

PATRICIA MARTINUZZO

A tributação dos Fundos de Investimento Imobiliário

Dissertação de Mestrado

Orientador: Professor Doutor Roberto Quiroga Mosquera

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo – SP

2022

PATRICIA MARTINUZZO

A tributação dos Fundos de Investimento Imobiliário

Dissertação de Mestrado apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, na área de Direito Tributário, sob a orientação do Professor Doutor Roberto Quiroga Mosquera.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo – SP

2022

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

Catálogo da publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Martinuzzo, Patricia

A tributação dos Fundos de Investimento Imobiliário / Patricia Martinuzzo; orientador Professor Doutor Roberto Quiroga Mosquera. São Paulo: FDUSP, 2022.

277 f.

Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito Tributário, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2022.

Versão original

1. Direito Tributário. 2. Fundos de Investimento Imobiliário. I. Martinuzzo, Patricia. II. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. III. A tributação dos Fundos de Investimento Imobiliário.

FOLHA DE AVALIAÇÃO

MARTINUZZO, Patricia. **A tributação dos Fundos de Investimento Imobiliário.**
Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2022.

Aprovado em:

Banca Examinadora:

Prof. Dr. _____
Instituição _____
Julgamento _____

Prof. Dr. _____
Instituição _____
Julgamento _____

Prof. Dr. _____
Instituição _____
Julgamento _____

Aos meus pais

AGRADECIMENTO

Agradeço ao Professor Doutor Roberto Quiroga Mosquera o voto de confiança na orientação desta dissertação. Durante a graduação, tive contato com suas obras sobre a tributação do mercado financeiro e de capitais, que despertaram minha curiosidade pelo tema. Tempos depois, conheci um pouco dos seus projetos para inclusão social na academia e na advocacia: minha admiração só cresceu. Sou grata por ser sua orientanda.

Agradeço ao Doutor Ricardo Lacaz Martins a liderança na advocacia. É uma honra aprender com quem combina a excelência técnica e a habilidade pessoal. Essa dissertação contou com sua contribuição, seja pelo propósito de entregar uma obra com profundidade acadêmica sem descuidar da aplicabilidade prática, seja pela observação dos temas recorrentes nos mercados imobiliário e financeiro.

Agradecimento ao Professor Titular Luís Eduardo Schoueri, pelos ensinamentos nas disciplinas de pós-graduação, pela supervisão dos trabalhos de monitoria e pela orientação sobre o projeto de qualificação. Além das obras escritas, seu legado é o trabalho sério e o olhar atento aos alunos.

Agradeço à Doutora Ana Cláudia Akie Utumie e ao Professor Associado Doutor Paulo Ayres Barreto as sugestões na banca de qualificação.

Agradecimento ao Eduardo Santos Arruda Madeira pelo impacto positivo na minha formação profissional.

Agradeço aos meus pais, com quem aprendo o que há de mais importante.

Aos meus amigos agradeço a companhia de anos.

RESUMO

MARTINUZZO, Patricia. **A tributação dos Fundos de Investimento Imobiliário.** Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2022.

O objetivo desta dissertação é analisar criticamente o tratamento tributário previsto para as aplicações em Fundos de Investimento Imobiliário (“FII”). No Brasil, os FII surgiram só em 1993, tendo sido moldados à forma de condomínios isentos de tributação tal como os demais fundos de investimento brasileiros, e tendo sido inspirados por institutos estrangeiros que décadas antes já viabilizavam o investimento coletivo em empreendimentos imobiliários no exterior. Nesse contexto, muitas controvérsias permeiam a tributação das aplicações em FII. A primeira controvérsia reside no efeito tributário da distribuição obrigatória de lucros pelos FII, especialmente quando a maioria dos cotistas delibera pelo reinvestimento desses lucros, em vez do pagamento. Seria constitucional a tributação dos lucros meramente distribuídos e não pagos para cotistas pessoas físicas que, mesmo querendo receber os recursos, foram vencidos pelos demais cotistas em assembleia? A segunda controvérsia diz respeito aos FII que investem em cotas de outros FII. Estaria dentro da legalidade tributar os rendimentos e os ganhos auferidos por um FII por meio de cotas de outro FII, ou deveria prevalecer a regra geral de isenção tributária sobre as carteiras dos FII em relação aos ativos imobiliários? A terceira controvérsia é a tributação dos FII como se fossem pessoas jurídicas, condicionada a que um cotista cumpra duas condições: tenha mais de 25% das cotas do fundo, isoladamente ou com pessoa a ele ligada; e seja incorporador, construtor ou sócio do empreendimento imobiliário no qual o fundo aplique recursos. Tendo em vista essas condições, seria possível tributar o FII como pessoa jurídica se, por exemplo, uma pessoa ligada ao cotista for incorporador, construtor ou sócio do empreendimento imobiliário investido pelo FII, sem ser ela própria cotista? A quarta controvérsia envolve as operações de reorganização dos FII, seja na forma de incorporação, fusão, cisão e transformação em outros fundos, seja ainda na forma de conversão em companhia. Seriam essas operações tributáveis? O enfrentamento dessas controvérsias tributárias é importante para que os FII estimulem novos negócios, inclusive a gestão eficiente de imóveis públicos, o investimento pulverizado em imóveis com características distintas entre si, a organização da sucessão de direitos reais sobre bens imóveis em núcleos familiares, e a redução de subsídios governamentais mediante a criação de novas linhas de financiamento privado das cadeias produtivas agroindustriais.

Palavras-chave: Fundo. Imobiliário. Imposto de Renda. Disponibilidade. Realização.

ABSTRACT

MARTINUZZO, Patricia. **The Taxation of Real Estate Investment Funds**. Master's Dissertation – Law School, University of São Paulo, São Paulo, 2022.

This paper aims at critically analyzing the tax treatment provided for investments in Real Estate Investment Funds ("FII"). In Brazil, FII only appeared in 1993, having been molded in the form of tax-exempt condominiums like other Brazilian investment funds, and having been inspired by foreign institutes that decades earlier had already enabled collective investment in real estate projects abroad. In this context, many controversies permeate the taxation of investments in FII. The first controversy resides in the tax effect of the compulsory distribution of profits by FIIs, especially when the majority of shareholders decide to reinvest these profits instead of paying them out. Would it be constitutional to tax profits merely distributed and not paid out to individual shareholders who, despite wanting to receive the funds, were defeated by the other shareholders in the meeting? The second controversy concerns FIIs that invest in shares of other FIIs. Would it be legal to tax income and gains earned by an FII by means of shares of another FII, or should the general rule of tax exemption prevail over FII portfolios in relation to real estate assets? The third controversy is the taxation of FIIs as if they were legal entities, conditioned upon a shareholder meeting two conditions: holding more than 25% of the fund's shares, alone or with a connected person; and being a developer, builder or partner in the real estate enterprise in which the fund invests resources. In view of these conditions, would it be possible to tax the FII as a legal entity if, for example, a person connected to the shareholder is a developer, builder or partner of the real estate enterprise invested in by the FII, without being a shareholder himself? The fourth controversy involves the FII's reorganization operations, whether in the form of incorporation, merger, spin-off and transformation into other funds, or even in the form of conversion into a company. Are these operations taxable? Dealing with these tax controversies is important so that the FIIs can stimulate new business, including the efficient management of public real estate, the pulverized investment in real estate with distinct characteristics, the organization of the succession of real rights over real estate in family units, and the reduction of government subsidies through the creation of new lines of private financing for the agro-industrial productive chains.

Keywords: REIT. Fund. Real Estate. Income Tax. Availability. Realization.

LISTA DE ABREVIATURAS

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
AGC	Assembleia Geral de Cotistas
ANBIMA	Associação Brasileira das Entidades dos Mercados Financeiro e de Capitais
Art.	Artigo
Bacen	Banco Central do Brasil
BM&FBOVESPA	Bolsa de Valores, Mercadorias e Futuros
BNDES	Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico e Social
BP	Balço Patrimonial
CARF	Conselho Administrativo de Recursos Fiscais
CBD	Companhia Brasileira de Distribuição
CDA	Certificado de Depósito Agropecuário
CDB	Certificado de Depósito Bancário
CDCA	Certificado de Direitos Creditórios do Agronegócio
CEPAC	Certificado de Potencial Adicional de Construção
CF	Constituição Federal
CGC	Cadastro Geral de Contribuintes
CMN	Conselho Monetário Nacional
CNPJ	Cadastro Nacional das Pessoas Jurídicas
COFI	Plano Contábil dos Fundos de Investimento
COFINS	Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social
COREC	Coordenação Especial de Ressarcimento, Compensação e Restituição
COSIF	Plano Contábil das Instituições Financeiras do Sistema Financeiro Nacional
CP	Curto Prazo
CPC/2015	Código de Processo Civil de 2015
CPMF	Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira
CPR	Cédula de Produto Rural
CRA	Certificado de Recebíveis do Agronegócio
CRI	Certificado de Recebíveis Imobiliários
CSLL	Contribuição Social sobre o Lucro Líquido
CSRF	Câmara Superior de Recursos Fiscais
CST ou Cosit	Coordenação-Geral de Tributação
CTN	Código Tributário Nacional
CVM	Comissão de Valores Mobiliários
DCTF	Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais
DFC	Demonstração do Fluxo de Caixa
DIMOB	Declaração de Informações sobre Atividades Imobiliárias
DIRF	Declaração do Imposto sobre a Renda Retido na Fonte
DIRPF	Declaração de Imposto de Renda das Pessoas Físicas
DJe	Diário de Justiça Eletrônico
DMPL	Demonstração de Mutações do Patrimônio Líquido
DRE	Demonstração de Resultados do Exercício
DRJ	Delegacia da Receita Federal de Julgamento
EC	Emenda Constitucional
ECD	Escrituração Contábil Digital
ECF	Escrituração Contábil Fiscal
EFD-Contribuições	Escrituração Fiscal Digital da Contribuição para PIS, COFINS e CP
EM	Exposição de Motivos
EUR	Euro
FGV	Fundação Getúlio Vargas
FIA	Fundo de Investimento em Ações
Fiagro	Fundo de Investimento nas Cadeias Produtivas Agroindustriais

FIC	Fundo de Investimento em Cotas
FIDC	Fundo de Investimento em Direitos Creditórios
FIEE	Fundos de Investimento em Empresas Emergentes
FII	Fundo de Investimento Imobiliário
FIP	Fundo de Investimento em Participações
FoF	<i>Fund of Fund</i>
GBP	Libra Esterlina Britânica
IBRADIM	Instituto Brasileiro de Direito Imobiliário
IE	Infraestrutura
IOF	Imposto sobre Operações Financeiras
IPCA	Índice de Preços para o Consumidor Amplo
IR	Imposto sobre a Renda
IRPF	Imposto sobre a Rendas das Pessoas Físicas
IRPJ	Imposto sobre a Renda das Pessoas Jurídicas
IRRF	Imposto sobre a Renda Retido na Fonte
ITBI	Imposto sobre a Transmissão de Bens Imóveis
LC	Lei Complementar
LCA	Letra de Crédito do Agronegócio
LCI	Letra de Crédito Imobiliário
LH	Letra Hipotecária
LIG	Letra Imobiliária Garantida
LINDB	Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro
LP	Longo Prazo
Ltda.	Sociedade Limitada
LTN	Letras do Tesouro Nacional
MF	Ministério da Fazenda
MP	Medida Provisória
MS	Mandado de Segurança
N.	Número
N/A	Não aplicável
NR	Não Residente
OECD	<i>Organisation for Economic Co-operation and Development</i>
ORTN	Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional
PER/DCOMP	Pedido de Restituição, Ressarcimento, Reembolso e Declaração de Compensação
PF	Pessoa Física
PFE	Procuradoria Federal Especializada
PIB	Produto Interno Bruto
PIS	Contribuição para o Programa de Integração Social
PJ	Pessoa Jurídica
PL	Projeto de Lei
PLV	Projeto de Lei de Conversão
PTF	País com Tributação Favorecida
QSA	Quadro de Sócios e Administradores
RE	Recurso Extraordinário
RECO	Reco Máster Participações
REIT	<i>Real Estate Investment Trust</i>
REsp	Recurso Especial
RFB	Receita Federal do Brasil
RFP	Regime Fiscal Privilegiado
RGI	Registro Geral de Imóveis
RIR	Regulamento do Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza
RTD	Registro de Títulos e Documentos
S/A	Sociedade Anônima
SCFI	Sociedades de Crédito, Financiamento ou Investimento

SCP	Sociedade em Conta de Participação
Selic	Sistema Especial de Liquidação e Custódia
SIN	Superintendência de Relações com Investidores
SNC	Superintendência de Normas Contábeis e Auditoria
SPE	Sociedade de Propósito Específico
SSE	Superintendência de Supervisão de Securitização
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
SUMOC	Superintendência da Moeda e do Crédito
TCU	Tribunal de Contas da União
TRF-3	Tribunal Regional Federal da 3ª Região
USD	Dólar dos Estados Unidos
WA	Warrant Agropecuário

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	13
2	CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE O FII.....	15
2.1	Os aspectos históricos, normativos e de qualificação jurídica do FII	15
2.1.1	Os fundos de investimento em geral	15
2.1.2	A origem normativa dos FII	21
2.1.3	A qualificação jurídica dos FII	27
2.2	A tributação do investimento em FII	32
2.2.1	Rendimentos e ganhos auferidos pela carteira do FII	32
2.2.2	Lucros distribuídos semestralmente pelo FII	35
2.2.3	Rendimentos auferidos por cotista no resgate e na amortização de cotas do FII	40
2.2.4	Ganhos auferidos pelo cotista na alienação de cotas do FII	43
2.2.5	Investidor não residente.....	43
2.3	A tributação dos institutos estrangeiros similares ao FII	52
2.3.1	O US-REIT norte-americano.....	52
2.3.2	O UK-REIT britânico	56
2.3.3	A SIIC francesa	59
2.3.4	A SOCIMI espanhola	62
2.3.5	A SIGI portuguesa.....	64
3	LUCROS DISTRIBUÍDOS POR FII: TRIBUTAÇÃO OU ISENÇÃO	67
3.1	A distribuição dos lucros semestrais dos FII: obrigatoriedade e cálculo	67
3.1.1	A orientação da CVM em 2014 e o manifesto da ANBIMA	72
3.1.2	A orientação da CVM em 2015 e a prática do mercado	75
3.1.3	A orientação adicional da CVM entre 2020 e 2022	80
3.2	Críticas à tributação e à isenção dos lucros distribuídos pelo FII.....	87
3.2.1	A legalidade do regime misto de caixa e competência	88
3.2.2	A constitucionalidade do IRRF, exceto para cotistas minoritários dissidentes.....	92
3.2.3	A inconstitucionalidade do IRRF para cotistas minoritários dissidentes	95
3.2.4	Os limites da isenção na distribuição de lucros pelo FII.....	103
4	FUND OF FUNDS – FoF DE FII.....	109
4.1	Alienação de cotas de FII por um FoF	109
4.1.1	A Solução de Consulta Cosit n. 181/14.....	109
4.1.2	Os precedentes do TRF-3	112
4.1.3	A crítica à incidência de IR sobre ganhos de FoF na alienação de cotas de FII	117
4.2	A distribuição de lucros de um FII para o FoF	122
4.2.1	A Solução de Consulta Disit 08 n. 489/09	122
4.2.2	O precedente que chegou ao STJ	124
4.2.3	A crítica à incidência de IRRF na distribuição de lucros de FII para FoF	125
4.3	Demais aplicações financeiras de renda fixa ou variável de um FII	130
5	O FII EQUIPARADO À PESSOA JURÍDICA	135
5.1	Termos definidos da equiparação do FII à pessoa jurídica	135
5.1.1	Incorporador, construtor ou sócio	138
5.1.2	Empreendimento imobiliário.....	140
5.1.3	Pessoas ligadas	141
5.2	Termos indefinidos ou excessivos na equiparação do FII à pessoa jurídica	144
5.2.1	25% das cotas do FII	144

5.2.2	Concomitância das condições	148
5.2.3	Proprietário e empreendedor	149
5.2.4	Pessoa interligada, controle comum, grupo econômico e sócio indireto	151
5.2.5	Investimento via SCP	154
5.3	As consequências da equiparação do FII à pessoa jurídica	159
5.3.1	O regime tributário e os deveres instrumentais do FII como pessoa jurídica	159
5.3.2	A responsabilidade tributária da administradora	161
5.3.3	A requalificação para a isenção	163
5.4	Análise de casos	165
5.4.1	FII Superquadra 311 Norte	165
5.4.2	FII Península – Primeira autuação (IRPJ e CSLL de 2005)	171
5.4.3	FII Península – Segunda autuação (PIS e COFINS de 2005)	180
5.4.4	FII Península – Terceira autuação (IRPJ e CSLL de 2006 a 2008)	184
5.4.5	FII Península – Quarta autuação (PIS e COFINS de 2009 a 2011)	187
5.4.6	FII Grand Plaza Shopping	189
6	OS NEGÓCIOS ESTRUTURADOS POR MEIO DO FII	201
6.1	A incorporação, fusão, cisão ou transformação de FII em outro fundo	201
6.1.1	A transferência do patrimônio ao mesmo tempo	203
6.1.2	A indisponibilidade de recursos e a ausência de transferência de cotas	204
6.1.3	A inexistência de alíquotas inferiores na tributação do novo fundo	206
6.1.4	O desuso do prazo de carência	209
6.2	A transformação do FII em uma sociedade	209
6.2.1	A origem do art. 50 da Lei n. 4.728/65	210
6.2.2	A vigência do art. 50 da Lei n. 4.728/65	212
6.2.3	Os requisitos do art. 50 da Lei n. 4.728/65	214
6.3	Novos negócios com FII	221
6.3.1	O FII de imóveis públicos	221
6.3.2	O FII com classes de cotas e patrimônios segregados	225
6.3.3	O FII de ativos gravados com ônus reais	227
6.3.4	O Fiagro em três categorias	232
7	CONCLUSÃO	237
8	BIBLIOGRAFIA	243
9	APÊNDICE A	265
10	APÊNDICE B	271

1 INTRODUÇÃO

É notável o crescimento dos FII entre 2017 e 2021: o número de cotistas saltou 560% de 299.917 para 6.424.540;¹ a quantidade de fundos aumentou 100% de 312 para 695;² e o patrimônio líquido dos fundos expandiu 144% de R\$ 64 bilhões para R\$ 214 bilhões.³

Essa evolução pode ser atribuída a fatores variados conforme o empreendimento que lastreia cada FII.⁴ No entanto, nos últimos cinco anos, a manutenção da taxa básica de juros Selic em patamares inferiores a 1% ao mês, por vezes atingindo o baixo patamar de 0,13% ao mês, impulsionou a tendência que já se vinha observando de diversificação dos investimentos, troca dos tradicionais ativos de renda fixa, carregamento em ativos de renda variável e, conseqüentemente, maior exposição a risco para compensar a perda da rentabilidade das carteiras em geral.

Essa expansão dos FII atraiu não apenas os investidores, mas também as autoridades tributárias. Em outubro de 2020, grandes jornais⁵⁻⁶ noticiaram que o fisco federal estaria investigando um suposto esquema de sonegação fiscal por meio de FII, que supostamente em 2019 teriam deixado de pagar tributos na ordem de aproximadamente R\$ 550 milhões. Segundo noticiado, as autoridades fiscais suspeitariam de três irregularidades.

Primeiramente, a isenção de IRRF e IRPF sobre rendimentos distribuídos pelos FII para pessoas físicas supostamente estaria sendo indevidamente aplicada, por exemplo, no caso de um FII cuja matriarca transferiu cotas para filhos, netos e bisnetos, inclusive menores de idade.

¹ ANBIMA. **Consolidado histórico de fundos de investimento**. São Paulo: abril/2022, p. 14. Disponível em: <https://www.anbima.com.br/pt_br/informar/estatisticas/fundos-de-investimento/fi-consolidado-historico.htm>. Acesso em: 18 jun. 2022.

² *Ibidem*, p. 13.

³ *Ibidem*, p. 4.

⁴ YOKOYAMAN, K. Y. **Os Fundos de Investimento Imobiliário listados em bolsa e as variáveis que influenciam seus retornos**. Dissertação de Mestrado, Universidade Federal do Espírito Santo, 2014, p. 55. Disponível em: <<https://repositorio.ufes.br/bitstream/10/1307/1/Dissertacao%20Karen%20Yuraki%20Yokoyama.pdf>>. Disponível em: 18 jun. 2022.

⁵ NARCIZO, Bruna. **Receita Federal estima que metade dos fundos imobiliários têm indícios de irregularidade**. Folha de São Paulo, 30 out. 2020. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2020/10/receita-federal-estima-que-metade-dos-fundos-imobiliarios-sonegam-impostos.shtml>>. Acesso em: 07 mar. 2021.

⁶ **Fundos imobiliários são usados para sonegar milhões em impostos, afirma Receita**. Valor Investe, São Paulo, 30 out. 2020. Disponível em: <<https://valorinveste.globo.com/produtos/fundos-imobiliarios/noticia/2020/10/30/fundos-imobiliarios-sao-usados-para-sonegar-milhoes-em-impostos-afirma-receita.ghtml>>. Acesso em: 07 mar. 2021.

No entender do fisco federal, essa isenção só deveria ser concedida para cotistas de FII com maior dispersão, não para cotistas de FII familiar.⁷

Em segundo lugar, pessoas físicas residentes no Brasil estariam utilizando pessoas jurídicas domiciliadas no exterior para aplicar em FII, a fim de aproveitar a isenção de IR sobre ganhos líquidos auferidos na venda de cotas do FII no mercado de bolsa de valores, bem como para reduzir para 15% a alíquota de IRRF sobre rendimentos distribuídos pelo FII. No entender das autoridades tributárias, esses ganhos e rendimentos seriam tributáveis pela alíquota geral de 20% de IR e IRRF, respectivamente.⁸

Em terceiro lugar, alguns FII supostamente estariam deixando de informar ganhos e, conseqüentemente, sonegando tributos.

Diante desse contexto – qual seja, a tendência de crescimento do mercado de FII e o olhar atento das autoridades tributárias –, esta dissertação se propõe a investigar, de um lado, os casos em que sejam flagrantes as irregularidades que ensejam uma tributação agravada da remuneração produzida pelos FII e, de outro lado, os casos em que se deva reconhecer a licitude dos arranjos para investimento em FII, dados os limites das leis tributárias de regência do tema.

⁷ *Ibidem.*

⁸ *Ibidem.*

2 CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE O FII

Este capítulo contém considerações gerais sobre os FII. O primeiro bloco apresenta os aspectos históricos, normativos e de qualificação jurídica dos FII, a fim de contextualizar o instituto no tempo e lançar as bases de sua conformação atual. O segundo bloco fornece um panorama geral da tributação do FII, pontuando controvérsias que serão detalhadas nos capítulos seguintes. O terceiro bloco trata dos institutos estrangeiros comparáveis aos FII e, por isso, fornece subsídios para o aprimoramento das normas aplicáveis aos FII.

2.1 Os aspectos históricos, normativos e de qualificação jurídica do FII

Os primeiros exemplares brasileiros dos fundos de investimento remontam à década de 1950, quando foi criado o Fundo Crescinco. Desde então, décadas se passaram antes que fosse normatizada a constituição dos FII, em 1993. A qualificação jurídica dos fundos de investimento, que já foi muito debatida por combinar elementos típicos de condomínio e de sociedade, foi recentemente positivada como condomínio de natureza especial.

2.1.1 Os fundos de investimento em geral

Em 1957, foi criado o primeiro fundo brasileiro sob a forma de condomínio, denominado Fundo Crescinco.⁹ A administração do fundo era feita pelo grupo Rockefeller, cujo objetivo era financiar a nascente indústria automobilística brasileira em meio à euforia desenvolvimentista do governo de Juscelino Kubitschek.¹⁰ O Fundo Crescinco podia investir mais de 20% do seu patrimônio em companhias estrangeiras, desde que tivessem subsidiária no Brasil.¹¹ A forma condominial foi escolhida para evitar a tributação que incidia sobre as

⁹ ASHTON, Peter Walter. **Companhias de investimentos**. Rio de Janeiro: Edições Financeiras S/A, 1ª ed., 1963, p. 40 e ss.

¹⁰ GRADILONE, Cláudio. **Fundos de investimento 50 anos de história**. In. Revista Capital Aberto. São Paulo: Editora Capital Aberto Ltda., publicação especial, 26/05/07, p. 13. Disponível em: <<https://capitalaberto.com.br/pa-geflip/Especial%20Fundos%20de%20Investimento/Especial%20Fundos%20de%20Investimento/assets/basic-html/page13.html>>. Acesso em: 19 jun. 2022.

¹¹ *Ibidem*, p. 13.

sociedades de investimento, e se aplicava a legislação de condomínios porque não havia lei específica.¹²

Em 1958, o fundo do tipo condomínio *não* era considerado pessoa jurídica para efeito do imposto de renda, desde que o fundo não aplicasse mais de 10% do seu valor em uma só empresa e, além disso, contanto que houvesse distribuição anual dos resultados auferidos, nos termos do art. 82, *caput*, do Decreto-lei n. 3.470/58.¹³ Além disso, os rendimentos decorrentes desses fundos seriam tributados em poder dos condôminos, segundo o art. 82, parágrafo único, do Decreto-lei n. 3.470/58.¹⁴ Embora esse dispositivo tenha sido revogado pelo art. 28, alínea “b”, do Decreto-lei n. 1.338/75, é possível afirmar que os fundos brasileiros do tipo condomínio tradicionalmente não têm personalidade jurídica, tampouco são tributáveis.¹⁵

Em 1959, os fundos em conta de participação e os fundos em condomínio foram pela primeira vez regulados como veículos destinados a quaisquer operações de crédito, financiamento ou investimentos. Somente poderiam ser administrados pelas Sociedades de Crédito, Financiamento ou Investimento, também denominadas SCFI, de acordo com o item XXIV da Portaria MF n. 309/59.¹⁶ Sobre esse tema, ERASMO VALLADÃO afirma que os fundos de investimento foram legalmente instituídos no Brasil pela Portaria MF n. 309/59,¹⁷ que regulou a constituição, o funcionamento e as atribuições das SCFI, autorizando-as a constituir fundos em conta de participação ou em condomínio.¹⁸ As SCFI não se confundiam com as casas bancárias, pois, desde que não recebessem depósitos, estavam dispensadas da exigência de capital mínimo, conforme o art. 1º do Decreto-lei n. 7.583/45.¹⁹ As SCFI não poderiam receber dinheiro em depósito, a teor do art. 2º do Decreto-lei n. 9.603/46.²⁰ Todos esses dispositivos continuam em vigor.

¹² *Ibidem*, p. 13.

¹³ BRASIL. **Lei n. 3.470, de 28 de novembro de 1958**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3470.htm>. Acesso em: 04 fev. 2021.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ BRASIL. **Decreto-lei n. 1.338, de 23 de julho de 1974**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De11338-74.htm>. Acesso em: 19 jun. 2022.

¹⁶ BRASIL. **Portaria do Ministério da Fazenda n. 309, de 30 de novembro de 1959**. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/pre/acordos_e_convenios/Portaria_MF_309-1959.pdf>. Acesso em: 04 fev. 2021.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ VALLADÃO, Erasmo. **Parecer sobre a natureza jurídica dos fundos de investimento; conflito de interesse apurado pela própria assembleia de quotistas; quórum qualificado para a destituição de administrador de fundo**. In. Revista de Direito Empresarial n. 6. Curitiba, 2006, pp. 11-39.

¹⁹ BRASIL. **Decreto-lei n. 7.583, de 25 de maio de 1945**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/de17583.htm>. Acesso em: 04 fev. 2021.

²⁰ BRASIL. **Decreto-lei n. 9.603, de 16 de agosto de 1946**. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-9603-16-agosto-1946-452206-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 04 fev. 2021.

Em 1965, as sociedades de investimento e os fundos em condomínio serviam para aplicar em carteira diversificada de títulos ou valores mobiliários, conforme os arts. 49 e 50 da Lei n. 4.728/65, os quais ainda estão em vigor.²¹ Ambos os veículos de investimento *não* eram contribuintes do imposto de renda, desde que distribuíssem anualmente os rendimentos auferidos, conforme o art. 57 da Lei n. 4.728/65, revogado pelo art. 28, alínea “e”, do Decreto-lei n. 1.338/74.²² A esse respeito, ERASMO VALLADÃO²³ destaca que o ano de 1965 marcou a reforma do mercado de capitais, a partir da qual os fundos em condomínio de títulos ou valores mobiliários passaram a ser regulados pelos arts. 49 e 50 da Lei n. 4.728/65, cuja competência regulatória foi primeiramente outorgada ao CMN e, só com o advento da Resolução CMN n. 1.787/91²⁴ e a confirmação da Lei n. 10.303/01,²⁵ foi outorgada para a CVM.

Em 1967, os Fundos 157 foram criados como fundos fiscais de investimento à disposição de contribuintes que quisessem destinar 10% (pessoas físicas) ou 5% (pessoas jurídicas) do imposto de renda devido a cada exercício para a compra de ações e debêntures conversíveis em ações emitidas por empresas que se comprometessem a aplicar os recursos daí provenientes em capital circulante. Por meio dos Fundos 157, os contribuintes poderiam receber de volta depois de alguns anos o dinheiro que iriam pagar de qualquer maneira para o governo.²⁶ Era uma atração irresistível, tanto que praticamente todos os contribuintes destinaram parte dos seus impostos aos Fundos 157, e muitos deles esqueceram de resgatar os recursos.²⁷ Os Fundos 157 foram criados pelo Decreto-lei n. 157/67,²⁸ entretanto, desde o art. 14 dos Decretos-lei n. 2.064/83²⁹ e n. 2.065/83,³⁰ não são criados novos Fundos 157, nem são realizados novos aportes nos Fundos 157.

Em 1968, foi ordenada a liquidação obrigatória até 31/12/69 de todos os fundos de investimento que funcionassem sob o regime de sociedade em conta de participação,

²¹ BRASIL. **Lei n. 4.728, de 14 de julho de 1965**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14728.htm>. Acesso em: 19 jun. 2022.

²² BRASIL. **Decreto-lei n. 1.338, de 23 de julho de 1974**, *opus citatum*.

²³ VALLADÃO, *opus citatum*.

²⁴ BRASIL. **Resolução CMN n. 1.787, de 01 de fevereiro de 1991**. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/res/1991/pdf/res_1787_v3_L.pdf>. Acesso em: 19 jun. 2022.

²⁵ BRASIL. **Lei n. 10.303, de 31 de outubro de 2001**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110303.htm>. Acesso em: 19 jun. 2022.

²⁶ GRADILONE, Cláudio. **Fundos de investimento 50 anos de história**, *opus citatum*.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ BRASIL. **Decreto-lei n. 157, de 10 de fevereiro de 1967**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/del0157.htm>. Acesso em: 04 fev. 2021.

²⁹ BRASIL. **Decreto-lei n. 2.064, de 19 de outubro de 1983**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/Del2064.htm>. Acesso em: 19 jun. 2022.

³⁰ BRASIL. **Decreto-lei n. 2.065, de 26 de outubro de 1983**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2065.htm>. Acesso em: 19 jun. 2022.

condomínio ou quaisquer outras formas de comunhão de recursos destinados à aplicação em operações de crédito com base em papéis comerciais, tal qual disposto no item IV da Resolução Bacen n. 103/68.³¹ No ano seguinte, foram criados aproximadamente 100 novos fundos de investimento, devido à progressiva liquidação de todos os fundos de investimento até então existentes. Os fundos criados a partir de então adotaram a forma de condomínio, o que exigiu a rápida regulamentação do tema.³²

Em 1970, foi editada a primeira regulamentação dos fundos de investimento, qual seja, a Resolução Bacen n. 145/70.³³ Os fundos eram organizados na forma de condomínio aberto.³⁴ A constituição dependia de prévia autorização pelo Bacen.³⁵ A administração só poderia ser exercida por bancos de investimento, SCFI e sociedades corretoras.³⁶ As cotas deveriam ser avaliadas diariamente.³⁷ A carteira deveria cumprir requisitos de composição e diversificação, tal que no mínimo 60% deveriam ser investidos em ações e debêntures conversíveis em ações, no máximo 40% poderiam ser investidos em títulos de renda fixa, até 10% poderiam ser aplicados em uma única empresa, e era vedada a aplicação em cotas do próprio fundo ou de outro fundo.³⁸ Em que pese sua importância histórica, cumpre consignar que a Resolução CMN n. 145/70 não está mais em vigor, tendo sido revogada pela Resolução CMN n. 961/84.³⁹

Em 1974, o foi confirmada a isenção do imposto de renda sobre os rendimentos auferidos pelos fundos em condomínio de que tratam os arts. 49 e 50 da Lei n. 4.728/65 e pelos Fundos 157 criados pelo Decreto-lei n. 157/67, conforme o ainda vigente art. 18 do Decreto-lei n. 1.338/74.⁴⁰

Durante a década de 70, o Brasil parecia determinado a tirar o atraso de décadas: o dirigismo estatal, o autoritarismo político e o aumento dos gastos públicos forçou o crescimento de dois dígitos do PIB, o controle da inflação e a melhoria do binômio emprego e renda; porém, a falta de regulamentação do mercado, a baixa liquidez dos investimentos, a ausência de

³¹ BRASIL. **Resolução Bacen n. 103, de 10 de dezembro de 1968.** Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/res/1968/pdf/res_0103_v9_1.pdf>. Acesso em: 04 fev. 2021.

³² ALONSO, Félix Ruiz. **Os fundos de investimento. Condomínios mobiliários.** Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo 660 (janeiro 1, 1971): 223-271. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66628/69238>>. Acesso em: 19 jun. 2022.

³³ BRASIL. **Resolução Bacen n. 145, de 14 de abril de 1970.** Disponível em: <<https://www.bcb.gov.br/estabilidade/definancial/exibnormativo?tipo=Resolu%C3%A7%C3%A3o&numero=145>>. Acesso em: 04 fev. 2021.

³⁴ *Ibidem*, p. 1.

³⁵ *Ibidem*, art. 1º.

³⁶ *Ibidem*, art. 4º.

³⁷ *Ibidem*, art. 24.

³⁸ *Ibidem*, art. 30.

³⁹ BRASIL. **Resolução CMN n. 961, de 12 de setembro de 1984.** Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/res/1984/pdf/res_0961_v2_1.pdf>. Acesso em: 19 jun. 2022.

