dedução.

Caracterizado o dissídio jurisprudencial, esta Conselheira acompanha o I. Relator para CONHECER do recurso especial da PGFN.

A Contribuinte e o responsável tributário – Banco Ourinvest S/A – interpuseram recursos especiais, sendo que apenas o recurso da Contribuinte teve seguimento, e isto em face do paradigma n.º 1302-002.053, *que julgou a mesma situação fática posta nestes autos, referente à mesma contribuinte, mas decidindo sobre os Autos de Infração relativos ao PIS e à COFINS.*

O Colegiado *a quo* validou a conclusão fiscal de que estariam *presentes as circunstâncias autorizadoras da aplicação do disposto no art. 2º da Lei nº 9.779/99, ou seja, o referido Fundo sujeita-se à tributação aplicável às pessoas jurídicas.* Registre-se que foram opostos embargos pelos sujeitos passivos, sendo que as alegações da Contribuinte foram rejeitadas conforme as conclusões assim expressas no exame de admissibilidade:

O embargante afirma que a decisão embargada baseou-se em fato inverídico, referindo-se à operação que transferiu sessenta imóveis da empresa CBD para o FII PENÍNSULA. Segundo o embargante, o acórdão embargado aponta que os imóveis foram vendidos pela CBD para a pessoa física Abílio Diniz que, em seguida, os teria vendido para o FII PENÍNSULA. Todavia, o correto seria que os imóveis foram transferidos da CBD diretamente para o FII PENÍNSULA. Tal incorreção, no entendimento do autor, teria trazido as alegadas obscuridade, omissão e contradição para o acórdão, nos seguintes termos (e-fls. 601):

[...]

Em sumo, a decisão embargada entendeu que a operação de transferência dos imóveis da CBD para o FII PENÍNSULA se deu de determinada forma e, a partir daí, concluiu que o Fundo estava sujeito à tributação. O embargante discorda do entendimento adotado em relação a essa forma de transferência, ou seja, discorda do fundamento da decisão. Tal contrariedade não pode ser conhecida em sede de embargos de declaração, pois não caracteriza obscuridade, omissão nem contradição.

[...]

O embargante afirma que a decisão embargada baseou-se em mais dois fatos inverídicos, referindo-se à titularidade das quotas do FII PENÍNSULA e à titularidade do empreendimento imobiliário. Segundo o embargante, o acórdão embargado aponta que o único quotista do FII PENÍNSULA em 2005 era a pessoa física Abílio Diniz. Com isso, teria ficado configurado um erro, uma vez que, de fato, todas as quotas teriam sido transferidas em outubro de 2005 para a empresa RECO MASTER EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES S/A. Ainda nessa quadra, o embargante afirma que o acórdão embargado aponta que o empreendimento imobiliário era integralmente explorado por quotista único do fundo de investimento imobiliário. Segundo o embargante, essa seria mais uma distorção da realidade, uma vez que o empreendimento era explorado pelo FII PENÍNSULA e não por seus quotistas.

[...]

A omissão passível de embargos de declaração é aquela relativa a ponto ou questão sobre o qual deveria se pronunciar o julgador, de ofício ou a requerimento (artigo 1.022, II, da Lei nº 13.105, de 2015 - CPC). Na espécie, a decisão embargada não deixou de se pronunciar sobre qualquer ponto. De fato, o embargante afirma que a decisão partiu de uma premissa que ele considera errada, mas isso não caracteriza omissão, apenas uma contrariedade em relação ao entendimento dos fatos registrados nos autos. Assim, fica afastada a possibilidade de admissão dos embargos por omissão.

A análise do voto condutor do paradigma evidencia que não há distinção entre os referenciais que, presentes nos autos, resultaram nas soluções adotadas por diferentes Colegiados do CARF, especialmente porque o paradigma é conduzido por voto do ex-Conselheiro Alberto

Pinto Souza Jr, que apenas redigiu o voto divergente, antes vencido, manifestado no acórdão recorrido, quando integrava aquele Colegiado.

Assim, o recurso especial da Contribuinte também deve ser CONHECIDO.