⁴⁰ BRASIL. **Decreto-lei n. 1.338, de 23 de julho de 1974, opus citatum.**

investidores institucionais e a baixa educação financeira de milhares de pessoas físicas desencadearam a corrida por resgates ao primeiro sinal de baixa da bolsa de valores, cuja credibilidade só foi reconquistada na década de 80.⁴¹

Em 1983, foram em grande medida confirmadas as regras de constituição e funcionamento de fundos de investimento, nos termos da Resolução CMN n. 817/83.⁴² Os fundos continuaram a se organizar na forma de condomínio aberto.⁴³ A administração passou a ser exercida somente por bancos de investimento e sociedades corretoras, deixando de ser exercida pelas SCFI.⁴⁴ A carteira sujeitou-se a outros requisitos de composição e diversificação, quais sejam, no máximo 10% (capital votante) ou 20% (capital total) poderiam ser investidos em uma única empresa, no máximo 10% das aplicações poderiam ser destinadas a títulos e valores mobiliários de um mesmo emitente, só seriam admitidas ações e debêntures de companhias abertas, dentre outros requisitos.⁴⁵ Tal qual a Resolução Bacen n. 145/70, a Resolução CMN n. 817/83 foi revogada pela Resolução CMN n. 961/84.⁴⁶

Em 1984, dois tipos de fundos de investimento foram criados: os fundos mútuos de ações e os fundos mútuos de renda fixa, nos termos da Resolução CMN n. 961/84.⁴⁷ Ambos os tipos de fundos tinham a forma de condomínio aberto.⁴⁸ A administração dos fundos era exercida exclusivamente por bancos de investimento, sociedades corretoras ou sociedades distribuidoras.⁴⁹ Os fundos de ações teriam carteira composta em no mínimo 70% por ações não resgatáveis adquiridas em bolsas de valores ou por subscrição, e o remanescente por títulos da dívida pública federal.⁵⁰ Já os fundos de renda fixa teriam carteira composta em no máximo 10% por ações não resgatáveis, no mínimo 30% por LTN, no mínimo 30% por ORTN, no mínimo 30% por debêntures conversíveis em ações, e o remanescente por títulos diversos.⁵¹ Note que a Resolução CMN n. 961/84 foi revogada pela Resolução CMN n. 1.022/85.⁵²

⁴¹ GRADILONE, Cláudio. **Fundos de investimento 50 anos de história**, *opus citatum*, p. 16.

⁴² BRASIL. **Resolução CMN n. 817 de 07 de abril de 1983**. Disponível em: <<https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/exibenormativo?tipo=Resolu%C3%A7%C3%A3o&numero=817>>. Acesso em: 04 fev. 2021.

⁴³ *Ibidem*, p. 1.

⁴⁴ *Ibidem*, art. 6º.

⁴⁵ *Ibidem*, art. 8º.

⁴⁶ BRASIL. **Resolução CMN n. 961, de 12 de setembro de 1984**, *opus citatum*.

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ *Ibidem*, art. 1º.

⁴⁹ *Ibidem*, art. 6º.

⁵⁰ *Ibidem*, art. 8º, inciso I.

⁵¹ *Ibidem*, art. 8º, inciso II.

⁵² BRASIL. **Resolução CMN n. 1.022, de 05 de junho de 1985**. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/res/1985/pdf/res_1022_v2_1.pdf>. Acesso em: 19 jun. 2022.

Em 1985, houve pequenas alterações na administração e nas carteiras dos fundos mútuos de ações e de renda fixa. A administração desses fundos, que era exercida exclusivamente por bancos de investimento, sociedades corretoras ou sociedades distribuidoras, passou a poder ser exercida também por SCFI.⁵³ As carteiras dos fundos de renda fixa, que antes podiam destinar 10% das aplicações para ações não resgatáveis, passaram a ter que destinar o valor total das aplicações para títulos de renda fixa.⁵⁴ Afora isso, os requisitos anteriormente previstos pela Resolução CMN n. 961/84 foram confirmados pela Resolução CMN n. 1.022/85, a qual foi posteriormente revogada pela Resolução CMN n. 1.280/87.⁵⁵

Em 1987, a regulamentação segregou os fundos mútuos de ações e de renda fixa, conforme as Resoluções CMN n. 1.280/87⁵⁶ e n. 1.286/87.⁵⁷ A administração dos fundos de ações era exercida exclusivamente por bancos de investimento, sociedades corretoras ou sociedades distribuidoras,⁵⁸ ao passo que a administração dos fundos de renda fixa poderia também ser exercida por bancos múltiplos e SCFI.⁵⁹ A composição da carteira dos fundos de ações era no mínimo 70% em ações de companhias abertas,⁶⁰ enquanto a composição da carteira dos fundos de renda fixa era de títulos de dívida pública federal, estadual ou municipal, debêntures, LH, dentre outros títulos autorizados pela regulamentação.⁶¹ Quanto aos fundos de ações, a Resolução CMN n. 1.280/87 só foi revogada pela Resolução CMN n. 2.551/98,⁶² a qual inclusive revogou dezenas de outros atos normativos. Já quanto aos fundos de renda fixa, a Resolução CMN n. 1.286/87 foi definitivamente revogada pela Resolução CMN n. 2.183/95.⁶³

Em 1991, o CMN autorizou a CVM a regular os fundos mútuos de ações, ou seja, baixar normas e adotar as medidas que entendesse necessárias relativamente à constituição e ao funcionamento desses fundos, nos termos da Resolução CMN n. 1.787/91.⁶⁴

⁵³ *Ibidem*, art. 7º.

⁵⁴ *Ibidem*, art. 11.

⁵⁵ BRASIL. **Resolução CMN n. 1.280, de 20 de março de 1987**. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/res/1987/pdf/res_1280_v7_L.pdf>. Acesso em: 05 fev. 2021.

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ BRASIL. **Resolução CMN n. 1.286, de 20 de março de 1987**. Disponível em: <https://normativos.bcb.gov.br/Lists/Normativos/Attachments/42602/Res_1286_v7_P.pdf>. Acesso em: 05 fev. 2021.

⁵⁸ BRASIL. **Resolução CMN n. 1.280, de 20 de março de 1987**, *opus citatum*, art. 5º.

⁵⁹ BRASIL. **Resolução CMN n. 1.286, de 20 de março de 1987**, *opus citatum*, art. 4º.

⁶⁰ BRASIL. **Resolução CMN n. 1.280, de 20 de março de 1987**, *opus citatum*, art. 17.

⁶¹ BRASIL. **Resolução CMN n. 1.286, de 20 de março de 1987**, *opus citatum*, art. 10.

⁶² BRASIL. **Resolução CMN n. 2.551, de 24 de setembro de 1998**. Disponível em: <https://normativos.bcb.gov.br/Lists/Normativos/Attachments/45277/Res_2551_v2_L.pdf>. Acesso em: 19 jun. 2022.

⁶³ BRASIL. **Resolução CMN n. 2.183, de 21 de julho de 1995**. Disponível em: <https://normativos.bcb.gov.br/Lists/Normativos/Attachments/46147/Res_2183_v4_P.pdf>. Acesso em: 19 jun. 2022.

⁶⁴ BRASIL. **Resolução CMN n. 1.787, de 1º de fevereiro de 1991**. Disponível em: <<https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/exibenormativo?tipo=Resolu%C3%A7%C3%A3o&numero=1787>>. Acesso em: 05 fev. 2021.

Portanto, muito antes da instituição do FII, a forma condominial supera a forma societária quando se trata da organização dos fundos de investimento no Brasil. A partir dos atos normativos editados anteriormente pelo CMN e atualmente pela CVM, é correto afirmar que mesmo os fundos criados antes dos FII já adotavam a forma condominial. Comparativamente, as sociedades não personificadas eram vistas com insegurança pelos investidores, e as companhias eram inflexíveis porque impunham barreiras às chamadas de capital, demandando um processo geralmente mais complexo e demorado de deliberação pela assembleia ou pelo conselho de administração.

Na década de 90, a estabilização da economia brasileira impulsionou o mercado dos fundos de investimento, que passaram a concentrar patrimônio superior às tradicionais aplicações na poupança e em CDB, tendo desde então se consolidado como o principal instrumento de captação da poupança nacional. Foi nesse contexto que surgiram os FII.⁶⁵

2.1.2 A origem normativa dos FII

A **Exposição de Motivos n. 532/91** revelou os fundamentos do Ministério da Economia, da Fazenda e do Planejamento para a criação dos FII.⁶⁶ Primeiramente, a experiência exitosa de outros países com fundos de investimento destinados à aplicação em imóveis e em empreendimentos imobiliários foi um fator que motivou a criação dos FII.⁶⁷ Em segundo lugar, a destinação de recursos para o setor da construção civil era vista como meio eficiente de incremento da economia nacional, pois geraria empregos e estimularia a produção nacional de insumos.⁶⁸ Em terceiro lugar, a captação de recursos externos reduziria a necessidade de recursos públicos para o setor da construção civil.⁶⁹ Em quarto lugar, os recursos de caráter permanente e de prazos mais longos viabilizariam a implantação de empreendimentos de maturação mais lenta, tais como prédios comerciais, *shopping centers*, hotéis, conjuntos

⁶⁵ ARRAES, Ronaldo A.; OLIVEIRA, Sérgio Luiz C. de. **Fundos de investimento e dívida pública brasileira no período pós-real**. In. Planejamento e Política Pública, n. 30, 2009, p. 101. Disponível em: <<https://www.ipea.gov.br/ppp/index.php/PPP/article/viewFile/37/37>>. Acesso em: 12 out. 2020.

⁶⁶ BRASIL. **Exposição de Motivos n. 532, 04 de novembro de 1991**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node01ka234prxyu21kxxikm7vixo17530268.node0?codteor=1139600&filename=Dossie+-PL+2204/1991>. Acesso em: 06 fev. 2021.

⁶⁷ *Ibidem*, item 2.

⁶⁸ *Ibidem*, item 3.

⁶⁹ *Ibidem*, item 11.

residenciais destinados à locação ou à revenda, portos, aeroportos, edifícios-garagem, silos, dentre outros.⁷⁰

O **Projeto de Lei n. 2.204/91** propôs a criação dos FII no Brasil.⁷¹ A proposta partiu do então Presidente da República Fernando Collor de Mello. Desde então, algumas características dos FII foram mantidas e outras foram revogadas.

Dentre as características presentes nos FII desde o Projeto de Lei n. 2.204/91, destacam-se: a organização sob a forma de comunhão de recursos;⁷² o objetivo de aplicação em imóveis e empreendimentos imobiliários em geral;⁷³ a vedação de que recursos captados no Brasil sejam aplicados no exterior;⁷⁴ a ausência de personalidade jurídica;⁷⁵ e a isenção de IR sobre os rendimentos e os ganhos de capital auferidos pelos FII.⁷⁶

Outras características estavam presentes no Projeto de Lei n. 2.204/91, mas foram revogadas, a saber: a possibilidade de o FII ser um fundo aberto;⁷⁷ a isenção de IOF sobre os rendimentos e os ganhos de capital auferidos pelos FII;⁷⁸ a incidência de 25% de IRRF sobre os rendimentos e os ganhos de capital distribuídos pelos FII;⁷⁹ a incidência de IR à mesma alíquota prevista para fundos mútuos de ações sobre o rendimento auferido na alienação ou no resgate de cotas do FII;⁸⁰ o imposto ser devido exclusivamente na fonte pelas pessoas jurídicas não tributadas com base no Lucro Real;⁸¹ e ser vedada a compensação do prejuízo havido em cessão ou em resgate de cotas com lucro obtido em outra operação da mesma ou de diferente espécie.⁸²

O **Projeto de Lei n. 2.204-A/91**, substitutivo da Câmara dos Deputados, resultou da inclusão de 26 emendas.⁸³ Essas emendas foram apresentadas por oito Deputados Federais, no âmbito da Comissão de Viação e Transporte, Desenvolvimento Urbano e Interior, no período de 18/05/92 até 25/05/92.

⁷⁰ *Ibidem*, item 11.

⁷¹ BRASIL. **Projeto de Lei n. 2.204, de 28 de novembro de 1991**. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=200935>>. Acesso em: 06 fev. 2021.

⁷² *Ibidem*, art. 1º.

⁷³ *Ibidem*, art. 1º.

⁷⁴ *Ibidem*, art. 8º, inciso III.

⁷⁵ *Ibidem*, art. 1º.

⁷⁶ *Ibidem*, art. 12.

⁷⁷ *Ibidem*, art. 1º, parágrafo único.

⁷⁸ *Ibidem*, art. 12.

⁷⁹ *Ibidem*, art. 13.

⁸⁰ *Ibidem*, art. 14.

⁸¹ *Ibidem*, art. 14.

⁸² *Ibidem*, art. 14, §3º.

⁸³ BRASIL. **Projeto de Lei n. 2.204-A, de 12 de agosto de 1992**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node01ka234prxyu21kxxikm7vixo17530268.node0?codteor=1139600&filename=Dossie+-PL+2204/1991>. Acesso em: 19 jun. 2022.

O **Deputado Mussa Demes**, do Partido da Frente Liberal, atual Democratas, propôs três emendas.⁸⁴ A primeira emenda consistia na revogação da forma de condomínio aberto, a fim de reduzir o risco do investimento em FII. A segunda emenda possibilitava que o FII fosse administrado por banco múltiplo com carteira de crédito imobiliário e por sociedade de crédito imobiliário. A terceira emenda esclarecia que o FII não deteria a propriedade dos imóveis antes da administradora e, por conseguinte, não teria a obrigação de conferir os imóveis à administradora – afinal, o FII não poderia adquirir os imóveis por não ter personalidade jurídica, tal que a administradora deveria adquirir diretamente a propriedade fiduciária dos imóveis em nome do FII. Apenas a última emenda não foi incluída no projeto substitutivo.

O **Deputado Adylson Motta**, do extinto Partido Democrático Social, propôs duas emendas.⁸⁵ A primeira emenda responsabilizava pessoalmente a administradora pela evicção de direito na alienação de imóveis pelo FII, ainda que não houvesse liquidação do FII. A segunda emenda previa que, embora fosse vedada a venda à prestação das cotas do FII, era permitida a captação parcelada dos recursos necessários ao desenvolvimento dos empreendimentos imobiliários, em “*tranches*” de financiamento, que seriam liberadas de acordo com o cronograma físico e financeiro da obra, o que permitiria à administradora “*casar*” os custos da obra e as receitas do FII. Ambas essas emendas foram incorporadas no projeto substitutivo.

O **Deputado Paulino Cícero de Vasconcelos**, do Partido da Social Democracia Brasileira, apresentou cinco emendas.⁸⁶ A primeira emenda previa que todos os bens e direitos integrantes do patrimônio do FII, assim como seus frutos e rendimentos, não se comunicariam com o patrimônio da administradora, consoante o tratamento que se verificava nos demais fundos de investimento existentes, tal que essa incomunicabilidade não estava restrita aos imóveis. A segunda emenda deixava claro que o FII não respondia direta ou indiretamente por qualquer obrigação da administradora, sendo o termo “*obrigação*” tecnicamente mais preciso do que o termo “*passivo*”, abrangendo obrigações não contabilizadas. A terceira emenda esclarecia que os bens e direitos do FII não compunham os bens e direitos da administradora para liquidação judicial ou extrajudicial. A quarta emenda exigia que as restrições impostas aos bens e direitos mantidos sob propriedade fiduciária da administradora constassem do título aquisitivo da propriedade, juntamente com o destaque de que o bem constituía patrimônio do

⁸⁴ *Ibidem*, pp. 27-30; 79-82.

⁸⁵ *Ibidem*, pp. 31-34.

⁸⁶ *Ibidem*, pp. 35-42; 75-78.

FII, sob pena de o oficial do registro de imóveis não poder processar as averbações. A quinta emenda esclarecia que a administradora não precisava convocar assembleia a cada negociação de imóvel, mas deveria agir conforme os interesses dos cotistas constantes do regulamento. Todas essas emendas foram incluídas no projeto substitutivo.

O **Deputado Manoel Castro**, do Partido da Frente Liberal, atual Democratas, foi o autor de três emendas.⁸⁷ A primeira emenda excluía as menções ao resgate de cotas, que passava a ser inadmissível e substituído pela liquidação dos FII. A segunda emenda dava à CVM competência para disciplinar e fiscalizar os FII. A terceira emenda reconhecia a isenção de IR em caso de conversão das cotas em imóvel, o que equivaleria à permuta de cotas por imóvel e permitiria diferir a tributação do ganho para o momento em que o cotista alienasse o imóvel adquirido. Apenas essa última emenda não foi incluída no projeto substitutivo.

O **Deputado Francisco Dornelles**, do Partido da Frente Liberal, atual Democratas, propôs cinco emendas.⁸⁸ A primeira emenda substituía a transcrição da escritura de aquisição pelo registro. A segunda emenda dispensava a administradora de apresentar certidão negativa de débitos previdenciários quando alienasse imóveis do “*patrimônio separado*” pertencente ao FII. A terceira emenda exigia que o regulamento dispusesse sobre a possibilidade, ou não, de o cotista converter as cotas em imóvel integrante do patrimônio do FII, a fim de possibilitar a constituição de FII habitacional (destinado à produção e à comercialização de imóveis residenciais) e de FII de desenvolvimento nacional (destinado ao assentamento humano). A quarta emenda propunha que as informações deveriam ser divulgadas aos cotistas nos prazos fixados pela CVM, pois a periodicidade trimestral prejudicaria o direito dos cotistas ao acesso mensal a fatos importantes para o controle de seus investimentos e poderia prejudicar o próprio FII. A quinta emenda previa que, no caso de a administradora renunciar, ser descredenciada pela CVM, ser destituída pela assembleia ou entrar em liquidação extrajudicial ou judicial, a ata da assembleia que elegeisse nova administradora seria documento hábil para a averbação da sucessão da propriedade fiduciária dos imóveis integrantes do patrimônio do FII. Apenas a terceira emenda não foi incluída no projeto substitutivo.

O **Deputado Cardoso Alves**, do Partido Trabalhista Brasileiro, foi o autor de quatro emendas.⁸⁹ A primeira emenda buscava a substituição do índice referencial para o cálculo do rendimento auferido pelo cotista na alienação ou no resgate de cotas do FII. A segunda emenda

⁸⁷ *Ibidem*, pp. 43-46; 71-74.

⁸⁸ *Ibidem*, pp. 47-54; 65-70.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 55-62.

propunha a exclusão das menções ao resgate de cotas em virtude da exclusão da forma de condomínio aberto para o FII. A terceira emenda previa que o cotista que não integralizasse as cotas subscritas ficava de pleno direito constituído em mora, e a administradora poderia executar cobrança extrajudicial do boletim de subscrição ou vender as cotas para terceiros. A quarta emenda promovia nova exclusão das menções ao resgate de cotas em virtude da exclusão da forma de condomínio aberto para o FII. Essas quatro emendas foram incorporadas no projeto substitutivo.

O **Deputado Paulo Romano**, do Partido da Frente Liberal, atual Democratas, apresentou uma emenda.⁹⁰ Essa única emenda visava a esclarecer que a administradora poderia adquirir imóveis em construção, antecipando parte do preço, sem que isso configurasse adiantamento de rendas futuras aos cotistas. Essa emenda foi incluída no projeto substitutivo.

O **Deputado Ricardo Moraes**, do Partido dos Trabalhadores, foi o autor de três emendas.⁹¹ A primeira emenda vedava ao FII a captação de recursos decorrentes de relações de trabalho. A segunda emenda atribuía o controle e a fiscalização do FII ao Ministério da Economia, ao Bacen, às centrais sindicais dos trabalhadores, aos cotistas e a outros órgãos. A terceira emenda tornava obrigatória a publicação mensal pelas administradoras dos FII de balanço contábil, demonstrativo de captações e aplicações, inclusive com a discriminação por operação efetuada. Nenhuma dessas emendas foi incluída no projeto substitutivo.

O **Projeto de Lei n. 2.204-B/91**, substitutivo da Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei n. 2.204-A/91, resultou da retirada de algumas poucas emendas.⁹² Conforme acima referido, foram retiradas uma emenda do Deputado Mussa Demes, uma emenda do Deputado Manoel Castro, uma emenda do Deputado Francisco Dornelles e as três emendas do Deputado Ricardo Moraes. O novo texto seguiu para o Senado Federal em 12/08/92.

O **Projeto de Lei n. 2.204-C/91**, substitutivo do Senado Federal ao Projeto de Lei n. 2.204-B/91, resultou de alterações pontuais.⁹³ Dentre as alterações, cumpre destacar a exigência de maior transparência na definição da política de investimentos, a faculdade de o cotista converter suas cotas em imóvel integrante do patrimônio do FII, a obrigatoriedade de publicação periódica das demonstrações financeiras, a melhor explicitação da separação entre o patrimônio do FII e o da administradora, bem como a responsabilização dos administradores por atos de má gestão. O novo texto retornou para a Câmara em 26/01/93.

⁹⁰ *Ibidem*, pp. 63-64.

⁹¹ *Ibidem*, pp. 83-85.

⁹² *Ibidem*, pp. 213-216.

⁹³ *Ibidem*, pp. 247-261.

O **Projeto de Lei n. 2.204-D/91**, substitutivo da Câmara ao Projeto de Lei n. 2.204-C/91, resultou de novas alterações feitas pelo plenário da Câmara.⁹⁴ A título de exemplo, foi rejeitada a faculdade de conversão das cotas em imóvel integrante do FII, sob pena de ensejar a formação de contratos “*casados*” de pagamentos parcelados vinculados ao recebimento de imóveis. Ainda, foi rejeitada a previsão legal do prazo para publicação das demonstrações financeiras, por se tratar de matéria de cunho regulamentar. A redação final foi enviada para sanção presidencial em 27/05/93.

A **Lei n. 8.668/93** foi publicada em 28/06/93, criando o FII.⁹⁵

As **Instruções CVM n. 205/94**⁹⁶ e **n. 206/94**⁹⁷ foram os diplomas que primeiramente regularam a constituição, o funcionamento, a administração e as demonstrações financeiras dos FII, tendo sido revogadas pelas atuais **Instruções CVM n. 472/08**⁹⁸ e **n. 516/11**.⁹⁹

A **Instrução CVM n. 577/16**¹⁰⁰ contém o Plano Contábil dos Fundos de Investimento, também denominado COFI. Seu objetivo é uniformizar os registros contábeis, a fim de que expressem a real situação econômico-financeira dos fundos de investimento com fidedignidade e clareza. Seu uso é obrigatório para os fundos de investimento regidos pela Instrução CVM n. 555/14,¹⁰¹ ou seja, aplica-se para todo e qualquer fundo de investimento registrado junto à CVM. Por conseguinte, entende-se que o COFI é aplicável aos FII. Não se desconhece que, no passado, EDGARD NOGUEIRA JUNIOR¹⁰² afirmou ser o COFI inaplicável aos FII. No entanto, essa afirmação deve ser entendida no seu contexto, qual seja, o ano de 2008, anterior à Instrução CVM n. 577/16, ainda sob a vigência da Instrução CVM n. 438/06,¹⁰³ a qual previa a

⁹⁴ *Ibidem*, pp. 414-418.

⁹⁵ BRASIL. **Lei n. 8.668, de 25 de junho de 1993**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18668.htm>. Acesso em: 19 jun. 2022.

⁹⁶ BRASIL. **Instrução CVM n. 205, de 14 de janeiro de 1994**. Disponível em: <<http://conteudo.cvm.gov.br/legislacao/instrucoes/inst205.html>>. Acesso em: 05 fev. 2021.

⁹⁷ BRASIL. **Instrução CVM n. 206, de 14 de janeiro de 1994**. Disponível em: <<http://conteudo.cvm.gov.br/legislacao/instrucoes/inst206.html>>. Acesso em: 05 fev. 2021.

⁹⁸ BRASIL. **Instrução CVM n. 472, de 31 de outubro de 2008**. Disponível em: <<http://conteudo.cvm.gov.br/legislacao/instrucoes/inst472.html>>. Acesso em: 05 fev. 2021.

⁹⁹ BRASIL. **Instrução CVM n. 516, de 29 de dezembro de 2011**. Disponível em: <<http://conteudo.cvm.gov.br/legislacao/instrucoes/inst516.html>>. Acesso em: 05 fev. 2021.

¹⁰⁰ BRASIL. **Instrução CVM n. 577, de 07 de julho de 2016**. Disponível em: <<https://conteudo.cvm.gov.br/legislacao/instrucoes/inst577.html>>. Acesso em: 20 jun. 2022.

¹⁰¹ BRASIL. **Instrução CVM n. 555, de 17 de dezembro de 2014**. Disponível em: <<https://conteudo.cvm.gov.br/legislacao/instrucoes/inst555.html>>. Acesso em: 20 jun. 2022.

¹⁰² NOGUEIRA JUNIOR, Edgard. **Fundos de investimento imobiliário: uma contribuição ao estudo das práticas contábeis adotadas no Brasil**. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo: 2008, pp. 6-7. Disponível em: <<https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/1693/1/Edgard%20Nogueira%20Junior.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2022.

¹⁰³ BRASIL. **Instrução CVM n. 438, de 12 de julho de 2006**. Disponível em: <<https://conteudo.cvm.gov.br/legislacao/instrucoes/inst438.html>>. Acesso em: 20 jun. 2022.

aplicação do COFI aos fundos de investimento regidos pela Instrução CVM n. 409/04,¹⁰⁴ que por sua vez expressamente excluía da sua disciplina os FII. Portanto, dada a atualização regulatória, outra conclusão se impõe: o COFI é aplicável aos FII.

Essa sucessão de atos revela que, desde a redação original do Projeto de Lei n. 2.204/91, os FII seguem a tradição dos demais fundos de investimento, seja porque são organizados sob a forma de condomínio, seja porque os rendimentos e os ganhos de capital das carteiras são isentos de IR.

2.1.3 A qualificação jurídica dos FII

Os fundos de investimento em geral e os FII em especial reúnem elementos típicos de dois institutos conhecidos do Direito Civil: condomínio e sociedade.¹⁰⁵ Diante disso, qual seria a qualificação jurídica mais adequada?

A **qualificação como condomínio** é imperfeita, afinal, como poderiam os fundos de investimento em geral e os FII em especial ter natureza jurídica de condomínio se os cotistas não têm direitos reais sobre o patrimônio do fundo?

Respondendo a essa pergunta, RUY CIRNE LIMA¹⁰⁶ verificou que na liquidação dos fundos de investimento em geral surgiria o direito de os investidores partilharem o patrimônio do fundo, o que caracterizaria o condomínio (*spes condominii*). Na mesma esteira, FÉLIX RUIZ ALONSO¹⁰⁷ notou que desde 1959 o legislador vinha se referindo aos fundos de investimento como se fossem condomínios, com isso promovendo um alargamento do instituto do condomínio civil até então conhecido, razão por que, não se podendo cogitar que a lei estivesse eivada de impropriedades, restaria concluir que o legislador estaria revelando traços novos para o condomínio, traços só parcialmente coincidentes com os do condomínio civil tradicional.

¹⁰⁴ BRASIL. **Instrução CVM n. 409, de 18 de agosto de 2004**. Disponível em: <<https://conteudo.cvm.gov.br/legislacao/instrucoes/inst409.html>>. Acesso em: 20 jun. 2022.

¹⁰⁵ BRASIL. **Exposição de Motivos n. 532, 04 de novembro de 1991**, *opus citatum*, item 7.

¹⁰⁶ LIMA, Ruy Cirne. **Trust and agency – Estudo apresentado em Symposium sobre Direito e Governo Brasileiros na Faculdade de Direito de Myami**, *apud* ALONSO, Félix Ruiz. **Os fundos de investimento**. In. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 1, ano X, 1971, p. 72 e ss.

¹⁰⁷ ALONSO, Félix Ruiz. **Os fundos de investimento**. In. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 1, ano X, 1971, p. 71 e ss.

Nesse sentido, FÁBIO KONDER COMPARATO¹⁰⁸ concluiu que os fundos de investimento seriam condomínios especiais, isto é, teriam natureza condominial a despeito de os cotistas não poderem pedir a divisão dos bens integrantes da carteira dos fundos, estando restritos ao direito de resgatar uma quantia de dinheiro equivalente à sua participação no patrimônio do fundo. Na mesma toada, FERNANDO SCHWARZ GAGGINI¹⁰⁹ sustentou a criação de um condomínio especial ou *sui generis*, a fim de que a forma condominial dos fundos de investimento superasse as críticas, tanto sobre a falta de influência dos cotistas na administração do patrimônio do fundo, quanto sobre a impossibilidade de os cotistas requererem a dissolução da comunhão e a divisão dos bens e dos direitos do fundo.

Ainda, LUIS FELIPE DE CARVALHO PINTO¹¹⁰ endossou que os fundos de investimento seriam condomínios *sui generis*, assim entendidos como um instituto intermediário entre a sociedade e a comunhão, uma vez que os cotistas teriam copropriedade do fundo cujo patrimônio seria indivisível e destinado a uma finalidade, tal como no instituto do Direito alemão denominado *Gesamthand* e traduzido livremente como “*mão comum*”. Além disso, tratando dos FII em especial, ARNOLDO WALD¹¹¹ entendeu que os FII seriam condomínios de natureza especialíssima, tendo capacidade para praticar os atos da vida comercial, inclusive contrair direitos e obrigações, embora precisassem ser representados pelos seu administradores.

A partir da análise desses excertos, conclui-se que esses autores reconheciam a dificuldade em simplesmente transpor o instituto do condomínio tradicional para os fundos de investimento em geral e os FII em especial – afinal, ORLANDO GOMES¹¹² nos ensinou que o condomínio é a coexistência simultânea/concorrente de vários proprietários sobre a mesma coisa, porém, os cotistas não seriam coproprietários dos ativos dos fundos de investimento ou FII. A solução comum dos autores para resolver o impasse foi a qualificação como condomínio especial ou *sui generis*, no qual prevaleceriam as características típicas do condomínio tradicional, sem ignorar a coexistência das características típicas da sociedade, da comunhão e da propriedade fiduciária.

¹⁰⁸ COMPARATO, Fábio Konder. **Novos ensaios e pareceres de Direito Empresarial**. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 162.

¹⁰⁹ GAGGINI, Fernando Schwarz. **Fundos de investimento no direito brasileiro**. São Paulo: Leud, 2001, p. 47.

¹¹⁰ PINTO, Luis Felipe de Carvalho. **Natureza jurídica dos fundos de investimento**. Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo: 2002, p. 100.

¹¹¹ WALD, Arnaldo. **A natureza jurídica do fundo imobiliário**. In. Revista Forense. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1990, jan/mar, v. 86, n. 309, p. 9-14.

¹¹² GOMES, Orlando. **Direitos reais**. Rio de Janeiro: Forense, 19ª ed., 2007, p. 240 e ss.

A **qualificação como sociedades** tomava por premissa a suposta impossibilidade da qualificação como condomínios. No entanto, estariam presentes nos fundos de investimento em geral e nos FII em especial os elementos típicos das sociedades?

Em resposta a essa questão, OSCAR BARRETO FILHO¹¹³ afirmou que os fundos de investimento (*investment trusts*) teriam natureza jurídica de sociedades, pois os cotistas teriam a intenção de congregar recursos para a aquisição e a gestão de uma carteira de valores mobiliários, cujos lucros seriam partilhados entre si (*affectio societatis*). De igual modo, PEDRO ELIAS AVVAD¹¹⁴ distinguiu a propriedade (gênero das coisas corpóreas e incorpóreas) e o domínio (espécie das coisas corpóreas) e, com base nessa distinção, defendeu que o condomínio seria o exercício do direito dominial restrito às coisas corpóreas, o que tornaria inviável qualificar como condomínio os direitos incorpóreos dos cotistas dos fundos de investimento.

Em dissertação contundente, NICOLE MATTAR HADDAD TERPINS¹¹⁵ escreveu que o condomínio pertence ao Direito das Coisas e, por isso, o condomínio não poderia ter por objeto outros direitos que não aqueles compreendidos no rol taxativo de direitos reais do art. 1.225 da Lei n. 10.406/02¹¹⁶ (Código Civil de 2002), a saber: **a**) propriedade; **b**) superfície; **c**) servidões; **d**) usufruto; **e**) uso; **f**) habitação; **g**) direito do promitente comprador do imóvel; **h**) penhor; **i**) hipoteca; **j**) anticrese; **k**) concessão de uso especial para fins de moradia; **l**) concessão de direito real de uso; e **m**) laje. Para a autora,¹¹⁷ como os cotistas não têm qualquer direito real sobre o patrimônio dos fundos de investimento, detendo apenas direitos pessoais representados por suas cotas, haveria entraves civilistas a aceitar que os fundos de investimento tivessem natureza jurídica de condomínio.

A autora¹¹⁸ negou a existência de condomínio por ocasião da criação ou liquidação do fundo, pois os cotistas transfeririam bens para o administrador via subscrição e integralização das cotas dos fundos, e os cotistas receberiam bens do administrador no exato momento em que as cotas fossem canceladas, não havendo interregno a justificar a qualificação transitória dos

¹¹³ BARRETO FILHO, Oscar. **Regime jurídico das sociedades de investimento (“investment trusts”)**. São Paulo: Max Limonad, 1956, p. 195.

¹¹⁴ AVVAD, Pedro Elias. **Direito imobiliário – Teoria Geral dos Negócios Imobiliários**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 113.

¹¹⁵ TERPINS, Nicole Mattar Haddad. **A natureza jurídica dos fundos de investimento imobiliário**. Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2013, p. 94.

¹¹⁶ BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 19 jun. 2022.

¹¹⁷ TERPINS, Nicole Mattar Haddad. **A natureza jurídica dos fundos de investimento imobiliário, opus citatum**, p. 118.

¹¹⁸ *Ibidem*, pp. 119-120.

fundos de investimento como condomínios. Ainda para a autora,¹¹⁹ a existência de um patrimônio separado pelo regime de afetação, limitando a responsabilidade dos cotistas à integralização das cotas do fundo, reforçaria o argumento de que o fundo teria natureza jurídica de sociedade, posto que se tivesse natureza de condomínio os cotistas teriam responsabilidade ilimitada. Segundo a autora,¹²⁰ o Direito alemão só conhece sociedades personificadas, sendo por isso lá justificável a criação de um instituto intermediário entre a sociedade e a comunhão, denominado *Gesamthand*, para a qualificação jurídica dos fundos de investimento; no entanto, o Direito brasileiro conhece sociedades sem personalidade jurídica, não havendo razão para criar aqui um novo condomínio, pois bastaria qualificar os fundos de investimento como sociedades.

A qualificação dos FII como sociedades foi defendida por RACHEL SZTAJN,¹²¹ para quem os FII seriam semelhantes a sociedades por ações em matéria de conflito de interesses, responsabilidade dos administradores, exercício do direito a voto, avaliação dos ativos para a integralização ao capital subscrito, elaboração e divulgação das demonstrações financeiras, dentre outros. Na mesma linha, MARIA ISABEL DO PRADO BOCATER¹²² comentou que os FII têm características mais próximas às de sociedades anônimas do que propriamente de fundos de investimento.

Esses autores distinguem as sociedades e os condomínios e, com base nessa distinção, concluem que a qualificação mais adequada para os fundos de investimento em geral e os FII em especial é de sociedades. De um lado, a distinção entre sociedades e condomínios encontra suporte no magistério de grandes civilistas: WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO¹²³ ensinou que a sociedade é uma relação jurídica de natureza pessoal, enquanto o condomínio é uma relação jurídica de natureza real; ERASMO VALLADÃO AZEVEDO E NOVAES FRANÇA¹²⁴ defendeu que na sociedade os bens ostentam uma condição instrumental para a consecução da atividade lucrativa, ao passo que no condomínio toda atividade é exercida para

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 127.

¹²⁰ *Ibidem*, p. 86.

¹²¹ SZTAJN, Rachel. **Quotas de fundos imobiliários: novo valor mobiliário**. In: Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. São Paulo: jan/mar 1994, v. 33, pp. 104-108.

¹²² BRASIL. **Ata da Reunião do Colegiado da CVM n. 22, de 08 de setembro de 1993**. Disponível em: <http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/publicacao/decisoaes_antigas/anexos/decisoaes-1993.pdf>. Acesso em: 08 dez. 2020.

¹²³ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 23ª ed., 1984, p. 208.

¹²⁴ FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. **Temas de Direito Societário, Falimentar e teoria da empresa: a natureza jurídica dos fundos de investimento. Conflito apurado pela própria assembleia de quotistas. Quorum qualificado para destituição do administrador do fundo**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 189.

a fruição dos bens; e TULLIO ASCARELLI¹²⁵ endossou posição similar, vendo no condomínio uma situação estática dos bens utilizados pelo próprios condôminos, e na sociedade uma organização dinâmica dos bens utilizados em operações com terceiros. De outro lado, a conclusão de que os fundos de investimento em geral e os FII em especial deveriam ser qualificados como sociedades ignora a realidade desses veículos de investimento, que não reúnem pessoas para a consecução de uma atividade, mas que reúne recursos para a fruição econômica.

O legislador desempenhou um papel importante na pacificação desse debate doutrinário acerca da adequada qualificação jurídica dos fundos de investimento em geral e dos FII. Em 1993, o legislador positivou que os FII seriam constituídos “*sob a forma de condomínio fechado*”, conforme o art. 2º da Lei n. 8.668/93. Além disso, em 2019, o legislador previu que “*o fundo de investimento é uma comunhão de recursos, constituído sob a forma de condomínio de natureza especial, destinado à aplicação em ativos financeiros, bens e direitos de qualquer natureza*”, a teor do art. 1.368-C da Lei n. 10.406/02 (Código Civil de 2002),¹²⁶ introduzido pela Lei n. 13.874/19 (Lei da Liberdade Econômica).¹²⁷ Em outras palavras, o legislador esclareceu que os fundos de investimento em geral são condomínios, tal como os FII.

Entende-se que o legislador acertou. No Brasil, os fundos de investimento são historicamente qualificados como condomínios. A natureza condominial acompanha os fundos de investimento desde seus primórdios (Fundo Crescincos instituído em 1957) até as mais recentes regulamentações (Lei da Liberdade Econômica em 2019). Qualquer mudança nessa tradição precisaria ser muito bem justificada, sob pena de ser reputada assistemática.

De um lado, a ausência de personalidade dos fundos de investimento não é um fator determinante para sua qualificação como condomínios, pois o ordenamento jurídico brasileiro conhece sociedades despersonalizadas, tais como as SCP. De outro lado, a impossibilidade de o cotista exercer qualquer direito real sobre os bens e direitos integrantes do patrimônio do FII e, adicionalmente, a ausência de responsabilidade pessoal do cotista por qualquer obrigação legal ou contratual do administrador ou relativa aos imóveis integrantes do FII não implicam necessariamente a qualificação dos fundos de investimento como sociedades.

¹²⁵ ASCARELLI, Túlio. **Problemas das sociedades anônimas e direito comparado**. São Paulo: Saraiva, 2ª ed., 1969, p. 400.

¹²⁶ BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**, *opus citatum*.

¹²⁷ BRASIL. **Lei n. 13.874, de 20 de setembro de 2019**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13874.htm#art7>. Acesso em: 19 jun. 2022.

Se nos fundos de investimento prevalecesse a reunião de pessoas para o desempenho de uma atividade comum, seria defensável a qualificação como sociedade, assim entendido o contrato celebrado entre pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens e serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha dos resultados entre si, conforme o art. 981 do Código Civil de 2002. No entanto, nos fundos de investimento prevalece a comunhão de recursos com o fito de auferir rendimentos/ganhos, fato que aproxima os fundos de investimento dos condomínios, cujos condôminos usam da coisa, conforme o art. 1.314 do Código Civil de 2002.

2.2 A tributação do investimento em FII

Cinco eventos podem ensejar a tributação do investimento em FII: *a*) rendimentos e ganhos auferidos pela carteira do FII; *b*) lucros distribuídos semestralmente pelo FII; *c*) rendimentos auferidos pelo cotista no resgate ou na amortização de cotas junto ao FII; *d*) ganhos auferidos pelo cotista na alienação de cotas do FII para terceiros; e *e*) operações realizadas por investidores não residentes. A seguir, apresenta-se o tratamento tributário desses eventos, comparando-se criticamente o FII com outros fundos de investimento.

2.2.1 Rendimentos e ganhos auferidos pela carteira do FII

O tratamento tributário da carteira do FII é dado por uma regra e duas exceções. A regra é a isenção de IR sobre os rendimentos e os ganhos de capital auferidos pelo FII, conforme o art. 16 da Lei n. 8.668/93.¹²⁸ A primeira exceção consiste na incidência de IRRF sobre os rendimentos e ganhos líquidos auferidos pelo FII em aplicações financeiras de renda fixa ou de renda variável, exceto em LH, CRI, LCI e cotas de FII admitidas à negociação exclusivamente em bolsas de valores ou no mercado de balcão organizado, nos termos do art. 16-A, caput e §1º, da Lei n. 8.668/93¹²⁹ combinado com os ativos de que tratam os incisos II e III do art. 3º da Lei n. 11.033/04.¹³⁰ A segunda exceção é a tributação dos FII como se fossem pessoas jurídicas,

¹²⁸ BRASIL. **Lei n. 8.668, de 25 de junho de 1993**, *opus citatum*, art. 16.

¹²⁹ *Ibidem*, art. 16-A, caput e §1º.

¹³⁰ BRASIL. **Lei n. 11.033, de 21 de dezembro de 2004**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2004/lei/111033.htm>. Acesso em: 21 jun. 2022.

sempre que o FII aplicar recursos em empreendimento imobiliário que tenha como incorporador, construtor ou sócio, cotista que possua, isoladamente ou com pessoa ligada, mais de 25% das cotas do FII, nos termos do art. 2º da Lei n. 9.779/99.¹³¹

No contexto da reforma tributária, o Poder Executivo apresentou o Projeto de Lei n. 2.337/21.¹³² Na parte atinente aos FII, o projeto dispensava a retenção do IRRF sobre os rendimentos e os ganhos líquidos ou de capital auferidos pelas carteiras dos FII,¹³³ ao mesmo tempo em que o projeto tornava inaplicáveis aos FII o art. 16 e o art. 16-A da Lei n. 8.668/93.¹³⁴ A Câmara dos Deputados suprimiu essa parte atinente aos FII, que, por isso, não consta do projeto remetido ao Senado Federal.¹³⁵ Entende-se que o legislador acertou ao proceder com a supressão dessa parte atinente aos FII, pois os rendimentos e os ganhos de capital auferidos pelas carteiras dos FII são tradicionalmente isentos de IR por força do art. 16 da Lei n. 8.668/93. Essa isenção de IR será detalhada no **capítulo 4 sobre *fund of funds* ou FoF de FII**.

Comparativamente, a carteira dos demais fundos de investimento é isenta de IR sobre rendimentos e ganhos. Vários dispositivos legais e infralegais dão suporte a essa isenção. Por exemplo, de acordo com os arts. 68 e 73 da Lei n. 8.981/95,¹³⁶ as carteiras dos fundos de renda fixa e de renda variável são isentas de IR. Tratando do mercado de renda fixa, os incisos I e II do art. 68 da Lei n. 8.981/95¹³⁷ preveem que são isentos do IR os rendimentos auferidos pelas carteiras dos fundos de renda fixa, assim como os rendimentos auferidos por fundos nos regates de cotas de outros fundos. Com relação ao mercado de renda variável, o §2º do art. 73 da Lei n. 8.981/95¹³⁸ prevê a isenção de IR para os ganhos líquidos auferidos em bolsas e *swap* e os rendimentos produzidos por aplicações financeiras de renda fixa auferidos pelas carteiras dos fundos de ações, de *commodities*, de investimento no exterior, clube de investimento e outros fundos da espécie.

¹³¹ BRASIL. **Lei n. 9.779, de 19 de janeiro de 1999**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19779.htm>. Acesso em: 21 jun. 2022.

¹³² BRASIL. **Projeto de Lei n. 2.337, de 25 de junho de 2021**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node0f03w1m9i1v7padnhm0ts3nxj27001724.node0?codteor=2034420&filename=PL+2337/2021>. Acesso em: 24 jan. 2022.

¹³³ *Ibidem*, art. 44, §2º.

¹³⁴ *Ibidem*, art. 44, §3º.

¹³⁵ BRASIL. **Projeto de Lei n. 2.337, de 08 de setembro de 2021**. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdle-g-getter/documento?dm=9012837&ts=1652893700681&disposition=inline>>. Acesso em: 18 jun. 2022.

¹³⁶ BRASIL. **Lei n. 8.981, de 20 de janeiro de 1995**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18981.htm>. Acesso em: 21 jun. 2022.

¹³⁷ *Ibidem*, art. 68, incisos I e II.

¹³⁸ *Ibidem*, art. 73, §2º.

No mesmo sentido, o art. 28 da Lei n. 9.532/97¹³⁹ prevê que as carteiras dos fundos de investimento em geral são isentas de IR. Em outras palavras, o §10 do art. 28 da Lei n. 9.532/97¹⁴⁰ isenta de IR os rendimentos e os ganhos líquidos auferidos na alienação, na liquidação, no resgate, na cessão ou na repactuação dos títulos, das aplicações financeiras e dos valores mobiliários integrantes das carteiras dos fundos de investimento em geral. Os §§11, 12 e 13 do art. 28 da Lei n. 9.532/97 excepcionam a regra da isenção da carteira dos fundos de investimento, porém, essa exceção não se estende a todos os fundos de investimento que apliquem recursos em cotas de outros fundos de investimento – denominados *funds of funds* ou FoF –, mas apenas a duas situações excepcionais, a saber: **a)** os §§11 e 12 do art. 28 da Lei n. 9.532/97 preveem que, se o FoF for um fundo de investimento em geral e, cumulativamente, se for dispensada a retenção de IRRF sobre os rendimentos auferidos pelos cotistas do FoF, então a carteira do FoF será tributada quanto às aplicações em cotas de outros fundos de investimento (a lógica é a seguinte: em regra, os cotistas sujeitam-se à retenção de IRRF sobre os rendimentos que recebem de fundos de investimento em geral, por isso, o FoF que for um fundo genérico e que pagar aos seus cotistas rendimentos dispensados da retenção de IRRF deverá, ele próprio, pagar IRRF sobre os rendimentos que receber de outros fundos de investimento); e **b)** o §13 do art. 28 da Lei n. 9.532/97 estipula que, no caso de FII, a carteira será tributada em relação à parcela dos ativos de renda fixa. Conclui-se, pois, que no caso de FII não deveria incidir IR sobre rendimentos ou ganhos decorrentes dos ativos de renda variável. Esse tema será aprofundado no **capítulo 4 sobre *fund of funds* ou FoF de FII**.

Conforme o art. 6º, §4º, da Medida Provisória n. 2.189-49/01,¹⁴¹ os rendimentos auferidos pelas carteiras dos fundos de investimento cujos recursos sejam aplicados na aquisição de cotas de outros fundos de investimento são isentos de IR.

Diante do exposto, conclui-se que o tratamento tributário da carteira do FII é mais gravoso do que o da carteira dos fundos de investimento em geral. Afinal, mesmo quando o FII não é equiparado às pessoas jurídicas, os rendimentos e os ganhos com ações, debêntures, bônus de subscrição, cotas de FIP, CEPAC e LIG são tributados no FII, ao passo que são isentos em fundos de investimento em geral. De certa forma, isso contraria o fato de que o FII é um tipo específico de fundo destinado a viabilizar empreendimentos que requerem maior investimento

¹³⁹ BRASIL. **Lei n. 9.532, de 10 de dezembro de 1997**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19532.htm>. Acesso em: 21 jun. 2022.

¹⁴⁰ *Ibidem*, art. 28, §10.

¹⁴¹ BRASIL. **Medida Provisória n. 2.189-49, de 23 de agosto de 2001**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/MPV/Antigas_2001/2189-49.htm#art6>. Acesso em: 21 jun. 2022.

e que, por isso, deveria receber tratamento tributário igual ou mais favorável ao dos demais fundos de investimento.

2.2.2 Lucros distribuídos semestralmente pelo FII

Todo FII deverá distribuir aos seus cotistas, no mínimo, 95% dos lucros auferidos, apurados segundo o regime de caixa, com base em balanço ou balancete semestral encerrado em 30 de junho e 31 de dezembro de cada ano, conforme o parágrafo único do art. 10 da Lei n. 8.668/93¹⁴² na redação dada pela Lei n. 9.779/99.¹⁴³

Em regra, essa distribuição é tributável pelo IRRF. Os rendimentos e os ganhos de capital auferidos, apurados segundo o regime de caixa, quando distribuídos pelo FII a qualquer beneficiário, sujeitam-se à incidência do IRRF à alíquota de 20%, nos termos do art. 17 da Lei n. 8.668/93.¹⁴⁴ No caso de beneficiário pessoa jurídica tributada com base no Lucro Real, Lucro Presumido ou Lucro Arbitrado, o IRRF é considerado antecipação do devido na declaração, quando então a alíquota de 20% poderá ser complementada até 34%.¹⁴⁵ Nos demais casos, o IRRF é considerado exclusivo ou definitivo.¹⁴⁶

Excepcionalmente, porém, a distribuição é isenta do IRRF. Há isenção de IRRF e de IRPF sobre os rendimentos distribuídos pelo FII se, e somente se, três requisitos forem cumpridos: *a*) as cotas do FII devem ser admitidas à negociação exclusivamente em bolsas de valores ou no mercado de balcão organizado; *b*) o FII deve possuir, no mínimo, 50 cotistas; e *c*) o cotista deve ser pessoa física que não tenha 10% ou mais da totalidade das cotas emitidas pelo FII e que não tenha direito ao recebimento de mais de 10% do total dos rendimentos auferidos pelo FII, a teor do art. 3º, inciso III e parágrafo único, da Lei n. 11.033/04.¹⁴⁷

Comparativamente, outros fundos de investimento não se sujeitam à distribuição ou à tributação periódica de lucros. Os fundos de renda variável, assim entendidos os fundos de investimento cujas carteiras sejam constituídas, no mínimo, por 80% de ações negociadas no mercado à vista de bolsas de valores ou entidades assemelhadas, só se sujeitam à tributação no resgate de cotas pelo cotista, nos termos do art. 6º, §5º, inciso I, da Medida Provisória n. 2.189-

¹⁴² BRASIL. Lei n. 8.668, de 25 de junho de 1993, *opus citatum*, art. 10, parágrafo único.

¹⁴³ BRASIL. Lei n. 9.779, de 19 de janeiro de 1999, *opus citatum*, art. 1º.

¹⁴⁴ BRASIL. Lei n. 8.668, de 25 de junho de 1993, *opus citatum*, art. 17.

¹⁴⁵ *Ibidem*, art. 19, inciso I.

¹⁴⁶ *Ibidem*, art. 19, inciso II.

¹⁴⁷ BRASIL. Lei n. 11.033, de 21 de dezembro de 2004, *opus citatum*, art. 3º.

49/01.¹⁴⁸ Os fundos de renda fixa fechados não se sujeitam a tributação periódica, conforme reconhecido pelo art. 9º, §4º, da Instrução Normativa RFB n. 1.585/15.¹⁴⁹ Em outras palavras, a tributação periódica somente se aplica aos fundos abertos de renda fixa – assim entendidos os fundos nos quais o retorno é estimado ou estimável.¹⁵⁰

A tributação periódica dos rendimentos e ganhos acumulados pelos fundos de renda fixa abertos se dá semestralmente, no último dia útil dos meses de maio e novembro de cada ano, à alíquota de 15% de IRRF em fundos de longo prazo (prazo médio de 366 dias ou superior) ou 20% de IRRF em fundos de curto prazo (prazo médio igual ou inferior a 365 dias), conforme o art. 3º da Lei n. 10.892/04,¹⁵¹ o art. 1º, §2º, inciso I, da Lei n. 11.033/04,¹⁵² e o art. 6º, §3º, da Lei n. 11.053/04.¹⁵³ Essa tributação periódica dos rendimentos e dos ganhos acumulados nos fundos de renda fixa abertos é popularmente conhecida como come-cotas.¹⁵⁴ Trata-se de uma sistemática redução do número de cotas, a fim de antecipar periodicamente o IRRF sobre os rendimentos auferidos por qualquer beneficiário nas aplicações em fundos de investimento.¹⁵⁵

Interessante que o art. 10 da Instrução Normativa RFB n. 1.585/15 parece ser o único dispositivo a prever essa sistemática da redução da quantidade de cotas de cada contribuinte em valor correspondente ao IRRF devido, sendo o IRRF debitado diretamente à conta corrente do fundo.¹⁵⁶ Em outras palavras, embora esteja prevista em lei a incidência periódica do IRRF sobre rendimentos e ganhos acumulados nos fundos de renda fixa abertos, falta base legal para a sistemática de redução do número de cotas. Prova disso é que o legislador tentou, sem sucesso, positivizar essa sistemática por meio do art. 11 do Parecer da Comissão Mista sobre a Medida Provisória n. 694/15.¹⁵⁷

Há uma lógica por trás da não incidência de come-cotas em fundos fechados. O come-cotas foi originalmente forjado para fundos com carência, e a carência é um evento típico de

¹⁴⁸ BRASIL. **Medida Provisória n. 2.189-49, de 23 de agosto de 2001**, *opus citatum*, art. 6º, §5º.

¹⁴⁹ BRASIL. **Instrução Normativa RFB n. 1.585, de 31 de agosto de 2015**. Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=67494>>. Acesso em: 21 jun. 2022.

¹⁵⁰ Disponível em: <https://www.investidor.gov.br/menu/Menu_Investidor/Old/Valores_Mobiliarios.html>. Acesso em: 21 jun. 2022.

¹⁵¹ BRASIL. **Lei n. 10.892, de 13 de julho de 2004**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/110.892.htm>. Acesso em: 22 jun. 2022.

¹⁵² BRASIL. **Lei n. 11.033, de 21 de dezembro de 2004**, *opus citatum*, art. 1º, §2º.

¹⁵³ BRASIL. **Lei n. 11.053, de 29 de dezembro de 2004**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/111053.htm>. Acesso em: 22 jun. 2022.

¹⁵⁴ CVM. **Mercado de Valores Mobiliários brasileiro**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Comissão de Valores Mobiliários, 2019, p. 120. Disponível em: <https://www.investidor.gov.br/portaldoinvestidor/export/sites/portaldoinvestidor/publicacao/Livro/livro_TOP_mercado_de_valores_mobiliarios_brasileiro_4ed.pdf>. Acesso em: 22 jun. 2022.

¹⁵⁵ *Ibidem*, p. 120.

¹⁵⁶ BRASIL. **Instrução Normativa RFB n. 1.585, de 31 de agosto de 2015**, *opus citatum*, art. 10.

¹⁵⁷ BRASIL. **Medida Provisória n. 694, de 30 de setembro de 2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/mpv/mpv694.htm>. Acesso em: 22 jun. 2022.

fundos abertos, daí se concluir que o come-cotas não incide sobre fundos fechados, mas apenas sobre fundos abertos, conforme a Solução de Consulta Disit/SRRF08 n. 106/08.¹⁵⁸ Além dessa razão histórico-legislativa, o come-cotas não incide (e não deve incidir) sobre fundos fechados porque o IR não deve alcançar aquilo que renda não é. O fundo fechado é aquele cujas cotas somente são resgatáveis no término do prazo de duração do fundo.¹⁵⁹ Isso significa que só por ocasião do término do prazo de duração do fundo fechado, o cotista poderá exigir que o fundo lhe pague os rendimentos acumulados. Em outras palavras, enquanto durar o fundo fechado, o cotista não tem direito de exigir do fundo o rendimento acumulado. Desejando se retirar do quadro de cotistas do fundo, resta ao cotista alienar suas cotas para terceiros no mercado, pois o cotista não tem a faculdade do resgate, que nada mais é do que a ordem para que o fundo lhe pague os rendimentos acumulados.

Inclusive, a ausência de renda ao alcance do come-cotas pesou contra o avanço de propostas legislativas para a instituição do come-cotas em fundos fechados. Vale recordar que, nos últimos quatro anos, houve no mínimo quatro tentativas legislativas de instituição do come-cotas para fundos fechados, a saber: *a*) a Medida Provisória n. 806/17, cuja vigência encerrou em 08/04/18;¹⁶⁰ *b*) o Projeto de Lei do Senado n. 336/18, que está pronto para pauta na Comissão de Assuntos Econômicos desde 22/10/20;¹⁶¹ *c*) o Projeto de Lei n. 10.638/18, para o qual foi designado relator em 19/05/21;¹⁶² e *d*) o Projeto de Lei de Conversão n. 3/20, proveniente da Medida Provisória n. 898/19, cuja vigência foi encerrada em 24/03/20.¹⁶³ Todos esses atos propunham a incidência semestral e automática do IRRF sobre rendimentos auferidos por qualquer beneficiário por aplicações em fundos fechados. Contudo, enquanto o cotista tem mera expectativa sobre os lucros do fundo fechado, não deveria incidir IRRF. Esse tema será aprofundado no **capítulo 3 sobre lucros distribuídos por FII: tributação ou isenção**.

Alguém poderia afirmar que a distribuição semestral de lucros está para o FII assim como o come-cotas está para os fundos de renda fixa abertos. Essa afirmação seria baseada na constatação de que ambas sistemáticas buscam antecipar a tributação que será devida em caráter

¹⁵⁸ BRASIL. **Solução de Consulta Disit/SRRF 08 n. 106 de 18 de abril de 2015**. Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=85921>>. Acesso em: 22 jun. 2022.

¹⁵⁹ BRASIL. **Instrução CVM n. 555, de 17 de dezembro de 2014**, *opus citatum*, art. 4º.

¹⁶⁰ BRASIL. **Medida Provisória n. 806, de 30 de outubro de 2017**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/mpv/mpv806.htm>. Acesso em: 22 jun. 2022.

¹⁶¹ BRASIL. **Projeto de Lei do Senado n. 336, de 11 de julho de 2018**. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/133941>>. Acesso em: 22 jun. 2022.

¹⁶² BRASIL. **Projeto de Lei n. 10.638, de 30 de julho de 2018**. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2182107>>. Acesso em: 22 jun. 2022.

¹⁶³ BRASIL. **Projeto de Lei de Conversão n. 3, de 3 de março de 2020**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1865022>. Acesso em: 22 jun. 2022.

definitivo por ocasião do resgate ou da venda das cotas. A diferença residiria tão somente nos meses de cada apuração (junho e dezembro no FII;¹⁶⁴ maio e novembro nos fundos em geral)¹⁶⁵ e nas alíquotas (20% no FII;¹⁶⁶ 15% nos fundos em geral de longo prazo;¹⁶⁷ e 20% nos fundos em geral de curto prazo).¹⁶⁸

Entretanto, uma análise detida leva à constatação de que o FII, que é sempre um fundo fechado, recebe um tratamento tributário mais severo do que os demais fundos fechados, o que revela uma inconsistência entre a norma posta e o objetivo supostamente pretendido pelo legislador, afinal, o FII foi forjado como instrumento de incremento para o setor da construção civil, devendo ser tributado de forma igual ou mais favorável do que os fundos em geral.

Em outras palavras, o come-cotas não incide sobre fundos fechados, mas a distribuição semestral dos lucros é obrigatória para todos os FII, que são sempre fundos fechados. Ou seja, se o FII fosse regido pela norma geral, não ficaria sujeito ao come-cotas, pois o FII é sempre um fundo fechado, e o come-cotas não incide sobre fundos fechados. Porém, como o FII é regido por norma própria, é obrigatória a distribuição semestral dos lucros. É dizer, a norma própria do FII é mais severa do que a norma geral aplicável a fundos fechados em geral, especialmente se o FII for concentrado, quando então a distribuição ensejará a tributação semestral dos lucros.

A tributação dos rendimentos produzidos pelo FII supera a tributação nos demais fundos fechados. Recordando, nos FII incide 20% de IRRF por ocasião da distribuição semestral obrigatória de 95% dos lucros, enquanto nos demais fundos fechados incidem alíquotas regressivas de IRRF conforme o prazo da aplicação – 22,5% até 180 dias, 20% de 181 até 360 dias, 17,5% de 361 até 720 dias ou 15% acima de 720 dias –, por ocasião do resgate na liquidação do fundo, sem come-cotas ou qualquer outra sistemática de antecipação do IRRF durante o prazo de duração do fundo. A maior severidade da tributação dos FII em relação aos demais fundos fechados está tanto na alíquota (20% *versus* alíquotas regressivas até 15%) quanto no momento do recolhimento (semestralmente *versus* na liquidação do fundo).

A tributação dos FII também supera a tributação de outros fundos de renda variável. Os lucros distribuídos pelo FII são geralmente tributados pelo IRRF à alíquota fixa de 20%, ao

¹⁶⁴ BRASIL. Lei n. 8.668, de 25 de junho de 1993, *opus citatum*, art. 10, parágrafo único.

¹⁶⁵ BRASIL. Lei n. 10.892, de 13 de julho de 2004, *opus citatum*, art. 3º.

¹⁶⁶ BRASIL. Lei n. 8.668, de 25 de junho de 1993, *opus citatum*, art. 17.

¹⁶⁷ BRASIL. Lei n. 11.033, de 21 de dezembro de 2004, *opus citatum*, art. 1º, §2º, inciso I.

¹⁶⁸ BRASIL. Lei n. 11.053, de 29 de dezembro de 2004, *opus citatum*, art. 6º, §3º.

passo que no resgate ou na amortização de cotas de FIA os rendimentos sujeitam-se a IRRF à alíquota fixa de 15%.¹⁶⁹

Alguém poderia questionar a qualificação do FII como um fundo de renda variável, uma vez que essa avaliação geralmente é feita à luz do perfil e da política de investimento: *a*) o tipo de ativo investido; *b*) a etapa do investimento, se em ativos prontos ou em desenvolvimento; *c*) o objetivo, se gerar rendimento periódico ou ganho na venda; *d*) a gestão em relação à política de investimento, se ativa ou passiva; e *e*) o segmento de atuação, tais como shoppings, lajes comerciais, estacionamentos, hotéis ou outros. Daí que se o retorno financeiro não for determinado ou determinável, o fundo poderia ser caracterizado como um fundo de renda variável; caso contrário, seria um fundo de renda fixa.

Ocorre que o legislador, o regulador e o fisco optaram por qualificar o FII como fundo de renda variável. Prova disso é que os arts. 826 até 831 do RIR/18¹⁷⁰ compõem o capítulo “*Dos Fundos de Investimento Imobiliário*”, que por sua vez compõe o título “*Da Tributação das Operações Financeiras e do Mercado de Renda Variável*”. Além disso, a CVM informa ao mercado que não se pode considerar o investimento em FII como renda fixa, seja porque o empreendimento imobiliário envolve riscos (por exemplo, inadimplência no inquilino, vacância do imóvel, atraso na obra, dentre outros), seja porque o valor das cotas oscila (marcação a mercado).¹⁷¹ Ademais, no programa gerador da DIRPF, as operações com FII são declaradas na ficha denominada “*Renda Variável*”, na qual também são declaradas as operações comuns e *day trade* nos mercados à vista, termo, futuro e opções.

No contexto da reforma tributária, houve tentativa de equiparar a alíquota de tributação dos rendimentos distribuídos pelos FII à alíquota de resgate de FIA, ou seja, baixar de 20% para 15%.¹⁷² Adicionalmente, foi tentada a substituição de duas por uma única distribuição obrigatória em dezembro de cada ano.¹⁷³ Embora o texto encaminhado pela Câmara dos Deputados para o Senado Federal tenha excluído esses temas, pode-se inferir que o Poder Executivo, autor da proposta, vê um excesso na tributação das aplicações em FII *vis a vis* outras aplicações de renda variável.¹⁷⁴

¹⁶⁹ BRASIL. **Lei n. 11.033, de 21 de dezembro de 2004**, *opus citatum*, art. 1º, §3º, inciso I.

¹⁷⁰ BRASIL. **Decreto n. 9.580, 22 de novembro de 2018**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/D9580.htm>. Acesso em: 22 jun. 2022.

¹⁷¹ CVM. **Mercado de Valores Mobiliários brasileiro**, *opus citatum*, p. 104.

¹⁷² BRASIL. **Projeto de Lei n. 2.337, de 25 de junho de 2021**, *opus citatum*, art. 44, *caput*.

¹⁷³ BRASIL. **Projeto de Lei n. 2.337, de 25 de junho de 2021**, *opus citatum*, art. 44, §1º.

¹⁷⁴ BRASIL. **Projeto de Lei n. 2.337, de 08 de setembro de 2021**, *opus citatum*.

2.2.3 Rendimentos auferidos por cotista no resgate e na amortização de cotas do FII

O art. 18 da Lei n. 8.668/93, que trata da tributação no resgate de cotas de FII, teve sua redação alterada pela Lei n. 9.779/99. De 1993 até 1999, a redação original previa a incidência de IRRF à mesma alíquota prevista para o resgate de rendimentos de cotas de Fundos Mútuos de Ações – a alíquota era 25%, conforme o art. 25 da Lei n. 8.383/91¹⁷⁵ –, sendo essa alíquota aplicável ao rendimento auferido por pessoas físicas ou pessoas jurídicas não tributadas com base no Lucro Real, inclusive isentas, exceto investidores residentes ou domiciliados no exterior. Desde 1999, contudo, a nova redação prevê a incidência de 20% de IRRF sobre os rendimentos auferidos no resgate de cotas de FII por qualquer beneficiário, inclusive pessoa jurídica isenta.

É dizer, a nova redação atribuída pela Lei n. 9.779/99 ao art. 18 da Lei n. 8.668/93 reduziu a alíquota de IRRF de 25% para 20% sobre os rendimentos auferidos no resgate de cotas de FII pelos beneficiários que especifica. Além disso, a nova redação do art. 18 da Lei n. 8.668/93 suprimiu o tratamento diferenciado até então atribuído às pessoas jurídicas tributadas com base no Lucro Real. Originalmente, os rendimentos auferidos no resgate de cotas de FII por pessoas jurídicas tributadas com base no Lucro Real não se sujeitavam à retenção de IRRF, mas integravam o total das receitas a serem contrapostas com as despesas e ajustadas pelas prescrições legais, gerando o lucro sujeito a IRPJ/CSLL. Desde 1999, os rendimentos auferidos no resgate de cotas de FII por pessoas jurídicas tributadas com base no Lucro Real sujeitam-se a 20% de IRRF e integram o total de rendimentos tributáveis, sendo o imposto considerado antecipação do devido na declaração.¹⁷⁶

Questão interessante é saber se a isenção prevista para a distribuição de rendimentos pelo FII se aplica ao resgate de cotas de FII, quando cumpridos os três requisitos dispostos em lei, a saber: *a*) FII com mais de 50 cotistas; *b*) cotas admitidas à negociação exclusivamente em bolsas de valores ou no mercado de balcão organizado; e *c*) cotista pessoa física com menos de 10% das cotas e até 10% dos rendimentos.¹⁷⁷

Pela negativa, a CVM tem manifestação no sentido de que o cumprimento desses requisitos não altera a incidência de 20% de IRRF sobre o resgate de cotas do FII.¹⁷⁸

¹⁷⁵ BRASIL. **Lei n. 8.383, de 30 de dezembro de 1991**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18383.htm>. Acesso em: 22 jun. 2022.

¹⁷⁶ BRASIL. **Lei n. 8.668, de 25 de junho de 1993**, *opus citatum*, art. 19, inciso I.

¹⁷⁷ BRASIL. **Lei n. 11.033, de 21 de dezembro de 2004**, *opus citatum*, art. 3º, inciso III e parágrafo único.

¹⁷⁸ BRASIL. **Guia CVM do investidor: Fundos de Investimento Imobiliário**. Disponível em: <<https://www.inv>

Pela afirmativa, PEDRO ULHÔA CANTO e EDUARDO KRUTMAN¹⁷⁹ defendem que o cumprimento das três condições acima expostas enseja a isenção de IRRF sobre os rendimentos de resgate de cotas de FII por pessoa física. Para os autores, a legislação de FII torna possível esse entendimento. Em outras palavras, se a legislação de FII diferenciasse rendimentos e ganhos tal qual a doutrina clássica – sendo os rendimentos comparáveis aos frutos de uma árvore, e sendo os ganhos assemelhados à mais valia recebida na venda da própria árvore –, seria forçoso qualificar como ganho o produto do resgate de cotas do FII, afinal, por ocasião do resgate as cotas do FII saem do patrimônio do cotista. Todavia, prosseguem os autores, o art. 18 da Lei n. 8.668/93 qualifica como rendimentos os proventos do resgate de cotas do FII, em contraposição aos ganhos de capital auferidos na alienação de cotas dos FII. Daí que se a própria legislação de FII trata como rendimentos os resultados do resgate de cotas de FII, então deveria ser garantido o tratamento tributário próprio de rendimentos, inclusive a isenção quando cumpridas as três condições legais supracitadas. Ainda, os autores observam que essa peculiaridade da legislação de FII encontra similares no art. 2º da Lei n. 11.312/06 (“os **rendimentos auferidos no resgate de cotas de FIP, FIC-FIP e FIEE...**”)¹⁸⁰ e no art. 16 da Instrução Normativa RFB n. 1.585/15 (“**ocorrendo o resgate das cotas, em decorrência do término do prazo de duração ou da liquidação do fundo, o rendimento...**”).¹⁸¹

Em que pesem as críticas que se possa fazer ao texto da lei, entende-se que o art. 3º da Lei n. 11.033/04 isenta de IR e IRRF os *rendimentos distribuídos* pelos FII. É dizer, esse dispositivo legal é específico tanto sobre a remuneração (rendimento, não ganho de capital) quanto sobre o evento (distribuição, não resgate) que aproveitam a isenção tributária. Naturalmente, o texto legal comporta críticas, especialmente porque a distribuição de lucros e o resgate de cotas são eventos sob a responsabilidade tributária da administradora do FII, a qual é responsável por implementar a isenção ou recolher o IRRF, fugindo da discricionariedade dos cotistas, nisso se afastando de um típico evento de alienação. Por isso, a princípio, não parece haver causa para que o legislador tenha deixado de fora da isenção de IRRF os rendimentos auferidos no resgate de cotas do FII, que essencialmente se assemelham aos rendimentos distribuídos pelo FII. Porém, mantida a lei como está, há obstáculos relevantes a serem

estidor.gov.br/galerias/publicacao/CVM-Guia-01-FII.pdf>. Acesso em: 28 out. 2020.