A ação fiscal que resultou no lançamento formalizado nestes autos teve por objetivo *a verificação da situação do fundo frente ao comando legal contido no artigo 2º da Lei n.º 9779/99, mais precisamente, se o fundo estaria sujeito a tributação da pessoas jurídicas em virtude de ter um único cotista com investimento numa empresa por ele (cotista) controlada.* Questionada no curso do procedimento fiscal, a Contribuinte ofereceu Parecer do jurista Alberto Xavier, acerca do qual a autoridade lançadora referiu que:

O renomado exegeta entende que a equiparação dos fundos imobiliários a pessoas jurídicas, em que um cotista detenha mais de 25% do controle do fundo, não alcança a situação de aquisições de imóveis prontos ou já construídos. Entende que a aplicação do artigo 2º da Lei n.º 9779/99 ocorre só nas situações de empreendimentos imobiliários em curso de execução, tais como a construção, incorporação ou investimentos em projetos habitacionais. Conclui em seu Parecer:

"o empreendimento imobiliário objeto do FII - aquisição de imóvel pronto para locação - não contempla as figuras de incorporador, construtor ou sócio (exclusivas de empreendimentos imobiliários em curso de execução), pelo que ao mesmo não é aplicável a regra de equiparação a pessoa jurídica para fins tributários constante do art. 2º da Lei n.º 9.779/99;

Não há como concordar com tal posicionamento. Os Fundos Imobiliários brasileiros, bem como na maioria dos países em que este instrumento é utilizado, tem uma estrutura tributária incentivada, dada a importância do setor imobiliário para a economia destes países.

O ambiente do Fundo Imobiliário é isento de impostos, tais como PIS, COFINS e Imposto de Renda, este último só incidindo sobre as receitas financeiras obtidas com as aplicações em renda fixa do saldo de caixa do fundo (compensáveis quando da distribuição de resultados aos cotistas). Os Fundos Imobiliários são instrumentos do mercado de capitais para captação da poupança popular. Todo o conteúdo normativo, desde a entrada em vigor da Lei n.º 8668/93, caminha no sentido de incentivar a presença do maior número de investidores, principalmente pessoas físicas. Desta forma, desde 2005, com a entrada em vigor da Lei n.º 11.196, além da isenção de impostos para as atividades do fundo, os cotistas pessoas físicas de fundos imobiliários com mais de 50 participantes, em que nenhum detenha mais de 10% das quotas, estão isentos do imposto de renda na fonte e na declaração de ajuste anual sobre os rendimentos distribuídos.

A interpretação construída por Alberto Xavier cria uma exceção que o artigo 2º da Lei n.º 9779/93 não contempla. Não há no comando normativo citado qualquer diferenciação de tratamento para os empreendimentos em curso e imóveis prontos. Não há nem menção a estas situações. Na regulamentação expedida pela CVM por meio da Instrução 205/94, mais especificamente no artigo 2º, está definido o conceito de empreendimento imobiliário:

Art. 2º - O Fundo de Investimento Imobiliário destinar-se-á ao desenvolvimento de **empreendimentos imobiliários, tais como** construção de imóveis, **aquisição de imóveis prontos**, ou investimentos em projetos visando viabilizar o acesso à habitação e serviços urbanos, inclusive em áreas rurais, para posterior alienação, locação ou arrendamento.

Assim, a aquisição de imóveis prontos também se constitui num empreendimento imobiliário. O próprio jurista afirma:

O espírito da lei consiste em impedir a cumulação da posição jurídica de quotista relevante de um 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 posição jurídica de incorporador, construtor ou sócio de empreendimento imobiliário.

No caso em tela, a cumulação da posição jurídica é mais do que clara. O Fundo foi inicialmente constituído tendo como único cotista, o Sr. Abílio Diniz. Em 2006, empresa por ele controlada, Reco Máster Participações, ingressa no fundo com a maior parte das cotas. A última posição dos controladores do Fundo aponta a Reco Máster como única participante, em conformidade com os documentos juntados pelo contribuinte. Na CBD, o Sr. Abílio Diniz é um dos controladores do grupo.

O instrumento jurídico utilizado para o aperfeiçoamento da transferência dos 60 imóveis da CBD para o fundo foi o do "Compromisso Irrevogável e Irretratável de Compra e Venda de Bem Imóvel" em caráter fiduciário. A propriedade fiduciária é tratada pelo atual Código Civil, nos artigos 1.361 e seguintes.

Desdobra-se a posse em direta (devedor-fiduciante) e indireta (credor-fiduciário). O primeiro pode, portanto, usar e fruir do bem. O segundo mantém o direito de haver a posse plena, no caso de inadimplemento. Com o pagamento, extingue-se a propriedade resolúvel. Portanto, os imóveis continuam vinculados à CBD.

[...]