¹⁷⁹ CANTO, Pedro Ulhôa; KRUTMAN, Eduardo. **Os fundos imobiliários e a isenção de IR no resgate de cotas**. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-da-abdf/os-fundos-imobiliarios-e-a-isencao-de-ir-no-resgate-de-cotas-26062020>>. Acesso em: 18 jun. 2021.

¹⁸⁰ BRASIL. **Lei n. 11.312, de 27 de junho de 2006**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11312.htm>. Acesso em: 22 jun. 2022.

¹⁸¹ BRASIL. **Instrução Normativa RFB n. 1.585, de 31 de agosto de 2015**, *opus citatum*, art. 16.

superados para estender aos rendimentos do *resgate* a isenção de IRRF prevista para rendimentos *distribuídos* por FII.

Embora o resgate de cotas só seja possível ao término do prazo de duração do FII, a amortização de cotas permite o pagamento antecipado de rendimentos para os cotistas do FII. A amortização de cotas é o pagamento uniforme realizado pelo fundo, a todos os seus cotistas, de parcela do valor de suas cotas sem redução do número de cotas emitidas, tal qual definida no art. 2º, inciso III, da Instrução CVM n. 555/14.¹⁸² Desde que expressamente autorizado pelo regulamento ou pela AGC, é possível a amortização de cotas do FII, conforme o art. 38 da Instrução CVM n. 555/14¹⁸³ e o art. 15, inciso XVIII, da Instrução CVM 472/08.¹⁸⁴

A legislação não especifica o tratamento tributário aplicável à amortização de cotas de FII. Assim, cumpre verificar se a amortização estaria sujeita ao tratamento tributário de alguma das operações expressamente reguladas, a saber: distribuição, alienação ou resgate.

Similarmente aos FII, existe uma série de outros fundos de investimento que são constituídos sob a forma de condomínio fechado. No resgate das cotas desses outros fundos fechados, o valor que exceder o respectivo custo de aquisição sujeita-se à retenção e ao recolhimento do IRRF pelo administrador às alíquotas típicas do resgate, tal como previsto pelo art. 2º, §2º, da Lei n. 11.312/06¹⁸⁵ e o art. 16, §2º, da Instrução Normativa RFB n. 1.585/15.¹⁸⁶

Essa equiparação das amortizações aos resgates para fins tributários (iguais tributos, alíquotas e responsáveis) é coerente com a equivalência de ambas as operações no mercado financeiro, afinal, as amortizações estão para os fundos fechados assim como os resgates para os fundos abertos.¹⁸⁷⁻¹⁸⁸ Por isso, exceto se diversamente previsto, o resgate e a amortização de cotas de FII são geralmente tratados em conjunto, sujeitos a 20% de IRRF.

Comparativamente, os fundos de renda variável devem reter 15% de IRRF sobre os rendimentos pagos por ocasião do resgate de cotas;¹⁸⁹ e os fundos de renda fixa devem reter alíquotas regressivas de 22,5% até 15% de IRRF sobre os rendimentos pagos por ocasião do

¹⁸² BRASIL. **Instrução CVM n. 555, de 17 de dezembro de 2014**, *opus citatum*, art. 2º, inciso III.

¹⁸³ *Ibidem*, art. 38.

¹⁸⁴ BRASIL. **Instrução CVM n. 472, de 31 de outubro de 2008**, *opus citatum*, art. 15, inciso XVIII.

¹⁸⁵ BRASIL. **Lei n. 11.312, de 27 de junho de 2006**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11312.htm#art2>. Acesso em: 22 jun. 2022.

¹⁸⁶ BRASIL. **Instrução Normativa RFB n. 1.585, de 31 de agosto de 2015**, *opus citatum*, art. 16, §2º.

¹⁸⁷ ANBIMA. **Informe de legislação. Receita Federal edita regra sobre Imposto de Renda**. Disponível em: <https://www.anbima.com.br/en_us/informar/regulacao/informe-de-legislacao/receita-federal-edita-regra-sobre-imposto-de-renda.htm>. Acesso em: 18 jun. 2021.

¹⁸⁸ ANBIMA. **Estudos Especiais. Produtos de Captação. Fundos de Investimento Imobiliário**. Disponível em: <https://www.anbima.com.br/data/files/A7/B7/A5/67/9DB675106582A275862C16A8/estudos-especiais-produto-de-captacao-fundos-de-investimento-imobiliario_1_.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2021.

¹⁸⁹ BRASIL. **Lei n. 11.033, de 21 de dezembro de 2004**, *opus citatum*, art. 1º, §3º.

resgate de cotas.¹⁹⁰ Logo, a tributação dos rendimentos auferidos no resgate ou na amortização de cotas de FII tende a ser mais severa do que a tributação desses eventos em outros fundos de investimento.

2.2.4 Ganhos auferidos pelo cotista na alienação de cotas do FII

Os cotistas podem alienar no mercado secundário as cotas do FII, em vez de manter as cotas consigo até o término do prazo de duração do FII. Trata-se de situação diversa do resgate, pois em vez de o cotista esperar o momento em que poderá requerer ao FII que lhe pague o principal e o rendimento de suas cotas, o cotista vende para terceiro as cotas do FII. Os ganhos obtidos na venda de cotas do FII sujeitam-se a 20% de IR, conforme o art. 18 da Lei n. 8.668/93.¹⁹¹

Em 25 de junho de 2021, o Poder Executivo apresentou o Projeto de Lei n. 2.337/21, que propunha a redução da alíquota de 20% para 15% sobre ganhos auferidos na venda de cotas de FII *dentro da bolsa*,¹⁹² bem como a substituição da alíquota de 20% pelas alíquotas progressivas de 15% até 22,5% sobre ganhos auferidos na venda de cotas de FII *fora da bolsa*.¹⁹³ Além disso, o texto esclarecia que o ganho auferido na alienação de cotas de FII e o rendimento auferido no resgate de cotas de FII estariam sujeitos às mesmas regras de tributação.¹⁹⁴ No entanto, essas disposições foram suprimidas pela própria Câmara dos Deputados, não constando do texto encaminhado ao Senado Federal.¹⁹⁵

2.2.5 Investidor não residente

Até 1999, o art. 17, parágrafo único, da Lei 8.668/93 previa que os rendimentos e ganhos de capital distribuídos a investidores residentes ou domiciliados no exterior estavam sujeitos à incidência de IR nos termos da legislação aplicável a essa classe de contribuintes. Ademais, o art. 18, §2º, da Lei n. 8.668/93 previa que o rendimento decorrente da alienação de cotas ou da

¹⁹⁰ *Ibidem*, art. 1º.

¹⁹¹ BRASIL. Lei n. 8.668, de 25 de junho de 1993, *opus citatum*, art. 18.

¹⁹² BRASIL. Projeto de Lei n. 2.337, de 25 de junho de 2021, *opus citatum*, art. 45, inciso I.

¹⁹³ *Ibidem*, art. 45, inciso II.

¹⁹⁴ *Ibidem*, art. 46.

¹⁹⁵ BRASIL. Projeto de Lei n. 2.337, de 08 de setembro de 2021, *opus citatum*.

liquidação do FII auferido por investidores residentes ou domiciliados no exterior sujeitava-se à incidência do IR nos termos da legislação aplicável a essa classe de contribuintes.

Desde 1999, porém, esses trechos foram suprimidos pelo art. 1º da Lei n. 9.779/99. Atualmente, o art. 17 da Lei n. 8.668/93 estipula a incidência de 20% de IRRF sobre os rendimentos e ganhos de capital distribuídos pelos FII a qualquer beneficiário, inclusive pessoa jurídica isenta. Ademais, a redação atual do art. 18 da Lei n. 9.779/99 prevê a incidência do IR à alíquota de 20% na fonte (no caso do resgate) e às mesmas normas aplicáveis aos ganhos de capital ou ganhos líquidos auferidos em operações de renda variável (nos demais casos) sobre os ganhos de capital e os rendimentos auferidos na alienação ou no resgate de cotas dos FII, por qualquer beneficiário, inclusive por pessoa jurídica isenta.

Diante disso, questiona-se: qual seria o tratamento tributário aplicável aos não residentes que investem em cotas de FII? Seria a tributação prevista para essa classe de contribuintes ou, alternativamente, seria a tributação prevista para qualquer beneficiário? Condizente com a lógica sistêmica, defende-se a necessidade de privilegiar o tratamento tributário previsto especificamente para os investidores não residentes e, subsidiariamente, aplicar ao não residente o tratamento tributário previsto para os residentes. Em outras palavras, os arts. 17 e 18 da Lei n. 8.668/93 são a base legal para a incidência de 20% de IRRF (rendimentos distribuídos e resgatados) e 20% de IR (ganhos de capital na alienação) para os *beneficiários em geral*, mas *não se aplicam a todos os beneficiários*, pois os investidores não residentes devem ser tributados conforme regras próprias.

O investidor não residente sujeita-se a um regime de tributação especial ou geral. O regime especial, como o próprio nome sugere, aplica-se sob condições especiais e implica uma tributação menor. Para tanto, duas condições devem ser atendidas. Em primeiro lugar, o investidor não pode ter residência ou domicílio em país que não tribute a renda ou que a tribute à alíquota máxima inferior a 20%.¹⁹⁶ Em segundo lugar, as operações financeiras devem ser realizadas de acordo com as normas e condições estabelecidas pelo CMN.¹⁹⁷ O descumprimento de qualquer dessas condições impede a aplicação do regime especial, atraindo a regência do regime geral que, por conseguinte, cumpre a função de *catch-all*, dispondo que o investidor residente/domiciliado no exterior fica sujeito às mesmas normas de IR previstas para residentes/domiciliados no Brasil.¹⁹⁸

¹⁹⁶ BRASIL. **Medida Provisória n. 2.189-49, de 23 de agosto de 2001**, *opus citatum*, art. 16, §2º.

¹⁹⁷ *Ibidem*, art. 16, *caput*.

¹⁹⁸ BRASIL. **Lei n. 8.981, de 20 de janeiro de 1995**, *opus citatum*, art. 78.

O investidor residente/domiciliado no exterior pode ser individual ou coletivo.¹⁹⁹ São investidores coletivos:²⁰⁰ **a)** as entidades mencionadas nos arts. 1º e 2º do Decreto-lei n. 2.285/86,²⁰¹ ou seja, os fundos em condomínio referidos pelo art. 50 da Lei n. 4.728/65, de que participem pessoas físicas ou jurídicas residentes ou domiciliadas no exterior, atendidas as normas e condições fixadas pelo CMN (são condições necessárias, mas não exaustivas, o prazo mínimo de permanência do capital estrangeiro no país, o regime de registro do capital estrangeiro e de seus rendimentos, a diversificação da carteira e limites de aplicação, e o credenciamento das entidades administradoras); **b)** as sociedades de investimento referidas pelo art. 49 da Lei n. 4.728/65, de que participem exclusivamente investidores estrangeiros; e **c)** as carteiras de valores mobiliários, inclusive vinculadas à emissão no exterior de certificados de ações, mantidas exclusivamente por investidores estrangeiros.

O regime especial é aplicável aos fundos soberanos, ainda que domiciliados ou residentes em país com tributação favorecida.²⁰² Os fundos soberanos são veículos de investimento no exterior, cujo patrimônio seja composto por recursos provenientes exclusivamente da poupança soberana do país e que, adicionalmente, apresentem em ambiente de acesso público determinadas informações (política de propósitos e de investimento; fontes de recursos; regras de resgate de recursos por parte do governo).²⁰³

Uma questão interessante é a seguinte: seria o regime especial aplicável a um investidor residente/domiciliado em país ou dependência que *não permita acesso a informações sobre os beneficiários do investimento*? A resposta parece ser positiva. O art. 7º da Lei n. 9.959/00²⁰⁴ e o art. 16, §2º, da Medida Provisória n. 2.189-49/01 vedam o regime especial para o investimento estrangeiro oriundo de país que não tribute a renda ou que a tribute à alíquota inferior a 20%. Diversamente, o art. 88 da Instrução Normativa RFB n. 1.585/15 veda o regime especial ao investidor residente/domiciliado em país com tributação favorecida nos termos do art. 24 da Lei n. 9.430/96.²⁰⁵ Comparando os textos é possível concluir que a norma infralegal excede a norma legal, pois o conceito de país com tributação favorecida previsto no art. 24 da Lei n.

¹⁹⁹ BRASIL. **Medida Provisória n. 2.189-49, de 23 de agosto de 2001**, *opus citatum*, art. 16, *caput*.

²⁰⁰ BRASIL. **Lei n. 8.981, de 20 de janeiro de 1995**, *opus citatum*, art. 81.

²⁰¹ BRASIL. **Decreto-lei n. 2.285, de 23 de julho de 1986**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/De12285.htm>. Acesso em: 22 jun. 2022.

²⁰² BRASIL. **Lei n. 12.431, de 24 de junho de 2011**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12431.htm#art1>. Acesso em: 22 jun. 2022.

²⁰³ *Ibidem*, art. 1º, §§10 e 11.

²⁰⁴ BRASIL. **Lei n. 9.959, de 27 de janeiro de 2000**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19959.htm>. Acesso em: 22 jun. 2022.

²⁰⁵ BRASIL. **Lei n. 9.430, de 27 de dezembro de 1996**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19430.htm>. Acesso em: 22 jun. 2022.

9.430/96 engloba tanto o país que não tribute a renda ou a que a tribute à alíquota inferior a 20% (previsto em lei) quanto o país ou dependência cuja legislação não permita o acesso a informações relativas à composição societária de pessoas jurídicas, à sua titularidade ou à identificação do beneficiário efetivo de rendimentos atribuídos a não residentes (previsto na regulamentação, mas sem base em lei).

Em outras palavras, em 2008 foi alargado o conceito de país com tributação favorecida, pois o art. 22 da Lei n. 11.727/08²⁰⁶ introduziu o §4º no art. 24 da Lei n. 9.430/96, passando a considerar país ou dependência com tributação favorecida aquele cuja legislação não permita o acesso a informações relativas à composição societária de pessoas jurídicas, à sua titularidade ou à identificação do beneficiário efetivo de rendimentos atribuídos a não residentes. No entanto, as leis que delimitam o escopo do regime especial não sofreram similar adaptação, tampouco passaram a referir ao conceito de país ou dependência com tributação favorecida ou remeter ao art. 24 da Lei n. 9.430/96. Pelo contrário, o texto legal continuou vedando o regime especial somente ao investimento estrangeiro oriundo de país que não tribute a renda ou que a tribute à alíquota inferior a 20%. Dessa feita, é defensável que o regime especial possa ser aplicado ao investidor residente/domiciliado em país ou dependência cuja legislação não permita o acesso a determinadas informações, desde que cumpridas as demais condições do regime especial.

Outra questão interessante é a seguinte: seria o regime especial aplicável a um investidor residente/domiciliado em país ou dependência com *regime fiscal privilegiado*? A resposta é positiva. Em 2008, foi positivado o conceito de regime fiscal privilegiado, porque o art. 23 da Lei n. 11.727/08 incluiu o art. 24-A na Lei n. 9.430/96. Duas dentre quatro condições para a caracterização do regime fiscal privilegiado coincidem com as do país ou dependência com tributação favorecida, quais sejam: não tributar a renda ou tributá-la à alíquota máxima inferior a 20%; e não permitir o acesso a informações relativas à composição societária, titularidade de bens/direitos ou às operações econômicas realizadas. As outras duas condições para a caracterização do regime fiscal privilegiado são, de um lado, a concessão de vantagem de natureza fiscal a pessoa física ou jurídica não residente (não exigir a realização de atividade econômica substantiva, ou condicionar ao não exercício) e, de outro lado, a tributação em alíquota inferior a 20% os rendimentos auferidos fora do seu território.

²⁰⁶ BRASIL. **Lei n. 11.727, de 23 de junho de 2008**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/111727.htm>. Acesso em: 22 jun. 2022.

É pacífica a possibilidade de aplicar o regime especial aos investidores sujeitos a *regimes fiscais privilegiados*. Inclusive, essa possibilidade foi confirmada pelo fisco em algumas oportunidades, tais como no art. 88 da Instrução Normativa RFB n. 1.585/15 (que não faz qualquer referência ao regime fiscal privilegiado de que trata do art. 24-A da Lei n. 9.430/96, mas apenas veda o regime especial ao investidor residente/domiciliado em país com tributação favorecida de que trata o art. 24 da Lei n. 9.430/96), assim como a Solução de Consulta Cosit n. 575/17²⁰⁷ e a Solução de Consulta Disit/SRRF04 n. 52/10²⁰⁸ (que citam os princípios da legalidade e da segurança jurídica para se prestigiar o texto da lei).

O regime especial somente se aplica se as operações financeiras forem realizadas de acordo com as *normas e condições estabelecidas pelo CMN*, tipicamente associadas à revogada Resolução CMN n. 2.689/00²⁰⁹ e à vigente Resolução CMN n. 4.373/14.²¹⁰ Esse normativo exige que o investidor não residente constitua representante e custodiante, além de obter o registro na CVM.²¹¹

Feitas essas considerações gerais, cumpre tratar da tributação aplicável ao rendimento e ao ganho de capital auferido por *não residente que invista em cotas de FII*.

Há isenção de IRRF sobre rendimentos *distribuídos* para pessoa física residente no exterior, dentro ou fora de país que não tribute a renda ou que a tribute à alíquota inferior a 20%, contanto que três condições sejam cumpridas: **a)** a pessoa física tenha menos de 10% das cotas e até 10% dos rendimentos do FII; **b)** o FII possua no mínimo 50 cotistas; e **c)** as cotas do FII sejam admitidas à negociação exclusivamente em bolsas de valores ou no mercado de balcão organizado.²¹² Todavia, essa isenção não se aplica se o investidor é pessoa jurídica domiciliada no exterior ou, ainda, pessoa física residente no exterior que não cumpra as três condições supracitadas. Nesses casos, resta aplicar o regime especial ou geral.

Pelo regime especial, o rendimento sujeita-se à incidência de 15% de IRRF exclusivamente por ocasião do resgate de cotas do FII,²¹³ e o ganho de capital auferido dentro

²⁰⁷ BRASIL. **Solução de Consulta Cosit n. 575, de 20 de dezembro de 2017**. Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=88968>>. Acesso em: 22 jun. 2022.

²⁰⁸ BRASIL. **Solução de Consulta Disit/SRRF04 n. 52, de 16 de setembro de 2010**. Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=77237>>. Acesso em: 22 jun. 2022.

²⁰⁹ BRASIL. **Resolução CMN n. 2.689, de 26 de janeiro de 2000**. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/res/2000/pdf/res_2689_v3_P.pdf>. Acesso em: 22 jun. 2022.

²¹⁰ BRASIL. **Resolução CMN n. 4.373, de 29 de setembro de 2014**. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/48650/Res_4373_v1_O.pdf>. Acesso em: 22 jun. 2022.

²¹¹ *Ibidem*, art. 2º do Anexo I.

²¹² BRASIL. **Instrução Normativa RFB n. 1.585, de 31 de agosto de 2015**, *opus citatum*, art. 85, §4º; art. 88, parágrafo único.

²¹³ *Ibidem*, art. 89, inciso II e §2º.

das bolsas de valores não está sujeito à incidência de IR.²¹⁴ Contudo, falta clareza sobre a tributação do ganho auferido *fora* de bolsas de valores. Por meio das Soluções de Consulta Disit/SRRF08 n. 212/12²¹⁵ e n. 389/10,²¹⁶ a autoridade fiscal paulista foi questionada acerca da tributação do ganho de capital auferido em alienação de valor mobiliário fora da bolsa de valores por investidor não residente situado fora de paraíso fiscal, e concluiu com base no art. 18 da Lei 9.249/95 que esse ganho deveria ser apurado e tributado de acordo com as regras aplicáveis aos residentes no Brasil, o que atualmente implicaria a incidência da alíquota de 20% de IR sobre o ganho de capital auferido na venda de cotas de FII fora das bolsas de valores por investidor residente em país que não tribute a renda ou que a tribute à alíquota inferior a 20%.

Pelo regime geral, o rendimento sujeita-se à incidência de 20% de IRRF e o ganho de capital auferido dentro ou fora da bolsa de valores sujeita-se à incidência de 20% de IR, de acordo com as mesmas normas de tributação pelo IR previstas para residentes ou domiciliados no Brasil. A esse respeito, alguém poderia pensar que o ganho de capital auferido na venda de cotas de FII *fora* da bolsa de valores seria tributado por alíquotas progressivas de 15% até 22,5% de IR no regime especial e 25% de IR no regime geral. Embora essas alíquotas sirvam para tributar o ganho de capital auferido na alienação de *bens e direitos em geral*,²¹⁷⁻²¹⁸ essas alíquotas são inaplicáveis para tributar o ganho de capital auferido na alienação de *cotas de FII*, devendo prevalecer a alíquota de 20% de IR prevista especificamente para o ganho de capital na venda de cotas de FII.

Tratando-se de um investidor não residente, cumpre investigar se o seu país de residência/domicílio celebrou com o Brasil um acordo para evitar a dupla tributação e prevenir a evasão fiscal. Em caso afirmativo, é preciso verificar se o respectivo acordo limita a tributação no Brasil da renda proveniente do FII paga ao investidor não residente. Para tanto, a renda deve ser corretamente qualificada, o que por sua vez depende da prévia qualificação do FII.

O enfrentamento desse tema depende de uma série de fatores, tais como o tipo de renda (rendimento ou ganho de capital), o tratamento tributário aplicável ao FII (condomínio isento ou equiparado a pessoa jurídica), e a qualificação do investidor não residente (beneficiário final ou veículo intermediário; uma ou múltiplas residências fiscais). Diante de tantas variáveis, será

²¹⁴ *Ibidem*, art. 90, §1º, inciso I.

²¹⁵ BRASIL. **Solução de Consulta Disit/SRRF08 n. 212, de 07 de agosto de 2012**. Disponível em: <<https://www.amecbrasil.org.br/wp-content/uploads/2019/01/IRRF.pdf>>. Acesso em: 22 jun. 2022.

²¹⁶ BRASIL. **Solução de Consulta Disit/SRRF08 n. 389, de 05 de novembro de 2010**. Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=59384>>. Acesso em: 22 jun. 2022.

²¹⁷ BRASIL. **Lei n. 8.981, de 20 de janeiro de 1995, opus citatum**, art. 21.

²¹⁸ BRASIL. **Instrução Normativa RFB n. 1.455, de 06 de março de 2014**. Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=50414&visao=anotado>>. Acesso em: 22 jun. 2022.

apresentada a regra geral insculpida na convenção modelo da OCDE, que deve ser tomada com cautela, pois os acordos celebrados pelo Brasil nem sempre adotam esse modelo.²¹⁹

A regra é a seguinte: **a)** o FII é uma pessoa residente do Brasil (o termo “*pessoa*” tende a incluir pessoas físicas, sociedades e quaisquer outros grupos de pessoas tratados como *entidades para fins fiscais*;²²⁰ e o termo “*residente*” geralmente significa qualquer pessoa que esteja *sujeita a imposto* no Estado em razão de seu domicílio);²²¹ **b)** a cada distribuição periódica de lucros pelo FII, os rendimentos são qualificáveis como juros sob o art. 11 dos acordos, sendo ambos os países competentes para a tributação, mas o país da fonte geralmente é limitado à alíquota de 15% de IRRF (o conceito de “*juros*” em regra engloba *rendimentos de créditos de qualquer natureza*, acompanhadas ou não de garantias hipotecárias ou de uma cláusula de participação nos lucros do devedor, em particular os rendimentos da dívida pública, de títulos ou debêntures, inclusive ágios e prêmios a eles vinculados, assim como quaisquer outros rendimentos que a legislação tributária do Estado de que provenham assimile a importâncias emprestadas);²²² e **c)** a cada venda de cotas, os ganhos de capital são qualificáveis como ganhos de capital sob o art. 13 dos acordos, sendo ambos os países competentes para a tributação, sem limitação da alíquota (a definição de “*ganhos de capital*” está geralmente relacionada à *alienação de bens*, podendo haver tratamentos específicos conforme o bem seja um móvel qualquer ou participação em empresa imobiliária).²²³

Como alertado, essa regra comporta exceções. Por exemplo, o ganho de capital auferido por um investidor residente no Japão ao vender cotas de FII no Brasil é tributável somente pelo Japão.²²⁴ Além disso, se no caso de investimento estrangeiro em FII o Brasil qualifica a fonte como condomínio e a renda como juros ou ganhos de capital, no caso de investimento brasileiro em REIT o outro Estado pode se valer de diferente qualificação para a fonte (por exemplo, sociedade ou *trust*) e a renda (por exemplo, dividendo ou outros rendimentos), tal que essa

²¹⁹ ROCHA, Sérgio André. **Brazil's Treaty Policy**. Bulletin for International Taxation, June 2017, pp. 333-339. Disponível em: <http://www.sarocha.com.br/wp-content/uploads/2017/06/bit_2017_06_br_4.pdf>. Acesso em: 22 jun. 2022.

²²⁰ OECD. **Articles of the Model Convention with Respect to Taxes on Income and on Capital as they read on 21 November 2017**, article 3(1)(a). Disponível em: <<https://www.oecd.org/ctp/treaties/articlesmodel-tax-convention-2017.pdf>>. Acesso em: 22 jun. 2022.

²²¹ *Ibidem*, article 4.

²²² *Ibidem*, article 11(3).

²²³ *Ibidem*, article 13(4)(5).

²²⁴ BRASIL. **Decreto n. 61.899, de 14 de dezembro de 1967**, art. 12(3). Disponível em: <<https://www.gov.br/receita-federal/pt-br/aceso-a-informacao/legislacao/acordos-internacionais/acordos-para-evitar-a-dupla-tributacao/japao/decreto-no-61-899-de-14-de-dezembro-de-1967>>. Acesso em: 22 jun. 2022.

diversidade de qualificações pode acarretar insegurança e problemas de aplicação da norma fiscal.²²⁵

Conforme antecipado na introdução do presente trabalho, o fisco afirmou haver pessoas físicas residentes no Brasil que utilizam pessoas jurídicas domiciliadas no exterior para aplicar em FII, a fim de aproveitarem a isenção de IR sobre ganhos líquidos auferidos na venda de cotas do FII no mercado de bolsa de valores, bem como para gozarem da alíquota reduzida de 15% sobre rendimentos distribuídos pelo FII. O fisco opinou que esses ganhos e rendimentos deveriam ser tributados pela alíquota geral de 20%.

Em que pese essa posição da autoridade fiscal, entende-se que cada caso deve ser analisado em suas especificidades, pois casos de evidente fraude convivem com casos que justificam a estrutura de investimento circular ou *round tripping*. Para tanto, cumpre analisar dois exemplos hipotéticos.

O primeiro exemplo é o de uma pessoa física residente no Brasil, que poderia diretamente comprar cotas de um FII, mas que com o objetivo exclusivo de reduzir sua carga tributária opta por constituir uma empresa detida 100% em seu nome na forma de *Limited Liability Company* ou LLC no Estado de Delaware, sendo seus recursos remetidos ao exterior e retornados ao Brasil para a compra de cotas do FII por intermédio da LLC. Os custos da constituição e da manutenção da LLC seriam vantajosos desde que inferiores à economia tributária – afinal, no Brasil, as alíquotas de IRRF seriam reduzidas de 20% para 15% sobre rendimentos²²⁶ e de 20% para 0% sobre ganhos de capital em bolsas de valores;²²⁷ e em Delaware, o regime fiscal privilegiado preveniria o imposto de renda federal norte-americano sobre essa participação societária detida por não residentes nos Estados Unidos da América.²²⁸⁻²²⁹ Entende-se que esse primeiro exemplo estaria sujeito à opinião do fisco, pois a LLC não teria propósito comercial, de modo que os ganhos e rendimentos deveriam ser tributados pela alíquota geral de 20% de IRRF.

O segundo exemplo é de uma pessoa física residente no Brasil que, juntamente com outros investidores não relacionados, adquire participação de um veículo estrangeiro, também denominado *aggregator* ou *feeder*, tendo objetivos não tributários, tais como reduzir o risco

²²⁵ TROST, Andreas. **El truste n la planificación fiscal internacional**. In: Fiscalidad Internacional. ANTÓN, Fernando Serrano (coord.). Madrid: Centro de Estudios Financieros, 4ª ed., 2010, p. 1.262.

²²⁶ BRASIL. **Instrução Normativa RFB n. 1.585, de 31 de agosto de 2015**, *opus citatum*, art. 89, inciso II.

²²⁷ *Ibidem*, art. 90, §1º, inciso I.

²²⁸ BRASIL. **Instrução Normativa RFB n. 1.037, de 04 de junho de 2010**. Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=16002>>. Acesso em: 22 jun. 2022.

²²⁹ BRASIL. **Solução de Consulta Cosit n. 218, de 29 de novembro de 2018**. Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=97289>>. Acesso em: 22 jun. 2022.

cambial por meio da preservação da origem de recursos auferidos originariamente em moeda estrangeira, acessar produtos financeiros oferecidos em outros países sem similar nacional, obter condições mais vantajosas de retorno financeiro com produtos financeiros oferecidos no Brasil devido ao maior aporte de principal possibilitado pelo veículo coletivo, dentre outros objetivos diversos ao da mera economia tributária. Naturalmente, não basta mera motivação, sendo necessárias provas hábeis e idôneas desse propósito negocial. No entanto, o que se pretende demonstrar é o casuísmo da análise de licitude do veículo estrangeiro utilizado por uma pessoa física residente no Brasil para investir em cotas de FII. Essa análise casuística é indicada pelo Ato Declaratório Interpretativo RFB n. 5/19,²³⁰ ao declarar que a jurisdição do investidor direto no Brasil determina a origem do investimento para fins de aplicação do regime especial de tributação previsto nos arts. 88 a 98 da Instrução Normativa RFB n. 1.585/15, exceto nos casos de dolo, fraude ou simulação.

A tributação dos FII pode ser assim sumarizada:

Tributação do FII					
Carteira	Isenção para rendimentos e ganhos em geral ***				
	Incide IRRF sobre aplicações financeiras de renda fixa e de renda variável em geral ***				
	Isenção para rendimentos e ganhos de LH, CRI, LCI e FII em bolsa ou MBO ***				
	Discutível incidência de 20% de IR sobre ganho auferido por FoF na venda de cotas de FII ***				
	Até 34% de IRPJ/CSLL e até 9,25% de PIS/COFINS, se o FII for tributado pelo lucro real ***				
	Até 6,73% sobre a receita da venda de imóveis, até 14,53% sobre a receita de locação de imóveis, e até 34% sobre aplicações financeiras, se o FII for tributado pelo lucro presumido				
Distribuição semestral	FII pulverizado (≥ 50 cotistas e cotas negociadas só em bolsa ou balcão organizado)				
	Investidor PF	Investidor PJ	INR fora de PDTF	INR dentro de PDTF	
	Isento se < 10% das cotas e ≤ 10% dos rendimentos ***	20% (fonte); até 34% (ajuste)	Isento se PF ***	Isento se PF ***	
	20% nos demais casos		15% se PJ	20% se PJ	
	FII concentrado (< 50 cotistas ou cotas negociadas em balcão desorganizado)				
	Investidor PF	Investidor PJ	INR fora de PDTF	INR dentro de PDTF	
	20%	20% (fonte); até 34% (ajuste)	15%	20%	
	Resgate ou amortização	Investidor PF	Investidor PJ	INR fora de PDTF	INR dentro de PDTF
		20%	20% (fonte); até 34% (ajuste)	15%	20%
	Venda	Investidor PF	Investidor PJ	INR fora de PDTF	INR dentro de PDTF
20%		20% (fonte); até 34% (ajuste)	Não incide se dentro de bolsa ***		
			20% se fora da bolsa	20% se dentro ou fora de bolsa	

²³⁰ BRASIL. Ato Declaratório Interpretativo RFB n. 5, de 17 de dezembro de 2019. Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=105652>>. Acesso em: 22 jun. 2022.

2.3 A tributação dos institutos estrangeiros similares ao FII

A Exposição de Motivos n. 532/91 revela que o FII foi inspirado em institutos estrangeiros.²³¹ O FII foi pensado a partir dos fundos imobiliários sem personalidade jurídica do Direito Europeu, notadamente do Direito Suíço.²³² O FII foi forjado como um fundo fiduciário comparável ao *trust* encontrado nos Estados Unidos, em Portugal e na França.²³³

Em virtude dessas referências estrangeiras que inspiraram o legislador pátrio na criação do FII, serão analisados cinco institutos estrangeiros (US-REIT norte-americano, UK-REIT britânico, SIIC francesa, SOCIMI espanhola e SIGI português), que foram selecionados a partir de uma prévia análise realizada com outros nove institutos estrangeiros (J-REIT japonês, G-REIT alemão, SIIQ italiano, *unit trust* australiano, S-REIT singapurense, MFT canadense, HK-REIT chinês, B-REIT belga e FBI holandês).²³⁴ A tabela produzida pela comparação entre esses institutos estrangeiros está no **Apêndice A**.

2.3.1 O US-REIT norte-americano

Os **números de 2020** revelam a existência de 191 US-REIT avaliados em mais de EUR 980 bilhões.²³⁵

A **introdução** do US-REIT se deu em 1960 na forma de *corporation*.²³⁶ Seu propósito era permitir o acesso de pequenos investidores ao mercado imobiliário.²³⁷ Assim como um acionista se beneficia da titularidade de ações de uma companhia, um cotista auferirá benefícios econômicos em decorrência da renda produzida pelos imóveis do US-REIT.²³⁸ O US-REIT oferece uma série de vantagens ao pequeno investidor, tais como a possibilidade de investir em um portfólio de imóveis em vez de em um só imóvel, a gestão profissional, bem como o

²³¹ BRASIL. **Exposição de Motivos n. 532, 04 de novembro de 1991**, *opus citatum*, itens 5 e 8.

²³² *Ibidem*, item 5.

²³³ *Ibidem*, item 8.

²³⁴ EPRA. **Global REIT Survey 2020 – A comparison of the major REIT regimes around the world**. Disponível em: <https://prodapp.epra.com/media/EPRA_Global_REIT_Survey_2020_1597930925323.pdf>. Acesso em: 03 fev. 2021.

²³⁵ *Ibidem*, p. 251.

²³⁶ *Ibidem*, p. 251.

²³⁷ *Ibidem*, p. 251.

²³⁸ *Ibidem*, p. 251.

recebimento periódico de um fluxo de caixa decorrente da distribuição de quase toda a renda a fim de aproveitar a isenção de tributos corporativos.²³⁹

Os **antecedentes** do US-REIT remontam ao fim da Revolução Industrial em meados do século 19.²⁴⁰ Naquela época, a legislação do Estado de Massachussets proibia que uma *corporation* tivesse como único propósito a detenção e a negociação de imóveis.²⁴¹ Em resposta a essa proibição, foi criado o *business trust*.²⁴² O *business trust* era uma forma híbrida entre as *corporations* e as *partnerships*, pois reunia apenas as vantagens de cada uma dessas figuras.²⁴³ As *corporations* inspiraram a administração centralizada, a liberdade de transferência das ações, a limitação da responsabilidade dos beneficiários, bem como a participação dos beneficiários na distribuição de resultados.²⁴⁴ Já as *partnerships* inspiraram a transparência para fins fiscais, em que os beneficiários eram diretamente responsáveis, inclusive pelos tributos.²⁴⁵ Ocorre que em 1935 a Suprema Corte norte-americana retirou a transparência fiscal dos *business trusts*, que passaram a ser tributáveis como se fossem *corporations*.²⁴⁶ Só em 1960, em resposta ao aquecimento do mercado imobiliário norte-americano após a Segunda Guerra Mundial, o então Presidente Dwight D. Eisenhower firmou o *REIT Act* e, com isso, criou o US-REIT.²⁴⁷

Houve **aprimoramentos** desde a criação do US-REIT.²⁴⁸ Em 1976, o *Tax Reform Act* aplicou aos US-REIT regras de tributação típicas das *corporations*, eliminando as incertezas da forma híbrida do *business trust*, o que ensejou o fenômeno *corporatization of the REIT*.²⁴⁹ Em 1986, outro *Tax Reform Act* permitiu aos US-REIT a gestão e a administração de grande parte dos seus ativos, o que eliminou muitos conflitos de agência, assim entendidos os interesses por

²³⁹ *Ibidem*, p. 251.

²⁴⁰ CHAN, Su Han; ERICKSON, John; WANG, Ko. **Real estate investment trusts. Structure, performance and investment opportunities**. Oxford University Press, 2003, p. 14.

²⁴¹ *Ibidem*.

²⁴² *Ibidem*.

²⁴³ **The real estate investment trust: state tax, tort and contractual liabilities of the trust, trustee and shareholder**. In: Michigan Law Review. Michigan: The Michigan Law Review Association, v. 71, n. 4, 1973, p. 811. Disponível em: <<https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4445&context=mlr>>. Acesso em: 20 jun. 2022.

²⁴⁴ *Ibidem*, pp. 811-812.

²⁴⁵ *Ibidem*, p. 812.

²⁴⁶ *Ibidem*, p. 808.

²⁴⁷ *Ibidem*, p. 820.

²⁴⁸ BARRETO FILHO, Oscar. **Regime jurídico das sociedades de investimento (“investment trust”)**. São Paulo: Max Limonad, 1956, p. 97.

²⁴⁹ LEE, Suet Fern; FOO, Linda Esther. **Real estate investment trust in Singapore: recent legal and regulatory developments and the case for corporatization**. In: Singapore Academy of Legal Journal, v. 22, 2010, p. 36 e ss. Disponível em: <<https://journalsonline.academypublishing.org.sg/Journals/Singapore-Academy-of-Law-Journal-Special-Issue/e-Archive/ctl/eFirstSALPDFJournalView/mid/513/ArticleId/374/Citation/JournalsOnlinePDF>>. Acesso em: 20 jun. 2022.

vezes divergentes entre os investidores e os administradores.²⁵⁰ Em 1990, o mercado imobiliário sofreu uma forte recessão, caracterizada pela redução em até 50% no valor dos imóveis em decorrência da intensa oferta de imóveis durante a década anterior. Somente a partir de 1992, o US-REIT se consolidou no mercado de investimento da poupança popular.²⁵¹

A **forma legal** do US-REIT pode ser qualquer forma admitida pela legislação norte-americana, inclusive *corporation*, *partnership*, *business trust* e *limited liability company*.²⁵² Apesar da forma legal, a entidade deve ter optado por ser tributada como uma *corporation* por meio do procedimento *check the box*.²⁵³ A listagem não é mandatória, ou seja, é possível manter um US-REIT privado.²⁵⁴ O status de US-REIT é adquirido mediante simples preenchimento do Form 1120-REIT.²⁵⁵ Não há necessidade de prévia aprovação ou notificação para a eleição do status de US-REIT.²⁵⁶ Sob pena de multas, o US-REIT deve anualmente enviar cartas para que seus cotistas confirmem a titularidade dos benefícios das cotas.²⁵⁷

Os **cotistas** do US-REIT devem cumprir certas condições. O US-REIT deve ter no mínimo 100 cotistas.²⁵⁸ Metade das cotas não pode ser detida por cinco ou menos cotistas.²⁵⁹ Não há restrição à entrada de cotistas estrangeiros.²⁶⁰ Não há capital mínimo exigido.²⁶¹

A **alocação da carteira** do US-REIT deve cumprir determinados requisitos. No mínimo 75% dos ativos devem ser imóveis, títulos públicos ou caixa.²⁶² Pelo menos 75% da receita bruta deve ser composta por aluguéis de imóveis e juros de hipoteca de imóveis.²⁶³ No mínimo 95% da receita bruta deve decorrer de fontes relacionadas a imóveis ou fontes de renda passiva,

²⁵⁰ SANGER, Gary C.; SIRMANS, C. F.; TURNBULL, Geoffrey K. **The Effects of Tax Reform on Real Estate: Some Empirical Results**. Land Economics, University of Wisconsin, v. 66, n. 4, November 1990, pp. 409-424. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/3146623>>. Acesso em: 20 jun. 2022.

²⁵¹ GELTNER, David. **Commercial Real Estate and the 1990-91 Recession in the United States**. Massachusetts Institute of Technology. Department of Urban Studies & Planning, MIT Center for Real Estate. January 2013, p. 28. Disponível em: <https://mitcre.mit.edu/wp-content/uploads/2013/10/Commercial_Real_Estate_and_the_1990-91_Recession_in_the_US.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2022.

²⁵² EPRA. **Global REIT Survey 2020 – A comparison of the major REIT regimes around the world**, *opus citatum*, p. 252.

²⁵³ *Ibidem*, p. 252.

²⁵⁴ *Ibidem*, p. 253.

²⁵⁵ *Ibidem*, p. 252.

²⁵⁶ *Ibidem*, p. 252.

²⁵⁷ *Ibidem*, p. 252.

²⁵⁸ *Ibidem*, p. 252.

²⁵⁹ *Ibidem*, p. 252.

²⁶⁰ *Ibidem*, p. 252.

²⁶¹ *Ibidem*, p. 252.

²⁶² *Ibidem*, p. 253.

²⁶³ *Ibidem*, p. 253.

tais como dividendos e juros.²⁶⁴ Ao final de cada trimestre, não mais do que 20% dos ativos do US-REIT podem ser compostos por títulos de um US-REIT subsidiário tributável.²⁶⁵

A **distribuição mínima anual** do US-REIT envolve pelo menos 90% da renda ordinária tributável.²⁶⁶ Se pelo menos 85% da renda não for distribuída no ano em que foi produzida, incide uma tributação de 4% sobre a diferença positiva entre a distribuição devida e a distribuição realizada.²⁶⁷ O US-REIT pode declarar dividendos em dezembro e pagar em janeiro. A distribuição mínima anual não engloba os ganhos de capital.²⁶⁸

A **tributação no nível do US-REIT** varia conforme o caso. A renda distribuída é dedutível da renda tributável, mas a renda e os ganhos de capital retidos sujeitam-se a tributação sobre a renda corporativa.²⁶⁹ O US-REIT pode deduzir dos impostos norte-americanos os impostos estrangeiros que tenham sido retidos.²⁷⁰ Ao final do primeiro ano de opção pelo status de US-REIT, a entidade deve tributar o ganho correspondente à diferença positiva entre o valor os ativos na data da conversão para US-REIT e o custo pelo qual os ativos vinham sendo declarados até então.²⁷¹ Essa tributação dos ganhos realizados na data da conversão da entidade para US-REIT só não será devida se os ativos forem mantidos por cinco anos no US-REIT.²⁷² A maioria dos Estados tributa a transferência de imóveis para o US-REIT.²⁷³

A **tributação no nível dos cotistas** também varia conforme o caso. Inexiste retenção de imposto nas distribuições de dividendos feitas pelo US-REIT para cotistas norte-americanos.²⁷⁴ Para as pessoas físicas, a tributação alcança até 37% sobre a distribuição de renda, até 23,8% sobre a distribuição de ganho, e um adicional de 3,8% sobre a distribuição de renda ou de ganho que exceder USD 200.000.²⁷⁵ Para as pessoas jurídicas, a tributação é de 21% sobre a distribuição de renda ou de ganho.²⁷⁶ Para investidores não residentes, a tributação é de 30% sobre renda e 21% sobre ganhos.²⁷⁷

²⁶⁴ *Ibidem*, p. 253.

²⁶⁵ *Ibidem*, p. 253.

²⁶⁶ *Ibidem*, p. 254.

²⁶⁷ *Ibidem*, p. 254.

²⁶⁸ *Ibidem*, p. 254.

²⁶⁹ *Ibidem*, p. 255.

²⁷⁰ *Ibidem*, p. 256.

²⁷¹ *Ibidem*, p. 256.

²⁷² *Ibidem*, p. 256.

²⁷³ *Ibidem*, p. 256.

²⁷⁴ *Ibidem*, p. 257.

²⁷⁵ *Ibidem*, p. 257.

²⁷⁶ *Ibidem*, p. 257.

²⁷⁷ *Ibidem*, p. 257.

Entende-se que o US-REIT e FII brasileiro apresentam diferenças. Diferentemente do FII brasileiro, que é organizado sob a forma de condomínio fechado e que só excepcionalmente é tributado como se fosse pessoa jurídica, o US-REIT pode ser organizado sob diversas formas (*corporation, trust, partnership, limited liability company*) e é tributado como uma *corporation*, a despeito de poder neutralizar a tributação se distribuir seus lucros. Além disso, o descumprimento da distribuição mínima obrigatória enseja tributação da carteira do US-REIT, mas por falta de previsão expressa não enseja a tributação da carteira do FII brasileiro. Ademais, a tributação no nível dos cotistas é maior no US-REIT para pessoas físicas (37% sobre rendimentos, 23,8% para ganhos e 3,8% de adicional se a renda exceder USD 200.000 *versus* isenção ou 20%), menor no US-REIT para pessoas jurídicas (21% sobre rendimentos e ganhos *versus* até 34%), e maior no US-REIT para não residentes (30% sobre rendimentos e 21% sobre ganhos *versus* até 20%).

2.3.2 O UK-REIT britânico

Os **números de 2020** revelam a existência de 53 UK-REIT avaliados em mais de EUR 58 bilhões.²⁷⁸

A **introdução** do UK-REIT se deu em 2007 na forma de *corporate entity*.²⁷⁹ As primeiras alterações ocorreram em 2012, tais como a extinção da cobrança de 2% do valor justo dos imóveis para o reconhecimento do status de UK-REIT, a possibilidade de listagem em um mercado alternativo (*Alternative Investment Market* ou AIM), além da concessão de um período de graça de 3 anos para que o UK-REIT deixe de ser fechado e se torne público.²⁸⁰ Outras mudanças foram previstas em 2013 e 2014, especialmente a isenção prevista para rendas auferidas por um UK-REIT que invista em outro UK-REIT, bem como regras de desconsideração de cotistas ligados.²⁸¹ Novidades foram introduzidas em 2019, quando foi prevista a isenção de tributos sobre a venda de ações em companhias britânicas que extraiam pelo menos 75% de seu valor de terras locais.²⁸²

²⁷⁸ *Ibidem*, p. 175.

²⁷⁹ *Ibidem*, p. 175.

²⁸⁰ *Ibidem*, p. 175.

²⁸¹ *Ibidem*, p. 175.

²⁸² *Ibidem*, p. 175.

O **procedimento** para a conversão de um grupo de companhias em UK-REIT depende da comprovação de que a companhia matriz cumpre uma série de requisitos.²⁸³ Primeiro, a matriz deve ser domiciliada no Reino Unido e não domiciliada em outro lugar.²⁸⁴ Segundo, a matriz deve ter ações admitidas para negociação em mercado de bolsa.²⁸⁵ Terceiro, a matriz só pode ter ações que sejam ordinárias (uma só classe) ou preferenciais sem direito de voto.²⁸⁶ Quarto, a matriz não pode ter empréstimos atrelados à performance.²⁸⁷ Quinto, a matriz deve produzir relatórios financeiros.²⁸⁸

Os **cotistas** devem cumprir algumas condições. O cotista não pode ser uma companhia fechada, assim entendida aquela que é detida por cinco ou menos investidores.²⁸⁹ Há uma tributação sancionatória no nível do UK-REIT que não adota medidas razoáveis para prevenir a distribuição de dividendos para uma pessoa jurídica detentora de 10% ou mais das cotas ou dos direitos de voto do UK-REIT.²⁹⁰ O capital mínimo exigido para a listagem em bolsa é GBP 700.000.²⁹¹

A **alocação da carteira** do UK-REIT segue percentuais previamente definidos. No mínimo 75% do lucro líquido deve advir do aluguel de imóveis.²⁹² No mínimo 75% dos ativos devem ser postos para locação.²⁹³ O imóvel de sede do UK-REIT não qualifica como ativo posto para locação.²⁹⁴ A carteira deve ser composta por no mínimo três ativos separados, mas nenhum ativo pode exceder 40% do total de ativos.²⁹⁵ Os imóveis podem ser residenciais ou comerciais, dentro ou fora do Reino Unido.²⁹⁶

A **distribuição de lucros** deve ocorrer dentro de 12 meses após o fim do exercício.²⁹⁷ No mínimo 90% da renda decorrente da locação de imóveis deve ser distribuída.²⁹⁸ A renda decorrente de atividades residuais não precisa ser distribuída.²⁹⁹ Os dividendos podem ser pagos

²⁸³ *Ibidem*, p. 176.

²⁸⁴ *Ibidem*, p. 176.

²⁸⁵ *Ibidem*, p. 176.

²⁸⁶ *Ibidem*, p. 176.

²⁸⁷ *Ibidem*, p. 177.

²⁸⁸ *Ibidem*, p. 177.

²⁸⁹ *Ibidem*, p. 177.

²⁹⁰ *Ibidem*, p. 177.

²⁹¹ *Ibidem*, p. 177.

²⁹² *Ibidem*, p. 178.

²⁹³ *Ibidem*, p. 178.

²⁹⁴ *Ibidem*, p. 178.

²⁹⁵ *Ibidem*, p. 178.

²⁹⁶ *Ibidem*, p. 178.

²⁹⁷ *Ibidem*, p. 179.

²⁹⁸ *Ibidem*, p. 179.

²⁹⁹ *Ibidem*, p. 180.

em dinheiro ou em cotas.³⁰⁰ Dentro de 12 meses após o fim do exercício, um UK-REIT deve redistribuir os lucros que tenha recebido de outro UK-REIT.³⁰¹ Os ganhos de capital decorrentes da transferência de imóveis não precisam ser distribuídos.³⁰²

A **tributação no nível do UK-REIT** é intrincada. Há isenção de tributos sobre a renda decorrente da locação de imóveis ou da aplicação em outro UK-REIT.³⁰³ Há tributação na ordem de 19% sobre as demais rendas.³⁰⁴ Há isenção de tributos sobre os ganhos de capital decorrentes da venda de imóveis postos para locação.³⁰⁵ Há tributação sobre o ganho auferido na venda de imóveis desenvolvidos pelo UK-REIT, caso essa venda ocorra dentro de 3 anos contados de quando o custo de desenvolvimento excedeu 30% do custo de aquisição dos imóveis.³⁰⁶ Há tributação sobre o ganho auferido na venda de imóveis destinados a fins alheios à locação.³⁰⁷ Desde 2019, há isenção de tributos sobre os ganhos auferidos pelo UK-REIT na venda de ações de uma companhia britânica que extrai pelo menos 75% do seu valor de propriedades localizadas no Reino Unido.³⁰⁸ Não há retenção de impostos por ocasião da distribuição de renda ou ganho isento, porém, se a distribuição exceder a soma isenta de renda e ganho, há retenção de impostos na ordem de 20%.³⁰⁹ Incidem tributos sobre a transferência de imóveis do e para o UK-REIT.³¹⁰

A **tributação no nível dos cotistas** varia conforme o caso. Pessoas jurídicas tributam a 19% a distribuição de renda e ganho isentos no nível do UK-REIT, não tributam a distribuição de renda e ganho já tributados no nível do UK-REIT, e tributam normalmente os ganhos que auferirem na venda de cotas do UK-REIT.³¹¹ Pessoas físicas sofrem a tributação de 20% sobre a distribuição de renda e ganho que não tenham sido tributados no nível do UK-REIT e, se estiverem sujeitas às alíquotas mais elevadas de 40% ou 45%, devem complementar a tributação por ocasião da entrega das suas declarações anuais.³¹² Ademais, pessoas físicas que recebam distribuição de renda e ganho tributados no nível do UK-REIT devem recolher alíquotas

³⁰⁰ *Ibidem*, p. 180.

³⁰¹ *Ibidem*, p. 180.

³⁰² *Ibidem*, p. 180.

³⁰³ *Ibidem*, p. 181.

³⁰⁴ *Ibidem*, p. 181.

³⁰⁵ *Ibidem*, p. 181.

³⁰⁶ *Ibidem*, pp. 181-182.

³⁰⁷ *Ibidem*, p. 182.

³⁰⁸ *Ibidem*, p. 182.

³⁰⁹ *Ibidem*, p. 182.

³¹⁰ *Ibidem*, pp. 182-183.

³¹¹ *Ibidem*, p. 183.

³¹² *Ibidem*, p. 183.

marginais de 7,5%, 32,5% ou 38,1% sobre o montante que exceder GBP 2.000.³¹³ Ainda, ganhos de capital na venda de cotas do UK-REIT sujeitam-se à tributação entre 10% e 20%.³¹⁴ Por fim, investidores não residentes sujeitam-se à retenção de 20% sobre as distribuições de renda e ganho isentos no nível do UK-REIT e, além disso, sujeitam-se à tributação regular de ganhos auferidos na venda de cotas do UK-REIT.³¹⁵

Entende-se que o UK-REIT e o FII brasileiro apresentam semelhanças e diferenças. Similarmente ao FII brasileiro, o UK-REIT deve distribuir periodicamente os lucros, havendo isenção de tributos sobre distribuições realizadas de um UK-REIT para outro UK-REIT. Diferentemente do FII brasileiro, que é organizado sob a forma de condomínio fechado, o UK-REIT é organizado sob a forma de *corporate entity*. O UK-REIT aproveita isenção sobre as rendas auferidas de outro UK-REIT, assim como um FII brasileiro é isento sobre as rendas auferidas de outro FII brasileiro. Por fim, comparando o UK-REIT com o FII brasileiro, a tributação no nível dos cotistas é similar para pessoas físicas (20% sobre rendimentos e de 10%-20% para ganhos *versus* isenção ou 20%), menor para pessoas jurídicas (19% *versus* 34%), e maior para não residentes (20% *versus* isenção ou 15% ou 20%).

2.3.3 A SIIC francesa

Os **números de 2020** revelam a existência de 28 SIIC avaliadas em mais de EUR 40 bilhões.³¹⁶

A **introdução** da SIIC francesa deu-se em 2003. “*SIIC*” é acrônimo para “*sociétés d’investissements immobiliers cotées*”.³¹⁷

O **procedimento** para que uma empresa de investimento imobiliário seja tributada conforme o regime de tributação da SIIC francesa envolve um formulário que deve ser apresentado pela empresa matriz para a autoridade tributária.³¹⁸ As subsidiárias optantes pelo regime de tributação da SIIC francesa devem ser listadas e atualizadas anualmente.³¹⁹ O capital mínimo para que uma empresa seja listada é EUR 15 milhões.³²⁰ A matriz deve ser uma

³¹³ *Ibidem*, p. 184.

³¹⁴ *Ibidem*, p. 184.

³¹⁵ *Ibidem*, p. 184.

³¹⁶ *Ibidem*, p. 39.

³¹⁷ *Ibidem*, p. 39.

³¹⁸ *Ibidem*, p. 40.

³¹⁹ *Ibidem*, p. 40.

³²⁰ *Ibidem*, p. 41.

companhia (*société anonyme*) ou qualquer outra forma companhia cujo capital seja dividido em ações listáveis (*société en commandite par actions*).³²¹ As subsidiárias devem ser residentes para fins fiscais na França; 95% do seu capital deve ser detido direta ou indiretamente por matrizes que tenham validamente optado pelo regime de tributação da SIIC francesa; e suas atividades devem ser típicas de uma SIIC francesa.³²²

Os **cotistas da SIIC francesa** devem cumprir determinadas regras. Um único cotista não pode ter mais de 60% das cotas ou dos direitos de voto da SIIC francesa.³²³ O mesmo vale para um grupo de cotistas agindo em conjunto nos termos de um acordo comum.³²⁴ A violação temporária desse percentual é admissível em determinadas circunstâncias, tais como aquisições, fusões, conversões e resgates.³²⁵ Já a violação permanente desse percentual acarreta a suspensão do regime tributário da SIIC francesa.³²⁶ Esse percentual só não se aplica à SIIC francesa detentora de mais de 60% das cotas ou dos direitos de voto de outra SIIC francesa.³²⁷ Antes de optar pelo regime tributário da SIIC francesa, 15% do capital ou dos direitos de voto da matriz devem ser detidos por cotistas que individualmente não tenham mais de 2% do capital ou dos direitos de voto da matriz.³²⁸

A **alocação da carteira** da SIIC francesa deve atender a algumas condições. A principal atividade da SIIC francesa deve ser aquisição e/ou construção de imóveis com o objetivo de locação, bem como investimento direto ou indireto em *sociétés de personnes* ou outras companhias residentes fiscais na França que tenham objetivos similares aos da SIIC francesa.³²⁹ Os imóveis podem ser residenciais, comerciais ou industriais.³³⁰ Ainda, os imóveis podem estar situados dentro ou fora da França.³³¹ A matriz e as subsidiárias que optarem pelo regime tributário da SIIC francesa podem desenvolver atividades geradoras de renda ativa, desde que sejam atividades acessórias, ou seja, contanto que os ativos destinados a essas atividades geradoras de renda ativa não excedam 20% do valor bruto total de ativos da matriz ou subsidiária.³³²

³²¹ *Ibidem*, p. 41.

³²² *Ibidem*, p. 41.

³²³ *Ibidem*, p. 41.

³²⁴ *Ibidem*, p. 41.

³²⁵ *Ibidem*, p. 42.

³²⁶ *Ibidem*, p. 42.

³²⁷ *Ibidem*, p. 42.

³²⁸ *Ibidem*, p. 42.

³²⁹ *Ibidem*, p. 42.

³³⁰ *Ibidem*, p. 42.

³³¹ *Ibidem*, p. 42.

³³² *Ibidem*, p. 42-43.

A **distribuição de lucros** deve envolver no mínimo 95% das rendas, 70% dos ganhos de capital e 100% dos dividendos.³³³

O **regime tributário no nível da SIIC francesa** varia conforme o tipo de renda ou ganho. A isenção é aplicável a certas rendas, tais como arrendamentos e dividendos de subsidiárias que tenham optado pelo regime de tributação da SIIC francesa.³³⁴ A isenção é aplicável a certos ganhos de capital, por exemplo, na venda de propriedades arrendadas, venda de participação em algumas *partnerships*, inclusive venda de participação em subsidiárias que tenham optado pelo regime de tributação da SIIC francesa.³³⁵ Inexiste retenção de tributos sobre rendas de fonte francesa, mas é admitida a tomada de crédito em relação aos tributos retidos no exterior sobre rendas de fonte estrangeira.³³⁶

A **tributação no nível dos cotistas** varia conforme o beneficiário. Pessoas jurídicas sujeitam-se à tributação dos dividendos pagos a partir de rendas e ganhos isentos no nível da SIIC francesa, mas há isenção de 95% sobre dividendos pagos a partir de rendas e ganhos já tributados no nível da SIIC francesa.³³⁷ Pessoas jurídicas sujeitam-se a tributação de até 32,02% sobre ganhos na venda de cotas.³³⁸ Devoluções de capital são não tributáveis.³³⁹ Pessoas físicas sujeitam-se atualmente à tributação de 30% sobre dividendos recebidos em distribuição da SIIC francesa ou ganhos auferidos na venda de cotas da SIIC francesa.³⁴⁰ Investidores não residentes sujeitam-se a 30% de retenção sobre dividendos distribuídos pela SIIC francesa.³⁴¹

Entende-se que a SIIC francesa e o FII brasileiro apresentam semelhanças e diferenças. Similarmente ao FII brasileiro, há isenção sobre rendas imobiliárias da SIIC francesa, bem como é obrigatória a periódica distribuição de lucros pela SIIC francesa. Diferentemente do FII brasileiro, que é organizado sob a forma de condomínio fechado, a SIIC francesa é organizada sob a forma de *société*. No Brasil há discussão sobre a tributação do ganho auferido por um FII na venda de cotas de outro FII, mas na França há isenção tributária sobre os ganhos auferidos por SIIC francesa na venda de participação em outra SIIC francesa. Outra divergência diz respeito à existência (na França) e inexistência (no Brasil) de expressa previsão legal sobre as condições, inclusive temporais, em que a concentração das cotas do veículo nas mãos de poucos

³³³ *Ibidem*, p. 47.

³³⁴ *Ibidem*, p. 49.

³³⁵ *Ibidem*, p. 50.

³³⁶ *Ibidem*, pp. 49-50.

³³⁷ *Ibidem*, p. 52.

³³⁸ *Ibidem*, p. 52.

³³⁹ *Ibidem*, p. 52.

³⁴⁰ *Ibidem*, p. 53.

³⁴¹ *Ibidem*, p. 54.

cotistas implica a desconsideração do regime tributário favorável da SIIC francesa e do FII brasileiro. Por fim, comparando a SIIC francesa com o FII brasileiro, a tributação no nível dos cotistas é maior para pessoas físicas e não residentes (30% *versus* até 20%), mas é menor para pessoas jurídicas (32,02% *versus* até 34%).

2.3.4 A SOCIMI espanhola

Os **números de 2020** mostram a existência de 77 SOCIMI avaliadas em mais de EUR 20 bilhões.³⁴²

A **introdução** da SOCIMI se deu em 2009 na forma de empresa.³⁴³ O termo “*SOCIMP*” é acrônimo de “*Sociedades Anónimas Cotizadas de Inversión em el Mercado Inmobiliario*”.³⁴⁴ Desde sua origem, o propósito da SOCIMI é facilitar o acesso dos cidadãos espanhóis à propriedade imobiliária e, ao mesmo tempo, incrementar a competitividade nos mercados de imóveis e de valores mobiliários.³⁴⁵

O **procedimento** para a instituição de uma SOCIMI é a listagem na bolsa espanhola ou em mercados alternativos (*Alternative Investment Market* ou AIM).³⁴⁶ O regime tributário especial deve ser aprovado na assembleia geral de cotistas e notificado à autoridade tributária antes do fim do quarto trimestre do respectivo exercício.³⁴⁷ O capital mínimo exigido é EUR 5 milhões.³⁴⁸ A SOCIMI deve ser uma sociedade anônima com ações nominativas de uma só classe e cotadas em mercado regulado.³⁴⁹

Os **cotistas** da SOCIMI podem deter qualquer percentual de participação na SOCIMI. Todavia, cada bolsa exige um percentual mínimo de ações disponíveis para a negociação pelo público.³⁵⁰

A **alocação da carteira** deve zelar para que no mínimo 80% dos ativos sejam imóveis urbanos adquiridos ou desenvolvidos para locação, ações de outras SOCIMI ou outros REIT, ações de companhias não listadas, bem como participação em veículos de investimento coletivo

³⁴² *Ibidem*, p. 162.

³⁴³ *Ibidem*, p. 162.

³⁴⁴ *Ibidem*, p. 162.

³⁴⁵ *Ibidem*, p. 162.

³⁴⁶ *Ibidem*, p. 163.

³⁴⁷ *Ibidem*, p. 163.

³⁴⁸ *Ibidem*, p. 163.

³⁴⁹ *Ibidem*, p. 163.

³⁵⁰ *Ibidem*, p. 164.

em imóveis.³⁵¹ No mínimo 80% da receita deve derivar da locação dos ativos e/ou recebimento de dividendos distribuídos por subsidiárias.³⁵² Os imóveis devem ser detidos pela SOCIMI por um período mínimo de três anos, pois, do contrário, eventual ganho de capital na venda de imóveis detidos por período inferior a três anos sujeita-se à tributação de 25%.³⁵³

A **distribuição de lucros** deve ocorrer em no máximo seis meses do fim do exercício.³⁵⁴ Os valores devem ser pagos aos cotistas em no máximo um mês da distribuição.³⁵⁵ A distribuição deve englobar 100% dos dividendos que a SOCIMI tenha recebido de empresas investidas, no mínimo 50% dos ganhos na venda de imóveis ou participações societárias, e pelo menos 80% do restante do lucro.³⁵⁶

A **tributação no nível da SOCIMI** consiste em 0% sobre rendas e ganhos, exceto ganho na venda de ativos detidos por período inferior a três anos, caso em que incide tributação de 25% sobre o ganho.³⁵⁷ Há 95% de isenção de tributos na transferência de imóveis para a SOCIMI.³⁵⁸

A **tributação no nível do cotista** varia conforme o tipo de cotista. Pessoas jurídicas devem incluir os valores recebidos em distribuição da SOCIMI na base de cálculo sujeita à tributação de 25%, e ganhos de capital são tributáveis a 25%.³⁵⁹ Pessoas físicas devem oferecer à tributação regular tanto os valores recebidos em distribuição da SOCIMI quanto os ganhos de capital.³⁶⁰ Investidores não residentes sujeitam-se à tributação da renda e dos ganhos conforme alíquotas padrão.³⁶¹

Entende-se que a SOCIMI espanhola e o FII brasileiro apresentem semelhanças e diferenças. Similarmente ao FII brasileiro, há isenção sobre rendas e ganhos da SOCIMI espanhola, bem como é obrigatória a periódica distribuição de lucros pela SOCIMI espanhola. Diferentemente do FII brasileiro, que é organizado sob a forma de condomínio fechado, a SOCIMI espanhola é organizada sob a forma de *sociedade*. Além disso, a tributação no nível da cotista pessoa jurídica é menor na SOCIMI espanhola em comparação com o FII brasileiro (25% *versus* 34%).

³⁵¹ *Ibidem*, p. 165.

³⁵² *Ibidem*, p. 165.

³⁵³ *Ibidem*, p. 166.

³⁵⁴ *Ibidem*, p. 166.

³⁵⁵ *Ibidem*, p. 166.

³⁵⁶ *Ibidem*, p. 166.

³⁵⁷ *Ibidem*, p. 168.

³⁵⁸ *Ibidem*, p. 169.

³⁵⁹ *Ibidem*, p. 170.

³⁶⁰ *Ibidem*, p. 171.

³⁶¹ *Ibidem*, p. 171.

2.3.5 A SIGI portuguesa

A **introdução** da SIGI se deu em 2019 na forma de *corporation*.³⁶² “SIGI” é acrônimo de “*sociedades de investimento e gestão imobiliária*”.³⁶³ As cotas devem ser listadas no período de um ano contado da incorporação da SIGI.³⁶⁴ Há regras para alocação da carteira, limites de endividamento e obrigatoriedade de distribuição de lucros. A SIGI pode aproveitar um regime tributário favorável, ainda que não esteja sujeita ao regramento de veículos de investimento coletivo e à supervisão da autoridade portuguesa responsável pela regulação do mercado de valores mobiliários.³⁶⁵ A SIGI deve ser uma *sociedade anónima* com capital mínimo de EUR 5 milhões.³⁶⁶ A SIGI deve ter o objetivo de adquirir direitos de propriedade para locação, a detenção de participação em outras SIGI ou companhias, bem como a detenção de participação em veículos portugueses de investimento coletivo.³⁶⁷ Todos os ativos devem ser detidos por no mínimo três anos.³⁶⁸

Os **cotistas** devem cumprir requisitos. No mínimo 20% (nos três primeiros anos) e 25% (no quinto ano) das cotas da SIGI devem ser detidas por cotistas que não tenham mais de 2% cada.³⁶⁹

A **alocação da carteira** a partir do segundo ano da constituição da SIGI deve respeitar dois requisitos: no mínimo 80% dos ativos devem ser ativos imobiliários e holdings; e no mínimo 75% dos ativos devem ser imóveis para locação ou outro contrato que envolva a prestação de serviços.³⁷⁰ Todos os ativos devem ser detidos por no mínimo três anos.³⁷¹

A **distribuição de lucros** deve ocorrer dentro de nove meses após o fim do exercício. No mínimo 90% das rendas devem ser distribuídas.³⁷² Os ganhos de capital são dispensados de distribuição, embora no mínimo 75% do produto da venda de ativos deva ser reinvestida dentro de três anos.³⁷³

³⁶² *Ibidem*, p. 150.

³⁶³ *Ibidem*, p. 150.

³⁶⁴ *Ibidem*, p. 150.

³⁶⁵ *Ibidem*, p. 150.

³⁶⁶ *Ibidem*, p. 151.

³⁶⁷ *Ibidem*, p. 151.

³⁶⁸ *Ibidem*, p. 151.

³⁶⁹ *Ibidem*, p. 152.

³⁷⁰ *Ibidem*, p. 153.

³⁷¹ *Ibidem*, p. 153.

³⁷² *Ibidem*, p. 154.

³⁷³ *Ibidem*, p. 154.

O **regime tributário no nível da SIGI** caracteriza-se pela isenção de tributos sobre aluguéis de imóveis, dividendos/juros de investimentos, bem como ganhos de capital na venda de imóveis sob locação ou de investimentos.³⁷⁴ Incide 21% sobre demais rendas e ganhos de capital.³⁷⁵ Subsidiárias sujeitam-se à tributação de 21%.³⁷⁶

O **regime tributário no nível dos cotistas** varia conforme o beneficiário. Pessoas jurídicas sujeitam-se à tributação de 21% sobre distribuições e ganhos de capital, exceto se tiverem participação de 10% ou mais, caso em que podem aproveitar a isenção de tributos.³⁷⁷ Pessoas físicas sujeitam-se à tributação de 28% sobre distribuições e ganhos de capital.³⁷⁸ Investidores não residentes sujeitam-se à tributação de 10% sobre distribuições e ganhos de capital.³⁷⁹

Entende-se que a SIGI portuguesa e o FII brasileiro apresentam semelhanças e diferenças. Similarmente ao FII brasileiro, há isenção sobre rendas e ganhos imobiliários da SIGI portuguesa, bem como é obrigatória a periódica distribuição de lucros pela SIGI portuguesa. Diferentemente do FII brasileiro, que é organizado sob a forma de condomínio fechado sem personalidade jurídica, a SIGI portuguesa é organizada sob a forma de *sociedade*. Por fim, comparando a SIGI portuguesa com o FII brasileiro, a tributação no nível do cotista é menor para pessoa jurídica (21% *versus* 34%), menor para não residente (10% *versus* até 25%), e maior para pessoas físicas (28% *versus* 20%).