Em suma, na situação do Fundo Península, não há como concordar com a construção elaborada no Parecer Jurídico que buscou excluir a situação de imóveis prontos do universo descrito como empreendimento imobiliário. Existe a cumulação de posições jurídicas, estando o fundo península sujeito à tributação das pessoas jurídicas. Ao equiparar os fundos de investimentos imobiliários às pessoas jurídicas nas situações previstas no artigo 2º, a Lei nº 9779/99 não excluiu a situação do Fundo Imobiliário Península, não cabendo ao intérprete criar tal exclusão. (*destaques do original*)

A autoridade fiscal entendeu que o regramento legal acerca da tributação dos Fundos de Investimento Imobiliário, por veicular isenção, deveria ser interpretado literalmente. Já o paradigma é expresso no sentido de que, por se estar *diante de uma norma antilegisiva específica*, correspondente a uma *norma excepcional*, a interpretação deveria ser *estrita*.

Trata-se do art. 2º da Lei nº 9.779/99:

Art. 2º - Sujeita-se à tributação aplicável às pessoas jurídicas, o fundo de investimento imobiliário de que trata a Lei no 8.668, de 1993, que aplicar recursos em empreendimento imobiliário que tenha como incorporador, construtor ou sócio, quotista que possua, isoladamente ou em conjunto com pessoa a ele ligada, mais de vinte e cinco por cento das quotas do fundo.

Parágrafo único. Para efeito do disposto neste artigo, considera-se pessoa ligada ao quotista:

I - pessoa física:

- a) os seus parentes até o segundo grau;
- b) a empresa sob seu controle ou de qualquer de seus parentes até o segundo grau;

II - pessoa jurídica, a pessoa que seja sua controladora, controlada ou coligada, conforme definido nos §§ 1º e 2º do art. 243 da Lei no 6.404, de 15 de dezembro de 1976.

Sob aquelas diferentes óticas, o Colegiado *a quo* validou a exigência fiscal por entender que o dispositivo legal em referência não excluiria *a situação de imóveis prontos do universo descrito como empreendimento imobiliário*, vez que a Lei não se refere, apenas, ao incorporador e ao construtor, mas também ao sócio. E, no período autuado:

O empreendimento imobiliário, portanto, está representado por imóveis pertencentes ao Sr. Abílio Diniz, que são "adquiridos" pelo Fundo de Investimento Imobiliário, que tem

como único quotista, ao menos no ano-calendário de que trata o presente processo (2005), o próprio Sr. Abílio Diniz.

[...]

A tentativa do Recorrente de vincular o conceito de “sócio do empreendimento imobiliário”, a que faz referência a lei, a existência de participação societária, revela-se, no caso dos autos, absolutamente inadequada, vez que, na circunstância sob exame, o que salta aos olhos é, como já dito, o fato de Sr. Abílio Santos Diniz figurar, sozinho (como descrito no Parecer de fls. 122/130) ou por meio de Grupo sob o seu controle (na forma disposta na peça recursal), figurar ao mesmo tempo como empreendedor da atividade imobiliária e como quotista único do Fundo de Investimento Imobiliário.

Estamos diante, assim, de situação extrema, em que a atividade imobiliária é integralmente empreendida (100% do negócio) pelo quotista único (100% das quotas), o que, à evidência, retrata a circunstância que o art. 2º da Lei nº 9.779/99 pretendeu evitar, pois, como reconhecido pelo próprio Recorrente, “*o espírito da lei consiste em impedir a cumulação da posição jurídica de quotista relevante de um 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 jurídica de incorporador, construtor ou sócio de empreendimento imobiliário*”.

Já o voto condutor do paradigma expressamente se opõe a esta conclusão defendendo que:

Assim, não me parece que se devesse dar ao termo “sócio” um caráter tão abrangente como lhe foi atribuído tanto pelo autuante como pelos julgadores retro citados, de tal sorte que sustento que o termo sócio deve ser entendido como “sócio do incorporador” ou “sócio do construtor”. Estas eram as situações usadas pelo legislador ao editar tal norma antielisiva, ou seja, que alguém que se dedicasse a construir ou incorporar, constituísse Fundo Imobiliário apenas para se valer do regime tributário mais benéfico.

Esta Conselheira já manifestou seu entendimento favorável à interpretação do recorrido, acompanhando o voto do ex-Conselheiro Demetrius Nichele Macei no Acórdão nº 9101-004.580, que reformou o paradigma, e que, neste ponto, adotou a interpretação assim firmada pelo Conselheiro Fernando Brasil de Oliveira Pinto no Acórdão nº 1402-002.320:

Conforme se observa de todas as manifestações constantes dos autos, quer por meio do recurso voluntário e pareceres apresentados, ou mesmo nas contrarrazões da PGFN, o conceito de “sócio” do empreendimento imobiliário é algo não definido na lei, comportando inúmeras interpretações, desde que seria um sócio oculto no caso de SCP, de um interessado diretamente no empreendimento imobiliário, ou ainda pessoa que fosse coproprietária dos imóveis que compõem tal empreendimento.