³⁷⁴ *Ibidem*, p. 155.

³⁷⁵ *Ibidem*, p. 155.

³⁷⁶ *Ibidem*, p. 156.

³⁷⁷ *Ibidem*, p. 157.

³⁷⁸ *Ibidem*, p. 158.

³⁷⁹ *Ibidem*, p. 158.

3 LUCROS DISTRIBUÍDOS POR FII: TRIBUTAÇÃO OU ISENÇÃO

A obrigatoriedade de distribuição semestral de lucros pelo FII foi introduzida tempos depois da criação dos FII, não sendo a eles inata. Uma vez distribuídos, os lucros são geralmente tributados pelo IRRF, mas podem ser isentos de IRRF.

A tributação dos lucros distribuídos pelo FII, por ocorrer automaticamente na distribuição, cumpre um importante propósito arrecadatório e de combate ao infinito diferimento da tributação, mas pode produzir resultados contrários à regra matriz de incidência do IRRF. Já a isenção de IRRF sobre os lucros distribuídos pelo FII é condicionada ao cumprimento de três condições legais, que devem ser interpretadas nos exatos limites do texto da lei, sob pena de negar a isenção a quem tem direito ou, ainda, deixar de cobrar tributos de quem os deve.

3.1 A distribuição dos lucros semestrais dos FII: obrigatoriedade e cálculo

Em suas origens, o FII não era obrigado a distribuir semestralmente seus lucros. Em outras palavras, a obrigatoriedade de o FII distribuir seus lucros semestrais não constava da redação original da Lei n. 8.668/93,³⁸⁰ mas foi introduzida posteriormente pela Lei n. 9.779/99.³⁸¹ Dessa feita, a distribuição dos lucros semestrais, longe de ser inata ao FII, foi introduzida *a posteriori* no ordenamento jurídico.

Entre 1991 e 1992, o Projeto de Lei n. 2.204/91 não estipulava a obrigatoriedade de distribuição semestral de lucros, mas apenas tratava da tributação aplicável à eventual distribuição de lucros pelo FII. Nesse sentido, o art. 13 do Projeto de Lei n. 2.204/91 se restringia a prever a tributação aplicável sobre os rendimentos e os ganhos de capital distribuídos pelo FII. Em síntese, incidia 25% de IRRF para beneficiários em geral,³⁸² não incidia IRRF para pessoa jurídica tributada com base no Lucro Real³⁸³ e, por fim, incidia IR nos termos da legislação aplicável para investidores residentes ou domiciliados no exterior.³⁸⁴

³⁸⁰ BRASIL. Lei n. 8.668, de 25 de junho de 1993, *opus citatum*, art. 10, parágrafo único.

³⁸¹ BRASIL. Lei n. 9.779, de 19 de janeiro de 1999, *opus citatum*, art. 1º.

³⁸² BRASIL. Projeto de Lei n. 2.204, de 28 de novembro de 1991, *opus citatum*, art. 13, *caput*.

³⁸³ *Ibidem*, art. 13, §1º.

³⁸⁴ *Ibidem*, art. 13, §2º.

Naquela época, era compreensível o caráter facultativo da distribuição dos lucros pelo FII. Vale recordar que o Projeto de Lei n. 2.204/91 admitia que o FII fosse constituído sob a forma de condomínio aberto (admitindo o resgate de cotas), ou seja, não era exigido que o FII fosse constituído sob a forma de condomínio fechado (vedado o resgate de cotas). Assim, bastava que o FII fosse organizado sob a forma de condomínio aberto para que o cotista pudesse, a qualquer tempo, pedir o resgate de suas cotas, ainda que o FII não procedesse com as então facultativas distribuições de lucros.

Desde 1993, porém, a Lei n. 8.668/93 exige que o FII seja constituído sob a forma de condomínio fechado, proibido o resgate de cotas. Trata-se de uma modificação introduzida pelo Deputado Mussa Demes, do Partido da Frente liberal, atual Democratas. A justificação dada pelo próprio parlamentar foi de que a forma aberta desses fundos poderia provocar o “*aumento de risco dos investimentos*”, o que poderia “*afetar a sobrevivência do produto*”, exigindo um “*rigoroso controle do fluxo de caixa face ao longo prazo dos negócios desses fundos*”, razão por que a forma fechada desses fundos seria necessária para a “*recuperação do mercado, sobretudo com o resgate de credibilidade*”, assegurando “*a estabilidade dos negócios*” e “*a proteção dos investidores*”.³⁸⁵

Ocorre que, no período compreendido entre 1993 e 1998, mesmo exigindo que o FII fosse organizado sob a forma de condomínio fechado, a Lei n. 8.668/93 não previa a obrigatoriedade de distribuição semestral de lucros. Pelo contrário, o art. 17 da Lei n. 8.668/93 praticamente reproduzia o art. 13 do Projeto de Lei n. 2.204/91, pois previa que os rendimentos e os ganhos de capital distribuídos pelo FII, sob qualquer forma e a qualquer beneficiário, sujeitavam-se à incidência de 25% de IRRF, exceto se os investidores fossem residentes ou domiciliados no exterior, caso em que se sujeitavam ao imposto de renda nos termos da legislação aplicável a essa classe de contribuintes. Ou seja, foi excluído o tratamento especial dispensado às pessoas jurídicas tributadas com base no Lucro Real.

Em 1999, a Medida Provisória n. 1.788/98,³⁸⁶ convertida na Lei n. 9.779/99, alterou significativamente a tributação do FII. Dentre outras modificações, ela passou a prever a distribuição semestral obrigatória de, no mínimo 95% dos lucros auferidos pelo FII, mediante a introdução do parágrafo único no artigo 10 da Lei n. 8.668/93. A Exposição de Motivos n.

³⁸⁵ BRASIL. **Projeto de Lei n. 2.204-A, de 12 de agosto de 1992**, *opus citatum*, pp. 27-30; 79-82.

³⁸⁶ BRASIL. **Medida Provisória n. 1.788, de 29 de dezembro de 1998**. Disponível em: <

834-A/MF³⁸⁷ consignou que o objetivo da Medida Provisória n. 1.788/98 era “evitar a postergação do pagamento do imposto sobre os ganhos e rendimentos auferidos pelos referidos fundos”.

Em outras palavras, o próprio legislador informa que a distribuição obrigatória de lucros pelo FII foi introduzida em caráter puramente arrecadatório, a fim de viabilizar a cobrança do IRRF sobre os rendimentos e os ganhos auferidos pelas carteiras dos FII. O legislador da época tinha em mira o acréscimo patrimonial do FII – não o do cotista –, mas, evitando que os cotistas se insurgissem contra a automática tributação dos lucros do FII, o legislador cuidou de estabelecer a automática distribuição desses lucros, viabilizando a tributação do crédito ou pagamento aos cotistas.

A CVM, divergindo do legislador, entendeu que a distribuição obrigatória de lucros no FII não teria fins unicamente tributários, mas, sim, teria o propósito de proteção ao investidor, uma vez que se trata de fundo fechado e que a obrigação de disponibilização da renda visa a garantir o recebimento semestral dos benefícios do investimento realizado pelo cotista, conforme o MEMO/CVM/SIN/SNC/N.1/2015,³⁸⁸ doravante “Memorando n. 1/15”, e o PARECER/N.381/2015/PFE-CVM/PGF/AGU,³⁸⁹ doravante “Parecer n. 381/15”. Em ambos esses atos, a CVM explica por que a seu ver a distribuição obrigatória de lucros pelo FII teria sido introduzida em 1999 para cumprir objetivos regulatórios, isto é, de proteção ao direito dos cotistas aos lucros do FII.

Primeiramente, a CVM entendeu que a obrigatoriedade de distribuição de lucros pelo FII deveria ser interpretada à luz do arcabouço normativo e dos valores caros à sociedade de cada época. Em outras palavras, a manifestação do legislador, no sentido de que a distribuição obrigatória de lucros teria o objetivo de evitar a postergação do pagamento do IRRF, seria um elemento hermenêutico adicional, contudo, não impediria que outros objetivos se somassem, por força do contexto em que fosse feita a subsunção do fato à norma.³⁹⁰⁻³⁹¹

³⁸⁷ BRASIL. **Exposição de Motivos n. 834-A/MF**. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/medpr/1998/medidaprovisoria-1788-29-dezembro-1998-369851-exposicaodemotivos-1-pe.html>>. Acesso em: 18 jun. 2021.

³⁸⁸ BRASIL. **MEMO/CVM/SIN/SNC/Nº 1/2015**. Disponível em: <<https://conteudo.cvm.gov.br/export/sites/cvm/legislacao/oficios-circulares/sin-snc/anexos/oc-sin-snc-0115-2.pdf>>. Acesso em: 22 jun. 2022.

³⁸⁹ BRASIL. **PARECER/Nº 381/2015/PFE-CVM/PGF/AGU**. Disponível em: <<https://conteudo.cvm.gov.br/export/sites/cvm/decisoes/anexos/2015/20150317/9595-Parecer.pdf>>. Acesso em: 22 jun. 2022.

³⁹⁰ BRASIL. **MEMO/CVM/SIN/SNC/Nº 1/2015**, *opus citatum*, pp. 10-11.

³⁹¹ BRASIL. **PARECER/Nº 381/2015/PFE-CVM/PGF/AGU**, *opus citatum*, pp. 4-5.

Em segundo lugar, CVM tomou como contexto os Recursos Especiais n. 1.187.365³⁹² e n. 777.452,³⁹³ nos quais o STJ identificou uma relação de consumo entre os investidores e os fundos de investimento, o que exigiria uma análise mais conservadora das normas de regência dos fundos, a fim de resguardar o direito dos cotistas à percepção dos lucros decorrentes dos fundos. Daí ter a CVM concluído que a distribuição obrigatória dos lucros do FII seria uma norma com objetivo tributário (evitar a postergação do pagamento do IRRF) e consumerista ou regulatório (proteger o direito dos cotistas aos lucros do FII).³⁹⁴

Em terceiro lugar, no entender da CVM, a prova de que objetivo consumerista ou regulatório superaria o objetivo tributário como justificativa para a distribuição obrigatória dos lucros dos FII seria “*a garantia de que o cotista do FII perceba, semestralmente, remuneração por sua participação no fundo*”, o que seria reforçado pelo fato de que “*o direito à remuneração é garantido, inclusive, para os cotistas que estão isentos do pagamento do IR, nos termos do artigo 19 da Lei n. 9.532/97*”.³⁹⁵⁻³⁹⁶

Em que pesem as boas explicações, a conclusão da CVM comporta críticas. Em relação às duas primeiras explicações, não se nega a importância de o intérprete considerar o contexto fático e os valores da sociedade na qual aplica uma norma, porém, não se pode ignorar que o legislador expressou a sua justificativa exclusivamente tributária para tornar obrigatória a distribuição semestral de lucros. Naquele momento, o legislador poderia ter consignado outros objetivos, inclusive regulatório e consumerista, mas não o fez. Inclusive, a Lei n. 9.779/99 foi classificada como norma de Direito Tributário.³⁹⁷ Por conseguinte, o objetivo tributário é evidente, ao passo que outros objetivos são meramente presumidos.

Relativamente à terceira justificativa proposta pela CVM, nota-se que o teor do art. 19 da Lei n. 9.532/97 esteve em vigor de 01/01/98 (data fixada pelo art. 72, inciso II, da Medida Provisória n. 1.602/97)³⁹⁸ até 20/01/99 (data em que foi revogado pela Lei n. 9.779/99). Isso significa que, em 2015, data da manifestação da CVM por meio do Parecer n. 381/15, já havia sido revogado o art. 19 da Lei n. 9.532/97. Ainda que não tivesse sido revogado, o art. 19 da

³⁹² BRASIL. **Recurso Especial n. 2010/0058796-1**, Quarta Turma, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, julgado em 22/05/2014, publicado no DJe 25/08/2014.

³⁹³ BRASIL. **Recurso Especial n. 2003/0177169-4**, Quarta Turma, Rel. Min. Raul Araújo, julgado em 19/02/2013, publicado no DJe 26/02/2013.

³⁹⁴ BRASIL. **PARECER/Nº 381/2015/PFE-CVM/PGF/AGU**, *opus citatum*, pp. 5-6.

³⁹⁵ *Ibidem*, p. 5.

³⁹⁶ BRASIL. **MEMO/CVM/SIN/SNC/Nº 1/2015**, *opus citatum*, p. 11.

³⁹⁷ Disponível em: <<https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=LEI&numero=9779&ano=1999&ato=b3dk3a65keNpWT380>>. Acesso em: 22 jun. 2022.

³⁹⁸ BRASIL. **Medida Provisória n. 1.602, de 14 de novembro de 1997**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/MPV/Antigas/1602.htm>. Acesso em: 26 jun. 2022.

Lei n. 9.532/97 tratava da isenção de IR prevista para a carteira do FII, ou seja, não tratava da isenção dos cotistas do FII, diversamente do que faz crer o Parecer n. 381/15.³⁹⁹ Eventual prevalência dos objetivos regulatórios sobre os objetivos tributários da distribuição obrigatória de lucros pelo FII só ganhou força a partir de 2005, quando a legislação isentou o IRRF sobre os rendimentos auferidos por pessoa física detentora de menos de 10% das cotas e até 10% dos rendimentos de um FII detido por no mínimo 50 cotistas e cujas cotas sejam admitidas à negociação exclusivamente em bolsas de valores ou no mercado de balcão organizado – afinal, só a partir de então a distribuição passou a poder ocorrer sem a consequente tributação.⁴⁰⁰

Além disso, veja-se que a distribuição obrigatória dos lucros nem sempre garante que o cotista de FII perceba, semestralmente, remuneração por sua participação no fundo. Tradicionalmente, o cotista do FII é uma pessoa física, a qual só percebe remuneração quando efetivamente recebe os recursos do FII. Isso significa que a percepção do rendimento pela pessoa física cotista se dá no momento em que efetivamente recebe ou controla a destinação do caixa. Ocorre que esse efetivo recebimento ou controle da destinação dos recursos nem sempre se dá: é o caso do cotista minoritário, que vota pelo recebimento dos lucros, mas que é vencido pelos demais cotistas em assembleia e que, conseqüentemente, não tem nem o controle sobre a destinação dos recursos nem o efetivo recebimento do caixa. Esse tema será explorado doravante no presente **capítulo 3 sobre lucros distribuídos por FII**.

Por fim, tecendo críticas adicionais à posição da CVM, vale verificar que o tema é objeto de dissenso interno da CVM. A princípio, a área técnica concordou com propósito exclusivamente tributário da obrigatoriedade de distribuição de lucros pelos FII. Prova disso é que, no Parecer n. 381/15, consta que a Procuradoria Federal Especializada junto à CVM “*discorda do entendimento levantado pela área técnica no item III.b da consulta, de que o art. 10, parágrafo único, da Lei n. 8.668/91 teria finalidade exclusivamente tributária*”.⁴⁰¹ Assim, a área técnica *a priori* concordou com o caráter exclusivamente tributário da distribuição obrigatória de lucros pelo FII, mas, ao final, alterou seu entendimento para concordar com a Procuradoria Federal Especializada junto à CVM.

É importante ter em mente que a obrigatoriedade de distribuição semestral dos lucros pelo FII só foi introduzida em 1999, mas por cerca de quinze anos pairou a dúvida sobre a forma de cálculo desses lucros. O parágrafo único do artigo 10 da Lei n. 8.668/93 prevê que o FII deve

³⁹⁹ BRASIL. PARECER/Nº 381/2015/PFE-CVM/PGF/AGU, *opus citatum*, p. 5.

⁴⁰⁰ BRASIL. Lei n. 11.196, de 21 de novembro de 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2005/lei/111196.htm>. Acesso em: 25 jun. 2022.

⁴⁰¹ *Ibidem*, p. 4.

distribuir a seus cotistas, no mínimo, “95% dos lucros **auferidos**, apurados segundo o regime de caixa, com base em **balanço ou balancete** semestral”.⁴⁰² Afinal, como calcular esses lucros sujeitos à distribuição obrigatória?

A partir das reclamações de alguns cotistas sobre o cálculo dos administradores para determinar os valores a distribuir pelos FII, a CVM realizou verificações e constatou irregularidades, seja porque às vezes os valores a distribuir eram calculados com base na diferença entre o valor de mercado e o valor patrimonial das cotas, seja porque noutras vezes os valores a distribuir eram drasticamente reduzidos mediante a dedução de reservas sem a correspondente saída de caixa.⁴⁰³

RICARDO LACAZ MARTINS⁴⁰⁴ informa que originalmente muitos FII reinvestiam todo o lucro auferido durante o semestre, de modo a encerrar o período com o caixa próximo de zero, a fim de impedir a distribuição do resultado. Para justificar essa prática, argumentava-se que o lucro passível de distribuição e o rendimento passível de tributação seriam aqueles disponíveis em caixa, ou seja, não existindo caixa também inexistiria o dever de distribuir lucros e tributar rendimentos. Assim, adotava-se o conceito de que o lucro seria calculado com base apenas no “*aumento nas variações do caixa e equivalentes de caixa*” ou, ainda, na “*sobra de caixa*”. Assim, entre 1999 e 2014, a prática disseminada no mercado dos FII era reinvestir a cada semestre a sobra de caixa, reduzindo o resultado a distribuir.

No entanto, essa prática foi inibida a partir de 2014, por meio da publicação, pela CVM, de orientações sobre a forma de cálculo dos lucros distribuíveis pelos FII.

3.1.1 A orientação da CVM em 2014 e o manifesto da ANBIMA

A primeira orientação da CVM sobre o cálculo, pelos FII, dos lucros sujeitos à distribuição obrigatória foi dada por meio do Ofício-Circular/CVM/SIN/SNC/Nº 01/14, doravante “Ofício-Circular n. 1/14”.⁴⁰⁵

Com base no Ofício-Circular n. 1/14, a administradora deve partir do resultado contábil apurado pelo regime de competência a cada semestre e realizar ajustes pelo regime de caixa,

⁴⁰² BRASIL. **Lei n. 8.668, de 25 de junho de 1993**, *opus citatum*, art. 10, parágrafo único.

⁴⁰³ BRASIL. **MEMO/CVM/SIN/SNC/Nº 1/2015**, *opus citatum*, p. 1.

⁴⁰⁴ MARTINS, Ricardo Lacaz. **Tributação da Renda Imobiliária**. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 267

⁴⁰⁵ BRASIL. **Ofício-Circular CVM/SIN/SNC/N. 01, de 2 de maio de 2014**. Disponível em: <<http://conteudo.cvm.gov.br/legislacao/oficios-circulares/sin-snc/oc-sin-snc-0114.html>>. Acesso em: 11 fev. 2021.

tais como: **a)** o cômputo de receitas e despesas relativas a períodos anteriores que só tenham sido recebidas e pagas no período corrente; **b)** a desconsideração de receitas e despesas relativas ao período corrente que ainda não tenham sido efetivamente recebidas e pagas; e **c)** a desconsideração de receitas e despesas que já tenham sido efetivamente recebidas e pagas, mas que guardem relação com períodos futuros.⁴⁰⁶

De acordo com a CVM, a administradora deve distribuir no mínimo 95% dos lucros apurados na forma disposta pelo Ofício-Circular n. 1/14, e no máximo 5% desses lucros podem ser destinados à reserva de contingência.⁴⁰⁷

Cumprir notar que a CVM classificou o Ofício-Circular n. 1/14 como orientação ao mercado, ou seja, o ato seria meramente interpretativo de um enunciado legal existente desde 1998 e, por conseguinte, produziria efeitos retroativos.⁴⁰⁸

Na qualidade de representante das administradoras de FII, a ANBIMA contestou o Ofício-Circular n. 1/14. Mesmo sem acessar o inteiro teor, é possível extrair trechos e argumentos utilizados no manifesto da ANBIMA e respondidos pela CVM por meio do Memorando n. 1/15.⁴⁰⁹

A ANBIMA retratou situações específicas em que o Ofício-Circular n. 1/14 poderia trazer aos FII eventuais aspectos de iliquidez e, por vezes, restringir ou impedir a continuidade das operações do FII.⁴¹⁰

Primeiramente, a ANBIMA tratou das **despesas orçadas** na contratação de serviços e na tomada de crédito, que transitam pelo resultado contábil, mas que segundo o Ofício-Circular n. 1/14 deveriam ser adicionadas na apuração dos lucros a distribuir pelo FII, pois seriam despesas ainda sem impacto no caixa do FII.⁴¹¹ Ocorre que se essas despesas fossem adicionadas na apuração dos lucros sujeitos à distribuição, haveria o risco de não serem honradas por falta de caixa, o que poderia levar à inadimplência do FII e a prejuízos aos interesses dos cotistas.⁴¹²

Em seguida, a ANBIMA fez referência ao **pagamento de litígios**. Os depósitos judiciais não são despesas, não transitam pelo resultado e, segundo o Ofício-Circular n. 1/14, não são

⁴⁰⁶ *Ibidem*, itens 2 e 4.

⁴⁰⁷ *Ibidem*, item 5.

⁴⁰⁸ *Ibidem*, descrição do assunto no preâmbulo.

⁴⁰⁹ BRASIL. MEMO/CVM/SIN/SNC/Nº 1/2015, *opus citatum*, p. 1.

⁴¹⁰ *Ibidem*, p. 3.

⁴¹¹ *Ibidem*, p. 4.

⁴¹² *Ibidem*, p. 4.

deduzidos da base de cálculo dos lucros a serem distribuídos pelo FII.⁴¹³ Isso pode limitar a atuação da administradora em defesa dos interesses dos cotistas do FII.⁴¹⁴

Na sequência, a CVM abordou o tema das **reservas de contingências**. O FII cujo patrimônio seja composto de imóveis é responsável por despesas extraordinárias de condomínio, tais como: **a)** obras de reformas ou acréscimos que interessem à estrutura integral do imóvel; **b)** pintura de fachadas, empenas, poços de aeração e iluminação, bem como das esquadrias externas; **c)** obras destinadas a repor as condições de habitabilidade do edifício; **d)** indenizações trabalhistas e previdenciárias pela dispensa de empregados, ocorridas em data anterior ao início da locação; **e)** instalação de equipamento de segurança e de incêndio, de telefonia, de intercomunicação, de esporte e de lazer; **f)** despesas de decoração e paisagismo nas partes de uso comum; e **g)** constituição de fundo de reserva. Se o FII não puder reter mais de 5% dos lucros, é possível que falte caixa para fazer frente a reparos emergenciais, o que pode colocar vidas humanas em perigo.⁴¹⁵

Ainda, a ANBIMA enfrentou o tema da **cessão de recebíveis para investimento**. É prática comum que a administradora ceda os recebíveis referentes ao aluguel dos imóveis detidos pelo FII. O recebimento dos recursos adiantados e o pagamento das obrigações contraídas a prazo devem ser reconhecidos durante o prazo de locação dos imóveis. Se esses recebimentos e esses pagamentos forem computados na apuração dos lucros a distribuir pelo FII, será comprometida a capacidade de geração de receitas futuras e de honrar compromissos com os credores das cessões.⁴¹⁶

Por fim, a ANBIMA tratou das **benfeitorias em imóvel de copropriedade**. Para não vender sua fração em um imóvel, o FII pode se ver obrigado a acompanhar desembolsos deliberados pelos demais proprietários de um imóvel em copropriedade, o que exige sobra de caixa. Contudo, a substituição de elevadores e a expansão de um *shopping center* são desembolsos que têm a natureza de gastos capitalizáveis. Isso significa que esses desembolsos não são despesas, não transitam pelo resultado e, segundo o Ofício-Circular n. 1/14, não são deduzidos da base de cálculo dos lucros a serem distribuídos pelo FII. Portanto, o Ofício-Circular n. 1/14 cria uma situação em que desembolsos com benfeitorias reduzem a sobra de caixa, mas não podem reduzir os lucros a distribuir pelo FII.⁴¹⁷

⁴¹³ *Ibidem*, p. 5.

⁴¹⁴ *Ibidem*, p. 5.

⁴¹⁵ *Ibidem*, pp. 5-6.

⁴¹⁶ *Ibidem*, p. 6.

⁴¹⁷ *Ibidem*, p. 6.

A partir dos exemplos supracitados, a ANBIMA alertou que a chamada de capital dependeria da aprovação dos cotistas, da aceitação pelo mercado, e do dispêndio de tempo e dinheiro. Por isso, ela defendeu que o Ofício-Circular n. 1/14 deveria ser reformado, a fim de que despesas orçadas, pagamentos em litígio, reservas de contingências, cessão de recebíveis e benfeitorias pudessem ser objeto de reservas ou de provisões, a serem deduzidas na apuração dos lucros a distribuir pelo FII.⁴¹⁸

No entanto, as razões da ANBIMA não foram acatadas pela CVM, que em menos de um ano publicou sua segunda orientação sobre a forma de cálculo dos lucros distribuíveis pelos FII.

3.1.2 A orientação da CVM em 2015 e a prática do mercado

A segunda orientação da CVM sobre o cálculo, pelos FII, dos lucros sujeitos à distribuição obrigatória foi dada por meio do Ofício-Circular/CVM/SIN/SNC/Nº 01/15, doravante “Ofício-Circular n. 1/15”.⁴¹⁹

Endossando o ato anterior, o Ofício-Circular n. 1/15 orientou que os lucros a serem distribuídos pelo FII deveriam ser calculados a partir do resultado contábil apurado pelo regime de competência, sujeito a ajustes pelo regime de caixa.⁴²⁰

Complementando o ato anterior, o Ofício-Circular n. 1/15 admitiu a possibilidade de os cotistas deliberarem em assembleia, mediante aprovação da maioria das cotas presentes, o não recebimento dos lucros auferidos, apurados segundo o regime de caixa.⁴²¹ Para tanto, a administradora deveria detalhar os motivos da retenção dos lucros a serem distribuídos, explicitando a parcela já distribuída ao longo do semestre e a parcela remanescente a distribuir, bem como dando publicidade à memória de cálculo dos lucros a distribuir por meio do informe mensal do FII.⁴²²

Entende-se que a redação do Ofício-Circular n. 1/15 enseja duas interpretações. De um lado, ao prever que “*a distribuição de 95% dos lucros, no mínimo semestralmente, é obrigatória*

⁴¹⁸ *Ibidem*, pp. 4-7.

⁴¹⁹ BRASIL. **Ofício-Circular CVM/SIN/SNC/N. 01, de 18 de março de 2015**. Disponível em: <<http://conteudo.cvm.gov.br/legislacao/oficios-circulares/sin-snc/oc-sin-snc-0115.html>>. Acesso em: 12 fev. 2021.

⁴²⁰ *Ibidem*, item 2.i.

⁴²¹ *Ibidem*, item 2.iii.

⁴²² *Ibidem*, itens 2.iv até 2.vi.

e automática”,⁴²³ o Ofício-Circular n. 1/15 inadmite outra postura que não seja a apuração e a automática distribuição de, no mínimo, 95% dos lucros do FII. Consequentemente, restaria à assembleia, por maioria dos cotistas presentes, deliberar pelo não pagamento dos lucros, mas a distribuição dos lucros seria automática e obrigatória. Com isso, o FII teria um passivo ou uma obrigação de futuramente pagar os rendimentos creditados aos cotistas. Essa interpretação parece mais acertada. De outro lado, ao fazer referência à “*retenção dos lucros a serem distribuídos*”,⁴²⁴ o Ofício-Circular n. 1/15 abre margem para a interpretação de que os lucros, em vez de serem distribuídos, poderiam ser retidos. Essa interpretação contradiz o texto legal, que expressamente exige a distribuição dos lucros semestrais do FII.

DANIEL PIGA VAGETTI⁴²⁵ parece endossar a segunda interpretação. O autor escreve que existem argumentos para discutir eventual cobrança do IRRF na situação de retenção dos lucros a serem distribuídos, “*tendo em vista a falta de distribuição de lucros apurados pelos FII*” e, consequentemente, a “*possibilidade de afastar a incidência do imposto de renda enquanto não ocorra a efetiva distribuição dos lucros auferidos pelo FII*”.

Em que pese o entendimento diverso do referido autor, o Ofício-Circular n. 1/15 não poderia dispensar a distribuição semestral de lucros pelo FII, sob pena de, invadindo a competência legislativa, ilegalmente esvaziar o art. 10, parágrafo único, da Lei n. 8.668/93, que exige a distribuição semestral de lucros pelo FII. Assim, na tentativa de compatibilizar o Ofício-Circular n. 1/15 com o art. 10, parágrafo único, da Lei n. 8.668/93, entende-se que a distribuição semestral de, no mínimo 95%, dos lucros do FII continua obrigatória e automática, mas a assembleia pode deliberar para que os rendimentos creditados não sejam pagos, mas sejam retidos.

Desde 2015, ao analisar as demonstrações financeiras dos FII, nota-se que a maioria adota como ponto de partida o resultado da DRE, sujeito a ajustes para refletir apenas as receitas devidas recebidas e as despesas devidas incorridas, porém, alguns FII adotam como ponto de partida o caixa líquido das atividades operacionais da DFC e, ainda, outros FII simplesmente apuram um resultado diverso para distribuição.

Para chegar a essa conclusão, foram analisados os onze FII que em 2020 tinham os maiores patrimônios líquidos em cada um dos seguintes segmentos: *a)* títulos e valores

⁴²³ *Ibidem*, item 2.ii.

⁴²⁴ *Ibidem*, item 2.iv.

⁴²⁵ VAGETTI, Daniel Piga. **Fundo de Investimento Imobiliário e a retenção do IR**. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/fundo-de-investimento-imobiliario-e-a-retencao-do-ir-07052019>>. Acesso em: 19 jun. 2021.

mobiliários; *b*) híbrido; *c*) logística; *d*) lajes corporativas; *e*) outros; *f*) shoppings; *g*) agência; *h*) hospital; *i*) hotéis; *j*) educacional; e *k*) residencial. A análise completa consta do **Apêndice B**.⁴²⁶

O resultado contábil da DRE ajustado para efeito caixa pode ser verificado nas demonstrações financeiras de 2020 dos fundos com os maiores patrimônios líquidos nos segmentos “**títulos e valores mobiliários**” (Kinea Índices de Preços FII),⁴²⁷ “**híbrido**” (Kinea Renda Imobiliária FII),⁴²⁸ “**logística**” (Prologis Brazil Logistics Venture FII),⁴²⁹ “**outros**” (FII Península),⁴³⁰ “**agência**” (BB Progressivo II FII),⁴³¹ “**hospital**” (FII Novo Horizonte),⁴³² “**educacional**” (FII Campus Faria Lima)⁴³³ e “**residencial**” (Loft II Maison São Paulo FII).⁴³⁴

O caixa líquido das atividades operacionais da DFC, por vezes ajustado, pode ser constatado nas demonstrações financeiras de 2020 dos fundos com os maiores patrimônios líquidos nos segmentos “**lajes corporativas**” (2509 FII),⁴³⁵ “**shoppings**” (Hedge Brasil Shopping FII).⁴³⁶

A soma de fatores diversos – por exemplo, recebimento de aluguéis, recebimento de dividendos, juros sobre resgate de cotas de fundo, e despesas transitadas pelo caixa – é constatável nas demonstrações financeiras do fundo com maior patrimônio líquido do segmento “**hotéis**” (XP Hotéis FII).⁴³⁷

A partir da análise desses onze FII, nota-se que oito FII partem do resultado da DRE ajustado para caixa, dois FII partem do caixa líquido da DFC, e um FII realiza uma apuração

⁴²⁶ CVM. **Medidas Fundos Estruturados (dez/2020)**. Disponível em: <<http://dados.cvm.gov.br/dataset/fiemedidas>>. Acesso em: 12 fev. 2021.

⁴²⁷ B3. **Demonstrações financeiras de jun/20**. Disponível em: <<https://fnet.bmfbovespa.com.br/fnet/publico/exibirDocumento?id=115854&cvm=true>>. Acesso em: 13 fev. 2021.

⁴²⁸ B3. **Demonstrações financeiras de jun/20**. Disponível em: <<https://fnet.bmfbovespa.com.br/fnet/publico/exibirDocumento?id=115274>>. Acesso em: 13 fev. 2021.

⁴²⁹ B3. **Demonstrações financeiras de dez/19**. Disponível em: <<https://www.brtrust.com.br/wp-content/uploads/2018/12/DF-PROLOGIS-FII-EXERC%C3%8DCIO-FINDO-2019.pdf>>. Acesso em: 13 fev. 2021.

⁴³⁰ B3. **Demonstrações financeiras de dez/19**. Disponível em: <<https://fnet.bmfbovespa.com.br/fnet/publico/visualizarDocumento?id=89129&cvm=true>>. Acesso em: 13 fev. 2021.

⁴³¹ B3. **Demonstrações financeiras de jun/20**. Disponível em: <<https://fnet.bmfbovespa.com.br/fnet/publico/visualizarDocumento?id=123354&cvm=true>>. Acesso em: 13 fev. 2021.

⁴³² B3. **Demonstrações financeiras de dez/19**. Disponível em: <<https://fnet.bmfbovespa.com.br/fnet/publico/exibirDocumento?id=87617>>. Acesso em: 13 fev. 2021.

⁴³³ B3. **Demonstrações financeiras de dez/19**. Disponível em: <<https://fnet.bmfbovespa.com.br/fnet/publico/visualizarDocumento?id=82607&cvm=true>>. Acesso em: 13 fev. 2021.

⁴³⁴ B3. **Demonstrações financeiras de dez/19**. Disponível em: <<https://fnet.bmfbovespa.com.br/fnet/publico/visualizarDocumento?id=91267&cvm=true>>. Acesso em: 13 fev. 2021.

⁴³⁵ B3. **Demonstrações financeiras de dez/19**. Disponível em: <<https://fnet.bmfbovespa.com.br/fnet/publico/visualizarDocumento?id=92404&cvm=true>>. Acesso em: 13 fev. 2021.

⁴³⁶ B3. **Demonstrações financeiras de dez/19**. Disponível em: <https://www.hedgeinvest.com.br/arquivos/HGBS/Demonstracoes_Financeiras/2019_12_HGBS_Parecer_Auditoria.pdf>. Acesso em: 13 fev. 2021.

⁴³⁷ B3. **Demonstrações financeiras de dez/19**. Disponível em: <<https://fnet.bmfbovespa.com.br/fnet/publico/visualizarDocumento?id=89040&cvm=true>>. Acesso em: 13 fev. 2021.

autônoma dos lucros a distribuir. Isso significa que, anos após o Ofício-Circular n. 1/15, ainda se constata no mercado divergências sobre a forma de apuração dos lucros a distribuir pelos FII.

A uniformidade na apuração dos lucros distribuíveis pelos FII, além de necessária para fins concorrenciais, é recomendável para evitar que as administradoras sejam surpreendidas com as seguintes penalidades, isoladas ou cumulativas, conforme o art. 20 de Lei n. 8.668/93, com remissão ao art. 11 da Lei n. 6.385/76:⁴³⁸ *a)* advertência; *b)* multa; *c)* inabilitação temporária até 20 anos para o exercício do cargo de administrador de entidade autorizada ou registrada na CVM; *d)* suspensão de autorização ou registro para o exercício das atividades; *e)* inabilitação temporária até 20 anos para o exercício das atividades; *f)* proibição temporária até 20 anos de praticar determinadas atividades ou operações por integrantes de entidades que dependam de autorização ou registro da CVM; e *g)* proibição temporária até 10 anos de atuar, direta ou indiretamente, em uma ou mais modalidades de operação no mercado de valores mobiliários. Após analisar a conveniência e a oportunidade, com vistas a atender ao interesse público, a CVM pode deixar de instaurar ou suspender o procedimento administrativo de apuração da infração se o investigado se obrigar a cessar a prática dos ilícitos e corrigir as irregularidades, inclusive indenizando os prejuízos.⁴³⁹

Questiona-se: além de eventuais penalidades regulatórias, há algum impacto tributário decorrente da distribuição, pelo FII, de *menos* de 95% dos lucros auferidos, apurados segundo o regime de caixa, com base em balanço ou balancete semestral?

É possível que o fisco, constatando ou sendo informado da distribuição a menor de lucros por um FII, tente associar algum impacto tributário a esse fato. Vale lembrar que, um dos focos de atuação da autoridade tributária em relação aos FII é, juntamente, a suposta sonegação de tributos pelos FII que deixam de informar ganhos.⁴⁴⁰

Conservadoramente, o IBRADIM⁴⁴¹ sugere que a isenção de IRRF sobre os rendimentos distribuídos pelos FII dependeria não só das três condições previstas pelo art. 3º, inciso III e parágrafo único, da Lei n. 11.033/04 (ou seja: cotas admitidas à negociação exclusivamente em bolsas de valores e no mercado de balcão organizado; FII com no mínimo 50 cotistas; e cotista com menos de 10% das cotas e até 10% dos rendimentos), mas também da

⁴³⁸ BRASIL. **Lei n. 6.385, de 07 de dezembro de 1976**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16385.htm>. Acesso em: 24 jun. 2022.

⁴³⁹ *Ibidem*, art. 11, §5.

⁴⁴⁰ NARCIZO, Bruna. **Receita Federal estima que metade dos fundos imobiliários têm indícios de irregularidade**, *opus citatum*.

⁴⁴¹ IBRADIM. **Fundos de Investimento**. São Paulo: IBRADIM Editora, 2022, p. 42.

distribuição mínima de 95% dos lucros prevista pelo art. 10, parágrafo único, da Lei n. 8.668/93 e regulamentada pelos Ofícios-Circulares n. 1/14 e 1/15.

No entanto, por absoluta falta de base legal, entende-se, divergindo do IBRADIM, que a distribuição mínima de 95% dos lucros não possa ser considerada a quarta condição para a isenção do IRRF sobre os rendimentos distribuídos pelo FII ao cotista – afinal, o art. 3º, inciso III e parágrafo único, da Lei n. 11.033/04 prevê as condições para a isenção de IRRF sobre os rendimentos distribuídos pelo FII, mas silencia sobre o dever de distribuição mínima de lucros pelo FII e, ainda, não faz nenhuma remissão ao art. 10, parágrafo único, da Lei n. 8.668/93. Além da ausência de suporte legal, não se pode conceder que o IRRF seja utilizado como penalidade ao cotista por uma infração cometida por um FII, pois tributo não constitui sanção de ato ilícito, nos termos do art. 3º do Código Tributário Nacional.

Na mesma toada, o FII que distribua menos de 95% dos lucros não pode ser tributado como se fosse pessoa jurídica. Historicamente, entre 1998 e 1999, a isenção da carteira do FII era condicionada ao cumprimento de três condições (isto é: no mínimo 50 cotistas; nenhum cotista com mais de 5% do valor do patrimônio do fundo; e FII não poderia aplicar recursos em empreendimento imobiliário de que participasse, como proprietário, incorporador, construtor ou sócio, qualquer cotista, o administrador ou pessoa a eles ligada), sob pena de equiparação do FII à pessoa jurídica para efeitos tributários federais.⁴⁴²⁻⁴⁴³ Desde 1999 até hoje, a isenção da carteira do FII é condicionada ao cumprimento de outra condição (ou seja: o FII não pode aplicar recursos em empreendimento imobiliário que tenha como incorporador, construtor ou sócio, cotista que possua, isoladamente ou em conjunto com pessoa a ele ligada, mais de 25% das cotas do fundo).⁴⁴⁴ Logo, o legislador não associou a isenção da carteira do FII à distribuição mínima de 95% dos lucros.

Por fim, o legislador poderia positivar um impacto tributário para os casos de descumprimento da distribuição mínima de 95% dos lucros dos FII, tal como se verifica em outros países com institutos similares ao FII, tais como o US-REIT e o *unit trust* australiano.⁴⁴⁵ No entanto, enquanto não houver previsão legal, não se pode presumir que a distribuição de menos de 95% dos lucros do FII teria impacto na tributação do cotista ou do fundo.

⁴⁴² BRASIL. Medida Provisória n. 1.602, de 14 de novembro de 1997, *opus citatum*, art. 19.

⁴⁴³ BRASIL. Lei n. 9.532, de 10 de dezembro de 1997, *opus citatum*, art. 19.

⁴⁴⁴ BRASIL. Lei n. 9.779, de 19 de janeiro de 1999, *opus citatum*, art. 2º.

⁴⁴⁵ Apêndice A.

3.1.3 A orientação adicional da CVM entre 2020 e 2022

Entre 2020 e 2022, a CVM apresentou orientações adicionais sobre a forma de cálculo dos lucros a serem distribuídos pelos FII. Foram travados debates internos e externos à CVM, seja entre as áreas técnicas e os membros do colegiado, seja com o Maxi Renda Fundo de Investimento Imobiliário ou “Maxi Renda FII”, administrado pelo BTG Pactual Serviços Financeiros S/A DTVM ou “BTG”. Esses debates foram pacificados em 2022, mas cumpre analisar criticamente as etapas percorridas até essa pacificação.

Em 2020, no âmbito do monitoramento sistemático de FII, foi instaurado o processo administrativo nº 19957.006102/2020-10 contra o Maxi Renda FII.⁴⁴⁶

Em 10 de junho de 2021, uma área técnica da CVM denominada “Superintendência de Supervisão de Securitização” ou “SSE” enviou ao BTG o Ofício n. 14/2021/CVM/SSE, alertando que desde 2014 o Maxi Renda FII vinha distribuindo rendimentos aos cotistas em montantes substancialmente superiores aos previstos no regramento legal e normativo – afinal, no entender da referida área técnica, o valor máximo na distribuição semestral de rendimentos deveria ser a soma dos lucros e prejuízos, acumulados e correntes.⁴⁴⁷

Em 02 de julho de 2021, o BTG esclareceu que desde 1º de janeiro de 2019, data em que assumiu a administração do Maxi Renda FII, distribuiu rendimentos de acordo com o parágrafo único do art. 10 da Lei n. 8.668/93 e o Ofício n. 1/14.⁴⁴⁸

Em 07 de julho de 2021, a SSE enviou ao BTG o Ofício n. 6/2021/CVM/SSE/SSE-Assessoria, doravante “Ofício n. 6/21”.⁴⁴⁹ A SSE solicitou que a distribuição de rendimentos do Maxi Renda FII só deveria ocorrer quando houvesse lucro contábil.⁴⁵⁰ No entender da SSE, o Ofício n. 1/14 teria disciplinado exclusivamente os lucros mínimos distribuíveis (piso), ao passo que a Lei n. 8.668/93 e a Instrução CVM n. 516/11 teriam estabelecido os lucros máximos distribuíveis (teto).⁴⁵¹ Em outras palavras, a SSE orientou que não poderia haver distribuição de rendimentos caso fosse negativo o somatório de lucros e prejuízos, acumulados e correntes.⁴⁵²

⁴⁴⁶ BRASIL. **Voto do Diretor Fernando Caio Galdi em 21 de dezembro de 2021 em sede do Processo Administrativo CVM n. 19957.006102/2020-10.** Disponível em: <https://conteudo.cvm.gov.br/export/sites/cvm/decisoes/anexos/2021/20211221/2388_21_VotoDFG.pdf>. Acesso em: 24 jun. 2022.

⁴⁴⁷ *Ibidem*, item 5.

⁴⁴⁸ *Ibidem*, item 8.

⁴⁴⁹ *Ibidem*, item 9.

⁴⁵⁰ *Ibidem*, item 9.

⁴⁵¹ *Ibidem*, item 9.

⁴⁵² *Ibidem*, item 9.

Em 06 de agosto de 2021, o BTG interpôs recurso contra o Ofício n. 06/21, cumulado com pedido de efeito suspensivo.⁴⁵³ De acordo com o recorrente, seria impossível simplesmente transpor aos FII as normas e os objetivos regentes das demonstrações financeiras das sociedades, pois a Lei n. 8.668/93 e as Instruções CVM n. 472/08 e n. 516/11 não fariam expressa remissão à Lei n. 6.404/76 em matéria de distribuição de rendimentos.⁴⁵⁴ Além disso, os FII deveriam elaborar suas demonstrações financeiras de acordo com o plano contábil vigente, cujo objetivo seria padronizar as informações aos cotistas, não tendo o objetivo de preservar o capital social das distribuições de resultados.⁴⁵⁵

O recorrente repisou que a distribuição de rendimentos pelo Maxi Renda FII teria atendido às normas regentes, afinal, o Ofício n. 1/14 teria fixado que o resultado contábil, positivo ou negativo, seria apenas o ponto de partida na apuração do lucro caixa, sendo necessário expurgar o caixa não transitado por resultado e as provisões e despesas futuras.⁴⁵⁶ Ademais, o recorrente lembrou que a CVM deveria ter a preocupação de não criar óbices à distribuição dos resultados positivos apurados pelo regime de caixa.⁴⁵⁷

O recorrente demonstrou serem três os eventos negativos – despesas operacionais, IRRF e ajustes a valor justo decorrentes da marcação a mercado –, que afetariam o resultado contábil, mas que não deveriam afetar o resultado financeiro passível de distribuição aos investidores.⁴⁵⁸ Ainda, os auditores não teriam feito nenhuma ressalva às demonstrações financeiras do Maxi Renda FII,⁴⁵⁹ e outros FII com prejuízo contábil teriam distribuído rendimentos.⁴⁶⁰ Por fim, a nova orientação não poderia ser aplicada retroativamente,⁴⁶¹ e deveria ser aplicada uniformemente a todos os FII.⁴⁶²

Em 17 de novembro de 2021, por meio do Ofício Interno n. 4/2021/CVM/SSE/SSE-Assessoria, doravante “Ofício n. 4/21”, a SSE manifestou-se contrariamente ao recurso.⁴⁶³ A área técnica constatou que desde 2014 o Maxi Renda FII vinha distribuindo rendimentos em montantes substancialmente superiores aos lucros correntes e acumulados, o que teria

⁴⁵³ BRASIL. **Ofício-Interno n. 4/2021/CVM/SSE/SSE-Assessoria de 17 de novembro de 2021**. Disponível em: <https://conteudo.cvm.gov.br/export/sites/cvm/deciso/es/anexos/2021/20211221/2388_21.pdf>. Acesso em: 24 jun. 2022.

⁴⁵⁴ *Ibidem*, item 25.

⁴⁵⁵ *Ibidem*, item 26.

⁴⁵⁶ *Ibidem*, item 32.

⁴⁵⁷ *Ibidem*, item 33.

⁴⁵⁸ *Ibidem*, item 36.

⁴⁵⁹ *Ibidem*, item 48.

⁴⁶⁰ *Ibidem*, itens 50-52.

⁴⁶¹ *Ibidem*, itens 53-54.

⁴⁶² *Ibidem*, item 60.

⁴⁶³ *Ibidem*, item 100.

aumentado os prejuízos acumulados e teria diminuído o patrimônio líquido.⁴⁶⁴ Diante disso, a SSE entendeu que não estaria havendo distribuição de lucro do fundo, mas amortização do capital aplicado pelos investidores.⁴⁶⁵ A amortização reduziria o custo de aquisição do investidor, aumentaria o ganho de capital no momento da alienação das cotas e, conseqüentemente, aumentaria o IR devido pelos cotistas.⁴⁶⁶ No seu entender, estaria implícito em toda a regulamentação de fundos e companhias que a distribuição de rendimentos deveria ser pautada pelos lucros contábeis.⁴⁶⁷ A Instrução CVM n. 516/11 teria sido editada em analogia aos padrões contábeis internacionais, visando a padronizar e facilitar as demonstrações contábeis dos fundos e das companhias.⁴⁶⁸

Segundo a SSE, o próprio BTG teria encaminhado consulta sobre o tema em 2016, quando teria sido orientado de que a distribuição de lucro só deveria ocorrer se houvesse saldo de lucro contábil acumulado suficiente.⁴⁶⁹ Diante disso, a SSE estranhou que, passados quatro anos dessa consulta, o BTG estivesse distribuindo rendimentos em descumprimento da orientação da época e, ainda, apontasse mudança de entendimento pela área técnica.⁴⁷⁰ Ademais, a SSE entendeu que generosas distribuições de rendimentos, quando indevidas, poderiam induzir os investidores a erro, afetando a avaliação do valor das cotas.⁴⁷¹

Em 21 de dezembro de 2021, por maioria, o Colegiado deliberou pelo provimento parcial do recurso do BTG.⁴⁷² O Colegiado era composto pelo Presidente Marcelo Barbosa, pela Diretora Flávia Perlingeiro, pelo Diretor Alexandre Rangel e pelo então Diretor Fernando Galdi. Os dois últimos membros apresentaram entendimentos divergentes sobre o limite contábil dos lucros distribuíveis. Prevaleceu o voto do então Diretor Fernando Galdi, restando vencido o voto do Diretor Alexandre Rangel.

O então Diretor Fernando Galdi votou pelo conhecimento e provimento parcial do recurso, mas a parte final pareceu divergir da parte inicial do voto.⁴⁷³ Na parte inicial do voto, consta que a SSE teria avançado indevidamente sobre aspectos regimentais e jurídicos

⁴⁶⁴ *Ibidem*, item 5.

⁴⁶⁵ *Ibidem*, item 7.

⁴⁶⁶ *Ibidem*, item 8.

⁴⁶⁷ *Ibidem*, item 65.

⁴⁶⁸ *Ibidem*, item 69.

⁴⁶⁹ *Ibidem*, itens 89-92.

⁴⁷⁰ *Ibidem*, item 93.

⁴⁷¹ *Ibidem*, item 96.

⁴⁷² BRASIL. **Decisão do Colegiado da CVM de 21 de dezembro de 2021**. Disponível em: <https://conteudo.cvm.gov.br/decisooes/2021/20211221_R1/20211221_D2388.html>. Acesso em: 24 jun. 2022.

⁴⁷³ BRASIL. **Voto do Diretor Fernando Caio Galdi em 21 de dezembro de 2021 em sede do Processo Administrativo CVM n. 19957.006102/2020-10**, *opus citatum*, item 62.

consolidados ao condicionar a distribuição de rendimentos ao lucro contábil.⁴⁷⁴ No seu entender, a nova interpretação proposta pela SSE não poderia retroagir, sob pena de violar a segurança jurídica na aplicação das normas pelas autoridades públicas.⁴⁷⁵ A expressão “*lucro auferido, apurado segundo o regime de caixa, com base em balanço ou balancete*” seria imprecisa porque o lucro seria um conceito intimamente relacionado com o regime de competência, não com o regime de caixa.⁴⁷⁶

Na parte final do voto, contudo, consta que o mercado teria sido orientado a aplicar o conceito de lucro já utilizado pela Lei n. 6.404/76, tendo essa orientação sido dada por meio do Ofício n. 1/14, do Memorando n. 1/15 e do Parecer n. 381/15.⁴⁷⁷ Essa orientação guardaria pertinência com o art. 2º da Instrução CVM nº 516/11, segundo o qual os FII deveriam aplicar os critérios contábeis das companhias abertas, ressalvadas as disposições específicas de FII.⁴⁷⁸ Assim, a distribuição de valores em excesso aos lucros acumulados e correntes seria, na realidade, restituição/devolução de capital ou amortização de cotas, sendo facultado aos cotistas deliberarem por maioria em assembleia a distribuição inferior ao montante calculado nos termos do parágrafo único do art. 10 da Lei n. 8.668/93.⁴⁷⁹

Já o Diretor Alexandre Rangel votou pelo deferimento integral do recurso.⁴⁸⁰ Sua posição foi clara: a distribuição de rendimentos não estaria condicionada à apuração de lucro contábil, nem pela Lei n. 8.668/93, nem pelo Ofício n. 1/14, nem pela prática do mercado – daí se concluir que não haveria respaldo normativo para a nova interpretação sugerida pela SSE.⁴⁸¹ A lei teria utilizado o termo “*lucro*” para designar a base de cálculo dos rendimentos passíveis de distribuição, o que impediria a redefinição do evento como restituição/devolução de capital ou amortização de cotas.⁴⁸² O comando legal seria hierarquicamente superior a qualquer outro ato normativo que tivesse sido editado pela CVM.⁴⁸³ O fundamento legal ou a *mens legis* para a escolha do regime de caixa, do percentual de 95% e da periodicidade semestral seria

⁴⁷⁴ *Ibidem*, item 44.

⁴⁷⁵ *Ibidem*, item 45.

⁴⁷⁶ *Ibidem*, item 49.

⁴⁷⁷ *Ibidem*, item 54.

⁴⁷⁸ *Ibidem*, item 57.

⁴⁷⁹ *Ibidem*, item 59.

⁴⁸⁰ BRASIL. **Voto do Direito Alexandre Costa Rangel em 21 de dezembro de 2021 em sede do Processo Administrativo CVM n. 19957.006102/2020-10**. Disponível em: <https://conteudo.cvm.gov.br/export/sites/cvm/decisoes/anexos/2021/20211221/2388_21_VotoDAR.pdf>. Acesso em: 24 jun. 2022.

⁴⁸¹ *Ibidem*, item 10.

⁴⁸² *Ibidem*, item 13.

⁴⁸³ *Ibidem*, item 14.

justamente assegurar a arrecadação tributária e evitar postergações/diferimentos, ao mesmo tempo em que buscava preservar a liquidez do fundo.⁴⁸⁴

De acordo com o Diretor Alexandre Rangel, seria impossível tratar como restituição/devolução de capital ou amortização de cotas um evento que a própria lei teria definido como distribuição de rendimento, inclusive devido às diferenças operacionais, financeiras, de governança e de liquidez.⁴⁸⁵ Ademais, os auditores independentes teriam lavrado pareceres sem ressalva relativamente às demonstrações financeiras do Maxi Renda FII e dos demais fundos em situação análoga.⁴⁸⁶ A nova orientação, sem base legal, exporia o mercado em geral e os investidores em especial a riscos indevidos, incertezas e insegurança jurídica.⁴⁸⁷ Não poderia ato infralegal acrescentar condições e exigências sem base legal.⁴⁸⁸

Em 31 de janeiro de 2022, foi protocolado e deferido o pedido de suspensão dessa decisão.⁴⁸⁹

Em 15 de fevereiro de 2022, o requerente apresentou o pedido de reconsideração, tendo alegado contradição, omissão e erro material da decisão.⁴⁹⁰ Segundo o requerente, o voto do então Diretor Fernando Galdi teria sido contraditório ao discordar do entendimento da área técnica manifestado no Ofício n. 6/21 e, ao mesmo tempo, exigir que a distribuição de parcela excedente ao lucro contábil fosse contabilizada como restituição ou devolução de capital.⁴⁹¹ Ademais, o voto do então Diretor Fernando Galdi teria sido omissivo ao não delimitar os efeitos da decisão, se prospectivos ou retroativos, com ou sem a republicação de demonstrações financeiras, com ou sem a correção de informes de rendimentos, sem especificar como poderia ser operacionalizada a amortização de cotas (afinal, o requerente seria desprovido de informações e de competência para realizar a amortização de cotas, que caberia ao gestor e à assembleia de cotistas).⁴⁹² Adicionalmente, o voto do então Diretor Fernando Galdi conteria um erro material, pois violaria frontalmente o parágrafo único do art. 10 da Lei n. 8.668/93.⁴⁹³

⁴⁸⁴ *Ibidem*, itens 16-20.

⁴⁸⁵ *Ibidem*, item 22.

⁴⁸⁶ *Ibidem*, item 29.

⁴⁸⁷ *Ibidem*, item 31.

⁴⁸⁸ *Ibidem*, item 32.

⁴⁸⁹ BRASIL. **Decisão do Colegiado de 31 de janeiro de 2022**. Disponível em: <https://conteudo.cvm.gov.br/decisoes/2022/20220131_R1/20220131_D2388.html>. Acesso em: 25 jun. 2022.

⁴⁹⁰ BRASIL. **Ofício-Interno n. 1/2022/CVM/SSE/SSE-Assessoria de 10 de abril de 2022**. Disponível em: <https://conteudo.cvm.gov.br/export/sites/cvm/decisoes/anexos/2022/20220517/2388_21.pdf>. Acesso em: 24 jun. 2022.

⁴⁹¹ *Ibidem*, item 19.

⁴⁹² *Ibidem*, itens 38-40.

⁴⁹³ *Ibidem*, item 26.

Para subsidiar suas alegações, o requerente juntou um parecer técnico contábil e dois pareceres jurídicos.

Em 10 de abril de 2022, a SSE sugeriu a manutenção da decisão do Colegiado, por meio do Ofício-Interno n. 1/2022/CVM/SSE/SSE-Assessoria, doravante “Ofício-Interno n. 1/22”.⁴⁹⁴

Em 17 de maio de 2022, o tema voltou à pauta do colegiado da CVM. Foi mantida a maioria dos membros, quais sejam, o Presidente Marcelo Barbosa, a Diretora Flávia Perlingeiro e o Diretor Alexandre Rangel. No entanto, o então Diretor Fernando Galdi não participou dessa segunda audiência, pois seu mandato encerrou em 2021.⁴⁹⁵ Quem o substituiu nesse julgamento específico foi o Diretor Otto Lobo, e quem o sucedeu em definitivo foi o Diretor João Accioly, que assumiu o cargo um dia depois do julgamento.⁴⁹⁶ Por unanimidade, o colegiado da CVM reformou a decisão anterior.⁴⁹⁷ Vale destacar o seguinte trecho:

*“[A]o cuidar do adequado tratamento nas demonstrações financeiras do Fundo, o objetivo da Decisão voltava-se à proteção dos investidores, sob o prisma informacional e, nesse sentido, a Decisão não tencionava repercutir em procedimentos do Fundo que interferissem ou restringissem a aplicação do tratamento fiscal conferido por lei à distribuição do ‘lucro caixa’. Ao contrário, como reconhecido, desde o início, pelas áreas técnicas, pelo Voto Condutor e, assim, também na Decisão, não cabe à CVM interpretar nem aplicar as disposições legais para fins tributários. (...). Nesse contexto, sopesando todos os relevantes aspectos envolvidos, o Presidente Marcelo Barbosa e a Diretora Flávia Perlingeiro concluíram que não deve ser imposto o reconhecimento contábil da amortização de cotas ou devolução de capital, mas deve ser assegurada divulgação adequada às distribuições de Lucro Caixa Excedente, por tratar-se de informação sobre a realidade econômica do fundo útil para a tomada de decisão pelos investidores”.*⁴⁹⁸

O Diretor Alexandre Rangel fez referência integral ao seu voto anterior, no que foi acompanhado pelo Diretor Otto Lobo.⁴⁹⁹ O Colegiado orientou prospectivamente os administradores a divulgarem, na linha do patrimônio líquido, subcontas relativas a lucro/prejuízo acumulado, segregando a distribuição de lucro correspondente a lucro contábil e a distribuição de lucro caixa excedente (se houver), acrescentando em nota explicativa as informações elucidativas de tais valores.⁵⁰⁰ Adicionalmente, os administradores devem divulgar

⁴⁹⁴ *Ibidem.*

⁴⁹⁵ **Fernando Galdi é nomeado Diretor da CVM: mandato será até 31/12/21.** Disponível em: <<https://www.gov.br/cvm/pt-br/assuntos/noticias/fernando-galdi-e-nomeado-diretor-da-cvm>>. Acesso em: 25 jun. 2022.

⁴⁹⁶ **João Accioly assume como Diretor da CVM: mandato será até 31/12/26.** Disponível em: <<https://www.gov.br/cvm/pt-br/assuntos/noticias/joao-accioly-e-nomeado-diretor-da-cvm>>. Acesso em: 25 jun. 2022.

⁴⁹⁷ BRASIL. **Decisão do Colegiado da CVM de 17 de maio de 2022.** Disponível em: <https://conteudo.cvm.gov.br/decisoes/2022/20220517_R1.html>. Acesso em: 25 jun. 2022.

⁴⁹⁸ *Ibidem.*

⁴⁹⁹ *Ibidem.*

⁵⁰⁰ *Ibidem.*

informações sobre o lucro caixa excedente nos avisos ou informes enviados aos cotistas.⁵⁰¹ Por fim, essa questão entrará na pauta regulatória da CVM, para fins de padronização e aprimoramento, inclusive dentro de uma revisão mais ampla da Instrução CVM n. 516/11.⁵⁰²

Conforme se depreende dos fatos narrados, a primeira decisão do Colegiado tinha contornos de ilegalidade. Em 1999, o legislador criou uma ficção específica para os FII, qual seja, a apuração dos lucros segundo o regime de caixa, tomando como ponto de partida balanço ou balancete semestral, conforme o parágrafo único do art. 10 da Lei n. 8.668/93. Em outras palavras, em nenhum momento o legislador condicionou a distribuição de lucros dos FII à existência de lucro contábil, mas, sim, à existência de lucro caixa, apurado a partir do resultado contábil.

Além disso, em 2014, a CVM orientou os FII a partirem do resultado contábil (lucro ou prejuízo contábil) e realizarem ajustes para caixa (expurgarem caixa corrente sem trânsito pelo resultado e caixa futuro), a fim de calcularem o lucro passível de distribuição, nos termos do Ofício n. 1/14. É dizer, o regulador, quando foi chamado a prestar esclarecimentos gerais ao mercado, admitiu que os FII, mesmo com prejuízo contábil, poderiam distribuir lucros, desde que tivessem lucros após realizarem os ajustes para caixa.

Ainda que quisesse, o regulador não poderia condicionar a distribuição de lucros à existência de lucro contábil, pois, se assim o fizesse, extrapolaria o texto legal, impondo limites e condições não previstas pelo legislador. Portanto, é juridicamente irrelevante que o BTG tenha encaminhado consulta sobre o tema em 2016 e que tenha sido orientado diversamente, pois essa orientação não teria respaldo em lei.

Em outras palavras, para que a distribuição de lucros pelos FII fosse condicionada à existência de lucro contábil, deveria haver expressa previsão legal (não previsão regulatória), aprovada pelo legislador (não pelo regulador), com efeitos prospectivos e fase de transição (sem efeitos retroativos), e preferencialmente acompanhada da previsão legal do tratamento tributário a ser dado à eventual renda gerada na amortização das cotas dos FII (rendimentos sujeitos a IRRF sob a responsabilidade do administrador ou ganhos de capital sujeitos a IR sob a responsabilidade do cotista).

A decisão final do Colegiado corrigiu as distorções que poderiam ter sido causadas pela primeira decisão. O primeiro acerto foi deixar de impor a contabilização como amortização de cotas ou devolução de capital para o “*lucro caixa*” distribuído em excesso ao lucro contábil

⁵⁰¹ *Ibidem.*

⁵⁰² *Ibidem.*

corrente e acumulado ou, ainda, no caso de prejuízo contábil. O segundo acerto foi restringir para o futuro e especificar o procedimento para que os administradores informem ao mercado o lucro caixa excedente ao lucro contábil.

Por fim, entende-se que a alteração na composição do Colegiado pode ter facilitado a mudança de entendimento em 2022. Afinal, a decisão final foi tomada em 17 de maio de 2022, meses depois do encerramento do mandato do então Diretor Fernando Galdi em 31 de dezembro de 2021, e um dia antes da nomeação do Diretor João Accioly em 18 de maio de 2022. Conseqüentemente, a decisão final contou com a participação de três membros originais do Colegiado (Presidente Marcelo Barbosa, Diretora Flávia Perlingeiro e Diretor Alexandre Rangel) e um novo membro (Diretor Otto Lobo). Se tivesse sido mantida a composição do Colegiado, poderia ter havido resistência à mudança de entendimento, pois poucos dias antes da decisão final o então Diretor Fernando Galdi publicou artigos na imprensa confirmando seu entendimento original.⁵⁰³⁻⁵⁰⁴

3.2 Críticas à tributação e à isenção dos lucros distribuídos pelo FII

A CVM tem competência para disciplinar o funcionamento dos FII,⁵⁰⁵ logo, tem também competência para orientar a apuração dos lucros distribuíveis pelos FII. Quando a CVM afirma que a expressão “*lucros auferidos, apurados segundo o regime de caixa, com base em balanço ou balancete*”⁵⁰⁶ seria um misto entre os regimes de competência e de caixa, entende-se que ela não extrapolou a noção de regime de caixa, tal qual praticada há décadas.

Em regra, a incidência de IRRF por ocasião da distribuição de lucros pelo FII é constitucional: de um lado, os cotistas sujeitos à tributação em antecipação, no momento da apuração tributária, adicionarão os rendimentos, excluirão o tributo pago, e eventualmente compensarão prejuízos acumulados, oferecendo à tributação o acréscimo patrimonial; de outro lado, os cotistas sujeitos à tributação exclusiva/definitiva, embora não tenham a oportunidade de ajuste tributário, estarão atendendo a um imperativo de praticabilidade da tributação.

⁵⁰³ MARTINS, Eric Aversari; GALDI, Fernando Caio. **A relevância do regime de competência e do valor justo nos FIIs**. Valor Econômico. Disponível em: <<https://valor.globo.com/financas/coluna/a-relevancia-do-regime-de-competencia-e-do-valor-justo-nos-fiis.shtml>>. Acesso em: 24 mai. 2022.

⁵⁰⁴ MARTINS, Eric Aversari; GALDI, Fernando Caio. **A relevância do regime de competência e do valor justo nos FIIs**. Valor Investe. Disponível em: <<https://valorinveste.globo.com/produtos/fundos-imobiliarios/coluna/opiniaao-a-relevancia-do-regime-de-competencia-e-do-valor-justo-nos-fiis.shtml>>. Acesso em: 24 mai. 2022.

⁵⁰⁵ BRASIL. **Lei n. 8.668, de 25 de junho de 1993, opus citatum**, art. 4º.

⁵⁰⁶ *Ibidem*, art. 10, parágrafo único.

Excepcionalmente, a incidência de IRRF de forma automática à distribuição de lucros pelo FII é inconstitucional para o cotista minoritário dissidente, assim entendido o cotista que resta vencido pela maioria em assembleia que delibera pelo não pagamento dos lucros e que, assim, não controla a destinação desses recursos nem recebe caixa propriamente dito, ou seja, não incorre no fato gerador do IRRF. Inclusive, ao permitir que os lucros distribuídos permaneçam aplicados no FII, a CVM, em certa medida, contrariou o objetivo regulatório declarado de “*garantir o recebimento semestral dos benefícios do investimento realizado pelo cotista*”.

Por fim, as condições para a isenção de IRRF e IRPF sobre os rendimentos distribuídos por FII devem ser interpretadas literalmente, nunca além nem aquém do quanto positivado pelo legislador ordinário. Daí se concluir que os 50 cotistas podem ser familiares, inclusive menores de idade, seja porque inexistente restrição legal a essa ligação entre os cotistas, seja porque o ordenamento jurídico brasileiro não tem norma geral antiabuso que previna esse arranjo familiar, mormente quando justificado por um propósito negocial, tal como a organização sucessória.

3.2.1 A legalidade do regime misto de caixa e competência

A CVM, por meio do Memorando n. 1/15, consignou que, como o parágrafo único do art. 10 da Lei n. 8.668/93 trata de “*lucros auferidos, apurados com base no regime de caixa*”, não seria aplicável o conceito de “*aumento nas variações do caixa e equivalentes de caixa*” ou “*sobra de caixa*”, pois o termo “*auferido*” disposto na Lei, de acordo com a literatura contábil, é o lucro apurado pelo regime de competência.⁵⁰⁷

Divergindo disso, entende-se que não é porque a literatura contábil emprega o termo “*auferido*” para designar o regime de competência que o legislador o empregou para designar o regime de competência. Como a contabilidade não permite a utilização do regime de caixa, é natural que o termo “*auferido*”, sempre que empregado pela contabilidade, esteja relacionado com o regime de competência.

Diferentemente, o legislador, não raras vezes, emprega o termo “*auferido*” para designar o regime de caixa. Tomando por exemplo a Lei n. 7.713/88,⁵⁰⁸ que dispõe sobre o imposto de

⁵⁰⁷ BRASIL. MEMO/CVM/SIN/SNC/Nº 1/2015, *opus citatum*, pp. 11-12.

⁵⁰⁸ BRASIL. Lei n. 7.713, de 22 de dezembro de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17713.htm>. Acesso em: 25 jun. 2022.

renda das pessoas físicas, as quais tradicionalmente se sujeitam ao regime de caixa, temos: “integrará o rendimento bruto, como ganho de capital, o resultado da soma dos ganhos **auferidos** no mês” (art. 3º, §2º);⁵⁰⁹ “quando o contribuinte **auferir** rendimentos da prestação de serviços de transporte” (art. 9º);⁵¹⁰ “o imposto incidirá sobre dez por cento do rendimento bruto **auferido** pelos garimpeiros” (art. 10);⁵¹¹ “no caso de ganho de capital **auferido** por residente ou domiciliado no exterior, o imposto será devido, à alíquota de vinte e cinco por cento, no momento da alienação do bem ou direito” (art. 33);⁵¹² e “fica sujeita ao pagamento do imposto de renda à alíquota de dez por cento a pessoa física que **auferir** ganhos líquidos nas operações realizadas nas bolsas de valores” (art. 40).⁵¹³

Esses exemplos demonstram que não é possível tão facilmente concluir que o legislador tenha empregado o termo “*auferidos*” para referir ao regime de competência. Inclusive, analisando-se o parágrafo único do art. 10 da Lei n. 8.668/93, parece que o regime de competência teria sido referido pela expressão “*com base em balanço ou balancete*”, em vez de pelo termo “*auferidos*”.