Convém lembrar que no âmbito de uma reestruturação do seu controle societário, a Companhia Brasileira de Distribuição (CBD) decidiu transferir sessenta imóveis para o Sr. Abílio Diniz, tendo sido os imóveis, em realidade, transferidos diretamente ao FIIP (em nome de sua administradora OUVINVEST), e, ato contínuo, locados para a própria CBD.

Neste cenário, não se pode negar, como feito no voto condutor do paradigma, que houve aplicação de *recursos em um empreendimento imobiliário*. Não há, no caso, aquisição de *massa patrimonial* disforme, mas sim um conjunto de imóveis com destinação específica: uso da Companhia Brasileira de Distribuição. Havia interesse do grupo empresarial em converter a propriedade em locação, e assim o conjunto dos imóveis com esta utilidade econômica específica foi destinado àquele que figura como quotista majoritário do Fundo. Ou seja, ao invés de desenvolver o empreendimento imobiliário constituído para locação dos imóveis à Companhia Brasileira de Distribuição em seu nome, tributando os correspondentes rendimentos pelo mesmo regime de competência no qual seriam deduzidas as despesas de locação pela antiga proprietária

dos imóveis, o sócio do empreendimento pretendeu atribuir esta atividade ao Fundo de Investimento Imobiliário e postergar indefinidamente esta incidência, incorrendo na vedação instituída justamente para evitar o desvirtuamento desta figura jurídica.

Ressalte-se que a acusação fiscal mais se dirige à caracterização do empreendimento imobiliário nas circunstâncias presentes porque esta foi a única objeção originalmente apresentada pela Contribuinte. O fato de os imóveis terem sido adquiridos da CBD diretamente pelo Fundo, sem antes terem figurado na propriedade de Abílio dos Santos Diniz, em nada afetou a conclusão fiscal, que se pautou na premissa de que no momento daquela aquisição Abílio dos Santos Diniz era o único cotista do Fundo, inclusive observando-se que *em novembro de 2005, ou seja, um mês depois, o fundo distribuiu ao Sr. Abílio dos Santos Diniz a quantia de R\$ 25.517.073,84*, condição incompatível com a tributação diferenciada dos Fundos Imobiliários constituídos para *captação de poupança popular*, mediante incentivo da *presença do maior número de investidores, principalmente pessoas físicas*, nas palavras a autoridade lançadora.

Anote-se, ainda, que a acusação fiscal expressamente refere que *na CBD, o Sr. Abílio Diniz é um dos controladores do grupo*. Assim, tem-se um fundo de investimento imobiliário que aplicou recursos na aquisição de imóveis destinados exclusivamente à locação para a Companhia Brasileira de Distribuição, sob controle daquele que possuía a totalidade das cotas do fundo. Como bem pondera a PGFN em suas contrarrazões:

Veja que a participação da CBD no empreendimento imobiliário é condição *sine qua non* para que o mesmo se realize. É dizer que, **a CBD faz parte e/ou integra o empreendimento imobiliário no qual o Fundo aplica seus recursos, pois não há como desvincular um do outro**. Nem o Fundo pode adquirir imóveis de terceiros, nem pode efetuar a locação dos mesmos para outras pessoas jurídicas, senão as integrantes do grupo econômico do qual a CBD faz parte.

Ora, se o empreendimento imobiliário não pode sobreviver sem a participação da CBD, não há como negar o fato de que a referida empresa está agregada ao empreendimento. Trata-se de relação de verdadeira dependência mútua, da qual ambos não podem se furtar.

Assim, **considerando que a participação direta da CBD no empreendimento imobiliário é fator essencial para a existência do mesmo, patente se torna o perfeito enquadramento da situação posta nos autos ao dispositivo legal que promove a equiparação dos Fundos de Investimento Imobiliário às pessoas jurídicas.**

[...]

Por seu turno, a figura do sócio do empreendimento imobiliário também na pessoa do Sr. Abílio Diniz se verifica na medida em que o mesmo tem o controle acionário não só da CBD, mas também das empresas que compõem o grupo econômico e, como já dito linhas acima, essas empresas integram o empreendimento imobiliário. Nessa linha, o Sr. Abílio é sócio do empreendimento imobiliário objeto do desenvolvimento do Fundo atuado. (*destaques do original*)

Diante de tais circunstâncias, cabe apenas reiterar os demais fundamentos do voto condutor do Acórdão n.º 9101-004.580, que reafirma o entendimento anterior, no mesmo sentido, deste Colegiado, no Acórdão n.º 9101-004.090:

A questão da empresa “RECO”, mencionada nos precedentes acima, é indiferente para esta decisão. Ao contrário: a participação do Sr. Abílio Diniz aqui é direta, na época da ocorrência do Fato Gerador.

Disto, no que pese a recorrida em suas Contrarrazões reiterar o entendimento do v. acórdão recorrido, sustentando que o art. 2º da Lei n.º 9.779/99 é demasiadamente restritivo, entendo que tal restritividade é inexistente. Por bem traduzir meu

posicionamento, peço vênia para reproduzir a explicação da i. Conselheira Cristiane Costa sobre a norma antielisiva em questão (acórdão 9101-004.090):

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

Nota-se que o próprio artigo 2º emprega a expressão *"ou em conjunto com pessoa a ele ligada"* revelando que a interpretação do artigo 2º é mais abrangente do que pretende o Recorrente.

Exatamente nesse sentido é a Exposição de Motivos da Medida Provisória n.º 1788, que foi convertida na Lei n.º 9.779/1999, destacada em acórdão recorrido:

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

Portanto, o controle indireto, do Fundo, pela família "Abílio Diniz" atrai a aplicação da regra do artigo 2º, da Lei n.º 9.779, na medida em que também figuram como proprietários do empreendimento imobiliário. Nesse sentido, são precisas as considerações do voto condutor do acórdão recorrido:

O empreendimento imobiliário, portanto, está representado por imóveis pertencentes, ainda que indiretamente, ao Sr. Abílio Diniz (já que detém 100% das quotas de Reco, que por sua vez é a única quotista de FIIP).

É pertinente observar, ainda que a Instrução CVM n.º 205, de 14 de janeiro de 1994, explicita que Fundo de Imobiliário poderá ter a destinação de locação, verbis:

Art. 2º. O Fundo de Investimento Imobiliário destinar-se-á ao desenvolvimento de empreendimentos imobiliários, tais como construção de imóveis, aquisição de imóveis prontos, ou investimentos em projetos visando viabilizar o acesso à habitação e serviços urbanos, inclusive em áreas rurais, para posterior alienação, locação ou arrendamento.

Assim, nota-se que é possível o desenvolvimento de empreendimentos imobiliários unicamente para locação.

(Grifos meus)

Com razão, portanto, a recorrente quanto defende que (art. 794):

A figura do sócio é completamente atípica aos empreendimentos imobiliários e não faria qualquer sentido utilizá-la de forma estrita, sob pena de desvirtuamento do real propósito da lei, que é o de evitar o comportamento elisivo do contribuinte, consistente em se utilizar da sistemática de tributação favorecida dos FII para o exercício de atividade empresarial de empreendimentos imobiliários.

A restrição legal à cumulação das posições de quotista majoritário e de incorporador/construtor/sócio do empreendimento imobiliário foi, sem qualquer dúvida, violada no presente caso. É patente que o Sr. Abílio Diniz representa a posição de quotista majoritário do Fundo autuado e é sócio do empreendimento imobiliário, na qualidade de controlador da CBD e das demais empresas do grupo econômico.

O controle tanto do fundo quanto das empresas que participam do empreendimento imobiliário está subsumida na pessoa do Sr. Abílio, grande beneficiário da operação, seja através da redução do lucro tributável das empresas que integram o empreendimento imobiliário, mediante a criação de despesas dedutíveis com aluguel, seja mediante a distribuição de receitas do fundo. Com efeito, consta nos autos que, no ano-calendário de 2005, a mesma receita recebida pelo fundo a título de taxa de adesão aos contratos de locação, no valor de R\$ 25.517.073,84, foi posteriormente distribuída ao Sr. Abílio Diniz.

Estas as razões, portanto, para divergir do I. Relator e NEGAR PROVIMENTO ao recurso especial da Contribuinte.

Quanto ao recurso especial da PGFN, embora esta Conselheira se manifeste contrariamente ao entendimento do acórdão recorrido desde a edição do Acórdão n.º 1101-00.622, em linha com o entendimento deste Colegiado exarado de forma unânime desde o Acórdão n.º 9101-002.373, a apreciação da insurgência fazendária restou PREJUDICADA em razão de a maioria do Colegiado ter provido o recurso especial da Contribuinte.

(documento assinado digitalmente)

Edeli Pereira Bessa