A despeito dessa crítica, a CVM não parece ter criado um novo regime ao sugerir um regime misto de competência ajustado para caixa para a apuração dos lucros distribuíveis pelos FII. Esse regime misto referido pela CVM é justamente o regime de caixa aplicável às pessoas físicas e a algumas pessoas jurídicas optantes pelo Lucro Presumido, não havendo qualquer inovação por parte da CVM em relação ao já conhecido regime de caixa em que receitas e despesas são reconhecidas conforme devidas e efetivamente recebidas ou incorridas. A princípio, não se vislumbra uma situação em que o regime misto proposto pela CVM seja mais gravoso do que o regime de caixa consagrado pela legislação tributária.

Como se sabe, o art. 5º, inciso II, da Constituição Federal de 1988⁵¹⁴ enuncia dentre os direitos e as garantias fundamentais que “*ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*”. Por isso, a distribuição semestral de lucros pelo FII só é obrigatória nos estritos termos previstos em lei. A CVM não poderia, por meio de ato infralegal, exceder o disposto no parágrafo único do art. 10 da Lei n. 8.668/93. Assim, a interpretação da expressão “*lucros auferidos, apurados segundo o regime de caixa, com base*

⁵⁰⁹ *Ibidem*, art. 3º, §2º.

⁵¹⁰ *Ibidem*, art. 9º.

⁵¹¹ *Ibidem*, art. 10.

⁵¹² *Ibidem*, art. 33.

⁵¹³ *Ibidem*, art. 40.

⁵¹⁴ BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 25 jun. 2022.

em balanço ou balancete” como um regime misto de competência e caixa só é possível porque respeita o que se conhece por regime de caixa.

O regime de caixa não está definido em lei. Porém, houve uma tentativa frustrada de definição legal e há alguns atos infralegais que tratam do regime de caixa. O art. 72 do Anteprojeto do Decreto-lei n. 1.598/77,⁵¹⁵ tratando da apuração do resultado da prestação de serviços, previa que em cada período seriam computadas as receitas ou os rendimentos “*efetivamente recebidos, ou colocados à disposição do contribuinte em condições de serem por ele recebidos, à sua vontade*”, bem como os custos ou as despesas “*efetivamente pagos*”, e além disso os encargos de depreciação ou amortização “*que competirem ao período*”. Todavia, esse dispositivo foi excluído do Projeto que originou o Decreto-lei n. 1.598/77.⁵¹⁶

Ainda na década de 1970, a falta de definição legal não impediu o surgimento de alguns atos infralegais sobre o regime de caixa. O Parecer Normativo CST n. 132/70⁵¹⁷ previa que as despesas de custeio deveriam ser consideradas dentro do “*exercício de referência*” e, além disso, a título de incentivo às atividades rurais, admitia que o resultado líquido fosse reduzido pelo resultado da multiplicação de um coeficiente pelo “*valor dos investimentos realizados durante o ano-base*”.

O Parecer Normativo CST n. 85/77⁵¹⁸ previa um regime misto para a atividade agrícola, tal que o regime econômico regeria o reconhecimento das despesas de custeio “*no ano em que se verificarem todos os pressupostos materiais que os tornam incondicionais, independentemente do seu pagamento*”, e o regime financeiro ou de caixa regeria o reconhecimento das receitas no ano em que eram “*recebidas ou colocadas à disposição do declarante, em condições de ser por ele realizadas, à sua vontade*”. O mesmo ato infralegal consignava que, quando a produção era estocada para posterior revenda, não havia que se falar em receita no ano da colheita, embora os custos pudessem ser considerados no ano em que incorridos ou consumidos. Só havia receita quando a produção, total ou parcialmente, era vendida e o preço era recebido ou estava à disposição do declarante.

⁵¹⁵ BRASIL. **Anteprojeto do Decreto-lei n. 1.598, de 26 de dezembro de 1977** *apud* POLIZELLI, Victor Borges. **O Princípio da Realização da Renda e sua Aplicação no Imposto de Renda de Pessoas Jurídicas**. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo. São Paulo: 2009, p. 70. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-18112011-145517/publico/Versao_Integral.pdf>. Acesso em: 25 jun. 2022.

⁵¹⁶ BRASIL. **Lei n. 1.598, de 26 de dezembro de 1977**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1598.htm>. Acesso em: 25 jun. 2022.

⁵¹⁷ BRASIL. **Parecer Normativo CST n. 132, de 08 de julho de 1970**. Disponível em: <https://www.normasbrasil.com.br/norma/parecer-normativo-132-1970_91613.html>. Acesso em: 25 jun. 2022.

⁵¹⁸ BRASIL. **Parecer Normativo CST n. 85, de 16 de dezembro de 1977**. Disponível em: <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=93039>>. Acesso em: 25 jun. 2022.

Já no século 21, a Solução de Consulta Interna Cosit n. 15/11,⁵¹⁹ tratando sobre a variação cambial, consigna que o regime de competência exige o reconhecimento de receitas e despesas a cada período independentemente da “*liquidação da operação*”, e o regime de caixa exige o reconhecimento de receitas e despesas só quando da “*liquidação da operação*”.

A Solução de Consulta Cosit n. 168/16⁵²⁰ relata o caso de uma pessoa jurídica que, para financiar suas atividades, tomou um empréstimo junto a uma instituição financeira no exterior e, assim, contraiu um passivo em moeda estrangeira sujeito a variação cambial. Ato contínuo, para se proteger do risco da variação cambial atrelada ao empréstimo – finalidade de *hedge* –, a pessoa jurídica celebrou um contrato de *swap* registrado no mercado de balcão organizado. Do ponto de vista contábil, o regime de competência foi utilizado no reconhecimento das variações cambiais do *swap/hedge* e do empréstimo. Do ponto de vista tributário, de um lado, o regime de caixa regeu o reconhecimento dos resultados do *swap/hedge* somente por ocasião da “*liquidação do contrato*” e, de outro lado, por opção da pessoa jurídica, o regime de competência regeu o reconhecimento das variações cambiais do empréstimo ao longo da execução do contrato.

O art. 223 da Instrução Normativa RFB n. 1.700/17⁵²¹ enuncia que o regime de caixa é o critério de reconhecimento de suas receitas “*na medida do recebimento*”, de sorte que a pessoa jurídica que mantiver escrituração contábil na forma prevista na legislação comercial deverá “*controlar os recebimentos de suas receitas em conta específica*”.

RICARDO MARIZ DE OLIVEIRA⁵²² escreveu que, para ser validamente empregado, o regime de caixa depende de que, quando da aquisição da moeda, tenha havido, simultaneamente ou antes, a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica da correspondente renda ou do correspondente provento.

Conforme exposto, entende-se que o regime de caixa consiste no regime de competência ajustado para contemplar apenas as receitas recebidas e as despesas pagas. Logo, entende-se que o regime de caixa tradicionalmente é um regime misto, pois consiste no regime de competência ajustado para caixa. Por isso, os atos da CVM, quando orientam os FII a ajustarem os lucros apurados pelo regime de competência – neutralizando receitas e despesas não

⁵¹⁹ BRASIL. **Solução de Consulta Interna Cosit n. 15, de 13 de setembro de 2011**. Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=50601>>. Acesso em: 25 jun. 2022.

⁵²⁰ BRASIL. **Solução de Consulta Cosit n. 168, de 26 de dezembro de 2016**. Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=81717>>. Acesso em: 25 jun. 2022.

⁵²¹ BRASIL. **Instrução Normativa RFB n. 1.700, de 14 de março de 2017**. Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=81268>>. Acesso em: 25 jun. 2022.

⁵²² OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. **Fundamentos do Imposto de Renda**. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 318.

transitadas pelo caixa e, adicionalmente, computando receitas e despesas registradas em períodos anteriores e realizadas no período corrente –, confirmam o regime de caixa, tal como já é apurado. Assim, não parece que os atos da CVM tenham excedido o limite legal de apuração dos lucros passíveis de distribuição semestral pelo FII contido no parágrafo único do art. 10 da Lei n. 8.668/93.

3.2.2 A constitucionalidade do IRRF, exceto para cotistas minoritários dissidentes

O IRRF sobre os rendimentos pagos pelos FII aos cotistas pode ser antecipação do devido no ajuste ou exclusivo/definitivo. Para cotistas que sejam pessoas jurídicas tributadas pelo Lucro Presumido ou Lucro Real, o IRRF incide como mera antecipação, é dizer, por ocasião do ajuste, as receitas serão contrapostas às despesas e, no caso específico do Lucro Real, será possível compensar o tributo devido com eventual saldo de prejuízo fiscal e base de cálculo negativa.⁵²³ Já para cotistas que sejam pessoa física, não residentes e pessoa jurídica tributada pelo Simples Nacional ou isenta, o IRRF incide de modo exclusivo/definitivo.⁵²⁴

Diante disso, questiona-se: seria constitucional a incidência do IRRF sobre o rendimento, que não se confunde com a renda? Subsidiariamente, ainda que no ajuste o rendimento coincida com a renda, seria constitucional a antecipação do fato gerador do IR por meio do IRRF?

Alguns autores renomados defendem a constitucionalidade do IRRF com base na previsão constitucional e legal para a retenção de imposto pela fonte pagadora. Filiada a essa corrente, MISABEL ABREU MACHADO DERZI⁵²⁵ entende que o IRRF teria sido constitucionalmente autorizado pelo art. 150, §7º, da Constituição Federal de 1988, que permite à lei atribuir a sujeito passivo da obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento de tributo cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente, assegurando a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido. Adicionalmente, a autora⁵²⁶ observa que o art. 45, parágrafo único, do Código Tributário Nacional é dispositivo de lei ordinária recepcionada como lei complementar que expressamente autoriza o IRRF, pois

⁵²³ BRASIL. Lei n. 8.668, de 25 de junho de 1993, *opus citatum*, art. 19.

⁵²⁴ *Ibidem*.

⁵²⁵ DERZI, Misabel Abreu Machado. **Nota de atualização**. In. BALEEIRO, Aliomar. Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar. Rio de Janeiro: Forense, 8ª ed., 2010, p. 1250 e ss.

⁵²⁶ *Ibidem*.

autoriza a lei a atribuir à fonte pagadora da renda a condição de responsável pelo imposto cuja retenção e cujo recolhimento lhe caibam. Com similar argumento, MARY ELBE QUEIROZ⁵²⁷ reconhece que o IRRF foi autorizado pelo art. 150, §7º, da Constituição Federal de 1988, embora afronte o princípio da legalidade, ao tributar algo que ainda não se sabe se será renda.

Outros respeitados autores opõem obstáculos à identificação do IRRF com o IR. Nesse sentido, ROBERTO QUIROGA MOSQUERA⁵²⁸ defende que o IRRF teria uma regra matriz particular e distinta da regra matriz do IR, posto que o IRRF incide sobre rendimentos isolados sem que antes sejam confrontados com despesas dedutíveis para apurar o acréscimo patrimonial de dado período. Ainda para o autor,⁵²⁹ diferentemente do IR, o IRRF desloca a responsabilidade tributária do contribuinte para a fonte pagadora.

A partir da constatação das diferenças entre o IRRF e o IR, alguns consagrados autores concluem que o IRRF seria inconstitucional por afrontar os princípios da generalidade, universalidade e progressividade, insculpidos no art. 153, §2º, inciso I, da Constituição Federal de 1988. Nessa linha, RICARDO MARIZ DE OLIVEIRA⁵³⁰ defende que o IRRF não teria sido recepcionado, pois a tributação de fatos isolados, antes da completude do fato gerador, contrariaria os princípios da universalidade e da progressividade. Na mesma linha, PAULO AYRES BARRETO⁵³¹ entende ser inconstitucional a tributação exclusiva/definitiva na fonte, porque na opinião do autor essa tributação segregada de determinados rendimentos é incompatível com os princípios da generalidade e da progressividade; porém, o autor⁵³² ressalva que o IRRF a título de antecipação do devido tem a mesma regra matriz do IR, pois ambas formas de tributação incidem sobre a renda auferida pelo contribuinte.

Outros autores sustentam que o IRRF exclusivo/definitivo seria constitucional para não residentes e inconstitucional para residentes (salvo se opcional). A título de exemplo, LUCIANO AMARO⁵³³ defende que o IRRF exclusivo na fonte deveria ser opcional à maioria dos contribuintes e obrigatório apenas nos casos excepcionais de rendimentos de não residentes.

⁵²⁷ QUEIROZ, Mary Elbe. **Imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza**. Barueri: Manole, 2004, p. 389.

⁵²⁸ MOSQUERA, Roberto Quiroga. **Tributação no mercado financeiro e de capitais**. São Paulo: Dialética, 1998, p. 142.

⁵²⁹ *Ibidem*.

⁵³⁰ OLIVEIRA, Ricardo Mariz. **Fundamentos do imposto de renda**. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 493.

⁵³¹ BARRETO, Paulo Ayres. **Imposto sobre a renda e preços de transferência**. São Paulo: Dialética, 2001, p. 62.

⁵³² *Ibidem*.

⁵³³ AMARO, Luciano. **Questões sobre a periodicidade da apuração do imposto de renda**. In: Imposto de Renda e ICMS – Problemas jurídicos. ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). São Paulo: Dialética, 1995, p. 45.

Para o autor,⁵³⁴ sempre que possível o IRRF deveria ser passível de ajuste, afinal, o IRRF alcança o rendimento, que não se confunde com a renda, mas é o fator positivo que deveria ser contraposto aos fatores negativos na apuração da renda, essa sim tributável pelo IR. Similarmente, LUÍS CESAR SOUZA DE QUEIROZ⁵³⁵ entende que o IRRF é constitucional para não residentes. Já para os residentes, o autor⁵³⁶ argumenta que o IRRF antecipação e exclusivo/definitivo deveria ser opcional e, não o sendo, seria inconstitucional por incidir sobre um fato gerador presumido.

Entende-se constitucional o IRRF incidente sobre os lucros distribuídos pelo FII, tanto na forma exclusiva/definitiva para pessoas físicas, pessoas jurídicas optantes pelo Simples Nacional, pessoas jurídicas isentas e não residentes, quanto na forma de antecipação para pessoas jurídicas tributadas pelo Lucro Presumido e Lucro Real. O IRRF exclusivo/definitivo, embora alcance o rendimento em vez da renda – afinal, alcança a receita, sem qualquer contraposição com despesas –, o faz por um imperativo de praticidade, por vezes denominada praticabilidade.

A esse respeito, faz-se referência ao magistério de ISABEL ABREU MACHADO DERZI,⁵³⁷ para quem a praticidade é um princípio técnico – difere, pois, dos princípios éticos ou valorativos, tais como a igualdade, a segurança jurídica e a capacidade contributiva –, que busca a execução simplificada, econômica e viável da lei. Ainda, REGINA HELENA COSTA⁵³⁸ defende que a praticabilidade é um princípio mandatório para que os agentes públicos interpretem e apliquem as regras tributárias. Ademais, MARY ELBE QUEIROZ⁵³⁹ destaca como o IRRF serve em favor do princípio da praticabilidade: *a)* simplifica, agiliza e barateia a arrecadação; *b)* facilita a identificação do tipo de rendimento e da alíquota aplicável; *c)* permite controlar o cumprimento de deveres instrumentais; *d)* facilita a identificação dos beneficiários; *e)* reduz o número de contribuintes sujeitos à fiscalização; *f)* reduz a demanda por pessoal para a consecução da fiscalização; *g)* combate a sonegação mediante o direcionamento da responsabilidade para as fontes pagadoras, que existem em menor número

⁵³⁴ *Ibidem*.

⁵³⁵ QUEIROZ, Luís Cesar Souza de. **Imposto sobre a renda: requisitos para uma tributação constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 298 e ss.

⁵³⁶ *Ibidem*.

⁵³⁷ DERZI, Misabel Abreu Machado. **Nota de atualização**. In: BALEEIRO, Aliomar. Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar. Rio de Janeiro: Forense, 8ª ed., 2010, p. 1253 e ss.

⁵³⁸ COSTA, Regina Helena. **Praticabilidade e justiça tributária**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 388 e ss.

⁵³⁹ QUEIROZ, Mary Elbe. **Imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza**. Barueri: Manole, 2004, p. 386 e ss.

do que os beneficiários; e *h*) equaciona o caixa necessário para financiar o Estado e a renda que é periodicamente recebida pelos beneficiários.

Entende-se que, para evitar discussões sobre a ponderação dos princípios constitucionais – de um lado, praticabilidade; de outro lado, generalidade, universalidade e progressividade –, o ideal seria que o contribuinte, especialmente o residente no Brasil, pudesse optar entre o IRRF antecipação e o IRRF exclusivo/definitivo, sendo essa opção manifestada por ocasião do ajuste.

3.2.3 A inconstitucionalidade do IRRF para cotistas minoritários dissidentes

Recordando, a CVM admitiu que os cotistas, por maioria, deliberassem em assembleia pelo retorno ao FII dos rendimentos distribuídos. Segundo a CVM, esse procedimento não seria vedado, mas, pelo contrário, teria sido ventilado na Exposição de Motivos n. 834-A, ao prever que “*o Projeto não obsta que os valores distribuídos permaneçam aplicados, pelo beneficiário, no próprio fundo*”.⁵⁴⁰ Seria, assim, garantida a liquidez do FII.

Ora, se a maioria dos cotistas de um FII pode deliberar em assembleia pelo não recebimento dos lucros apurados, o direito de a minoria dos cotistas receber esses lucros ficará prejudicado. Para os cotistas dissidentes restará apenas a expectativa sobre os lucros, a qual nasce por ocasião da distribuição semestral obrigatória, quando os lucros são creditados em seu favor. Os Ofícios-Circulares n. 1/14 e n. 1/15, ao garantirem o direito dos cotistas aos rendimentos e permitirem que seja diferido o efetivo pagamento desses rendimentos, abre precedente para a situação do cotista que “*ganha, mas não leva*”, pois embora tenha o direito não recebe os rendimentos.

Não se quer com isso afirmar que a CVM não deveria admitir a deliberação da maioria dos cotistas pela retenção dos lucros distribuídos pelo FII. Pelo contrário, essa deliberação está consentânea ao bom funcionamento dos FII, sob pena de chamada de capital acompanhada de burocracias e custos desnecessários. Todavia, parece incoerente que a CVM, de um lado, permita que os cotistas em maioria deliberem o não recebimento dos lucros distribuídos pelo FII e, de outro lado, afirme que suas orientações se destinam à proteção de todos os cotistas – afinal, os cotistas minoritários dissidentes não terão assegurado o efetivo recebimento dos valores.

⁵⁴⁰ BRASIL. Exposição de Motivos n. 834-A/MF, *opus citatum*.

As críticas às orientações da CVM não se esgotam nos efeitos regulatórios, mas avançam para os efeitos tributários. Do ponto de vista tributário, os rendimentos distribuídos pelos FII podem ser tributados ou isentos de IRRF. Em regra, os lucros distribuídos pelo FII sujeitam-se à incidência de 20% de IRRF. Excepcionalmente, essa distribuição de lucros pelo FII é isenta de IR, desde que cumpridas condições legais (as cotas do FII devem ser negociadas exclusivamente em bolsas de valores ou no mercado de balcão organizado; o FII deve ter no mínimo 50 cotistas; e o cotista deve ser pessoa física com menos de 10% das cotas ou até 10% dos rendimentos).

Tendo em mente a regra da tributação, observa-se que o IRRF incide no exato momento da distribuição dos lucros. É dizer, o FII distribui seus lucros e, automaticamente, procede com a retenção do IRRF sobre os rendimentos atribuídos aos cotistas. Porém, será que a distribuição de lucros é fato suficiente para gerar o dever de reter o IRRF sobre todo o rendimento distribuído?

Vale refletir sobre a situação de um cotista minoritário vencido em assembleia pela maioria que deliberou pelo não recebimento dos rendimentos. A cada semestre, por ocasião da distribuição dos lucros pelo FII, esse cotista terá para si um crédito contábil de rendimentos. Contudo, seria esse crédito contábil acompanhado pela aquisição de disponibilidade jurídica ou econômica sobre o rendimento? Entende-se que não.

A inoocorrência do fato gerador de IRRF é verificável quando o cotista minoritário dissidente se vê na seguinte situação: *a)* não recebe caixa; *b)* não adquire o controle sobre a destinação dos seus rendimentos, pois é vencido pela maioria que deliberou pelo não recebimento dos rendimentos; *c)* durante o prazo de duração do FII, não pode resgatar as cotas a fim de cobrar esses rendimentos do FII, pois o FII é sempre um fundo fechado, cujas cotas não podem ser resgatadas durante o prazo de duração do fundo; *d)* somente no momento da liquidação pelo término do prazo de duração do FII, poderá cobrar esses rendimentos do FII; *e)* sendo o FII uma aplicação de renda variável, assim entendida a aplicação cujo retorno financeiro não seja determinado ou determinável, é possível que o cotista jamais receba fisicamente o rendimento que lhe foi contabilmente creditado e antecipadamente tributado; e *f)* se o cotista minoritário dissidente for pessoa física, o argumento é ainda mais forte, pois para a pessoa física vige a regra do regime de caixa, que condiciona a tributação ao recebimento do rendimento, o que não ocorre por fato alheio à vontade do cotista, afinal a maioria dos cotistas tem o poder de decidir que todos os cotistas, inclusive o minoritário dissidente, não receberão os rendimentos.

Conforme o artigo 43 do Código Tributário Nacional, o IRRF “*tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica sobre a renda e proventos de qualquer natureza*”. Tratando-se de fato lícito, a interpretação dominante na doutrina⁵⁴¹⁻⁵⁴² é a de que, de um lado, a disponibilidade jurídica se dá quando o beneficiário adquire o direito definitivo e incondicional de exigir o rendimento da fonte pagadora (direito ao recebimento) e, de outro lado, a disponibilidade econômica se verifica quando o beneficiário adquire, além do referido direito, o controle sobre a destinação do rendimento (recebimento implícito ou indireto) ou o efetivo caixa (recebimento físico).

Ora, o cotista minoritário dissidente do FII não incorre em nenhum desses fatos geradores do IRRF. Não há disponibilidade jurídica porque, embora haja um crédito contábil na distribuição semestral, o rendimento não pode ser exigido do FII, nem no período corrente em que a maioria deliberou pelo não recebimento do rendimento, nem nos períodos subsequentes em que o resgate de cotas e a cobrança do rendimento estão condicionados ao evento de liquidação por ocasião do término do prazo de duração do FII. Igualmente, não há disponibilidade econômica, afinal o cotista minoritário dissidente, além de não receber fisicamente o rendimento, não tem o controle sobre a destinação desse rendimento. Por falta de disponibilidade econômica ou jurídica sobre o rendimento, os cotistas minoritários dissidentes não deveriam sofrer a incidência de IRRF.

MARY ELBE QUEIROZ⁵⁴³ ensina que “*disponibilidade*” é o poder de destinação livre e imediata da renda, em contraposição ao poder meramente potencial. A posse de numerário, que para grande parte da doutrina é a disponibilidade econômica, para a autora é a disponibilidade financeira, aplicável exclusivamente para pessoas físicas, consoante o regime de caixa. O racional da autora corrobora com a conclusão de que o cotista minoritário dissidente não adquire a disponibilidade econômica da renda, afinal, não tem o poder de destinação livre e imediata da renda, sendo refém da deliberação da maioria pelo não recebimento dos lucros do FII.

⁵⁴¹ POLIZELLI, Victor Borges. **O princípio da realização da renda e sua aplicação no imposto de renda das pessoas jurídicas**. São Paulo: Dissertação de Mestrado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2009, pp. 206 e ss.

⁵⁴² ABE, Cesar Henrique Shogi. **Disponibilidade econômica da renda**. Revista de Direito Tributário Atual. São Paulo: Dialética, v. 21, 2007, pp. 191-210.

⁵⁴³ QUEIROZ, Mary Elbe. **Imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza**. Barueri: Manole, 2004, p. 72.

RICARDO MARIZ DE OLIVEIRA⁵⁴⁴ distingue fatos lícitos e ilícitos. Para fatos lícitos, o fato gerador do IR é sempre a disponibilidade jurídica, sendo irrelevante o recebimento do dinheiro. Já para fatos ilícitos, o fato gerador do IR é a disponibilidade econômica, pois não há direito, mas há mero recebimento do dinheiro. É de se supor que essa distinção tenha em mente uma pessoa jurídica sujeita ao regime de competência para fins contábeis e tributários. De outro modo, se o autor tivesse em mente uma pessoa física ou uma pessoa jurídica optante pelo Lucro Presumido em regime de caixa, seria imperioso concluir que só incorreria no fato gerador do IR quando controlasse ou efetivamente recebesse o dinheiro.

BRANDÃO MACHADO⁵⁴⁵ entende dispensável a expressão “*disponibilidade econômica e jurídica*”, a qual teria sido inspirada no Direito Tributário alemão que dá maior relevância ao aspecto econômico do que ao aspecto jurídico na definição das hipóteses de incidência tributária, mas que não teria sentido para o Direito Tributário brasileiro que prestigia o acréscimo de direitos. Em que pese a relevância desse apontamento histórico do autor, fato é que a legislação brasileira positivou a expressão “*disponibilidade econômica e jurídica*” e, não havendo palavras inúteis na lei, cabe ao intérprete extrair o sentido pretendido à luz dos valores sociais vigentes e da realidade fática que se apresente. Daí que “*disponibilidade econômica*” está associada ao controle ou efetivo recebimento do caixa, ao passo que “*disponibilidade jurídica*” guarda relação com poder de exigir o caixa. No caso do cotista dissidente, o poder de exigir o caixa do FII não se dá nem na distribuição dos lucros, nem na deliberação da assembleia, nem durante o prazo de duração do fundo. Esse poder só se verifica se a assembleia deliberar pelo pagamento do caixa e por ocasião do resgate de cotas na liquidação do FII.

LUCIANO AMARO⁵⁴⁶ sustenta que a expressão “*disponibilidade econômica ou jurídica*” serve apenas para causar confusão, pois a bem da verdade o IR incide no momento em que riqueza nova se integra ao patrimônio do contribuinte. Esse argumento é especialmente relevante no caso que ora se discute. Os lucros do FII se integram ao patrimônio das pessoas físicas depois que ocorre, cumulativamente, a distribuição e o controle ou o efetivo recebimento.

⁵⁴⁴ OLIVEIRA, Ricardo Mariz. **Princípios fundamentais do imposto de renda**. In. Direito Tributário – Estudos em Homenagem a Brandão Machado. São Paulo: Dialética, 1998, p. 197 e ss.

⁵⁴⁵ MACHADO, Brandão. **Breve exame crítico do art. 43 do CTN**. In. Imposto de renda – Conceitos, princípios e comentários. Coord. MARTINS, Ives Gandra da Silva. São Paulo: Altas 1996, p. 101.

⁵⁴⁶ AMARO, Luciano. **Imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza**. In. O fato gerador do imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza. Coord. MARTINS, Ives Gandra da Silva. São Paulo: Centro de estudos de extensão universitária e resenha tributária, 1986, p. 388 e ss.

RUBENS GOMES DE SOUSA⁵⁴⁷ sugere uma postura simplificadora, tal que o IR só deveria incidir sobre a disponibilidade econômica da renda. Seguindo essa sugestão, o resultado final deveria ser a tributação condicionada ao controle ou efetivo recebimento pelo cotista dos lucros auferidos pelo FII. É exatamente aquilo que aqui se defende, é dizer, não basta a mera distribuição, ocasionalmente acompanhada do crédito contábil dos lucros em favor dos cotistas, mas é necessário o efetivo pagamento para ensejar a tributação, especialmente no caso de pessoas físicas cotistas.

ALCIDES JORGE COSTA⁵⁴⁸ confirma a redação do art. 43 do Código Tributário Nacional, ao defender que o IR incida tanto na disponibilidade econômica quanto na disponibilidade jurídica. Embora ambas as formas de aquisição da disponibilidade da renda possam ensejar a incidência de IR, a conclusão sobre o momento da tributação depende do beneficiário. Por exemplo, a distribuição de lucros pelo FII enseja um crédito contábil de rendimentos em favor dos cotistas. Todavia, se a assembleia deliberar pela retenção desses rendimentos, os cotistas não adquirirão nem a disponibilidade jurídica sobre a renda (afinal, não poderão cobrar do FII o pagamento desses rendimentos, inclusive porque o FII é sempre um fundo fechado, assim entendido aquele que não admite resgate de cotas durante o prazo de duração do fundo) nem a disponibilidade econômica sobre a renda (afinal, não terão o controle nem receberão o caixa).

LUÍS EDUARDO SCHOUERI⁵⁴⁹ entende ser irrelevante a discussão sobre se um fenômeno é econômico ou jurídico, pois qualquer fenômeno regrado em lei é jurídico. Daí se entende que o fenômeno da distribuição de lucros pelo FII só deve ser tributado se para cada cotista representar a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica da renda. Fato é que os cotistas de FII, em sua esmagadora maioria, são pessoas físicas. Ou seja, a distribuição de lucros só deveria ser tributada quando acompanhada do controle ou do efetivo recebimento do caixa pela pessoa física.

⁵⁴⁷ SOUSA, Rubens Gomes de. **A evolução do conceito de rendimento tributável**. In. Revista de Direito Público, v. 14, p. 339 e ss., *apud* COSTA, Alcides Jorge. **Conceito de renda tributável**. In. Estudos sobre o imposto de renda (em memória de Henry Tilbery). Coord. MARTINS, Ives Gandra da Silva. São Paulo: Resenha Tributária, jul/94, p. 20.

⁵⁴⁸ COSTA, Alcides Jorge. **Conceito de renda tributável**. In. Estudos sobre o imposto de renda (em memória de Henry Tilbery). Coord. MARTINS, Ives Gandra da Silva. São Paulo: Resenha Tributária, jul/94, p. 20.

⁵⁴⁹ SCHOUERI, Luís Eduardo. **O mito do Lucro Real na passagem da disponibilidade jurídica para a disponibilidade econômica**. In. Controvérsias Jurídico-Contábeis (Aproximações e Distanciamentos). Coord. MOSQUERA, Roberto Quiroga; e LOPES, Alessandro Broedel. São Paulo: Dialética, 2010, p. 245 e ss.

Divergindo da maioria doutrinária, há autores que sustentam haver fato gerador do IRRF sobre meras entradas de caixa. HENRY TILBERY⁵⁵⁰ defende que meros fluxos financeiros seriam tributáveis pelo IR. GILBERTO ULHÔA CANTO⁵⁵¹ argumenta que quaisquer entradas configurariam renda passível de tributação. Em que pese a relevância dessas manifestações, entende-se que a disponibilidade financeira não se confunde com a disponibilidade econômico ou jurídica e, por conseguinte, meros fluxos de recursos não configuram renda tributável, tais como reembolsos e fatos permutativos que não representam qualquer incremento patrimonial.

Também divergindo da maioria doutrinária, há autores que defendem, para o contexto de outros países, a tributação da renda não realizada. KEVIN HOLMES⁵⁵² entende que a tributação independe da realização da renda, pois alcança o acréscimo patrimonial virtual ou potencial, assim entendida renda que seria auferida se o bem ou direito fosse alienado no mercado. Naturalmente, essa posição deve ser conhecida, mas não pode ser transposta para a realidade brasileira, tendo nosso legislador consagrado a realização – ainda que não econômica, ao menos jurídica – como fato gerador do IRRF. Ganhos de detenção não devem ser admitidos como renda ou proventos de qualquer natureza, justamente porque refletem meras variações do preço de um ativo, sem que impliquem efetivo acréscimo patrimonial. A incerteza sobre o rendimento é fato notável contra a tributação semestral no nível do FII, pois a materialidade tributada é mera expectativa de renda, a qual pode não se confirmar.

VICTOR BORGES POLIZELLI⁵⁵³ entende haver um grau de indeterminação do termo “renda” empregado no texto constitucional, cabendo ao legislador conceituar a renda a cada momento histórico. Em outras palavras, o autor vê dificuldades em justificar a existência no texto constitucional de um conceito de renda com limites muito específicos e definitivos decorrentes da aplicação em abstrato de princípios constitucionais. Em vez disso, o autor adota a posição de que há uma *noção* constitucional de renda, inspirada nos seguintes princípios: **a)** renda líquida, pois a renda é o acréscimo patrimonial após a dedução de dispêndios; **b)** apuração periódica, pois a renda é a diferença positiva entre a posição patrimonial entre um termo final

⁵⁵⁰ TILBERY, Henry. **Comentários aos artigos 43 a 45 do Código Tributário Nacional**. In. Comentários ao Código Tributário Nacional: volume I. Coord. MARTINS, Ives Gandra da Silva. São Paulo: Saraiva, 3ª ed., 2002, p. 328 e ss.

⁵⁵¹ CANTO, Gilberto Ulhôa. **A aquisição da disponibilidade e o acréscimo patrimonial no imposto sobre a renda**. In. Imposto de renda – Conceitos, princípios e comentários. MARTINS, Ives Gandra da Silva. (coord.). São Paulo: Atlas, 1996, p. 38 e ss.

⁵⁵² HOLMES, Kevin. **The concept of income – A multidisciplinary analysis**. Amsterdam: IBFD Publications BV, Doctoral Series 1 – Academic Council, fev/00.

⁵⁵³ POLIZELLI, Victor Borges. **O princípio da realização da renda e sua aplicação no imposto de renda das pessoas jurídicas**, *opus citatum*, p. 79.

e um termo inicial; e *c*) monetarização, pois a renda é um fato objetivamente observável e facilmente mensurável.

Especificamente, o autor⁵⁵⁴ vê dificuldades em negar que a renda referida no texto constitucional poderia incluir ingressos que não geram acréscimo patrimonial, também denominados ganhos de detenção, assim entendidas as variações positivas de um ativo em resultado da variação no seu preço. Para o autor, a adoção de uma noção ampla de renda que alcance os ganhos oriundos da valorização, embora enfrente restrições quanto à iliquidez e à dificuldade de valoração da renda, pode corrigir distorções como o efeito de acumulação e trava, também denominado *lock-in effect*, que, além de aumentar a complexidade da tributação, potencialmente viola a igualdade e a distribuição de riquezas.⁵⁵⁵

Entende-se que o autor alcança essas conclusões tendo em vista as pessoas jurídicas contribuintes, não as pessoas físicas. Veem-se dificuldades para transpor essas conclusões ao caso específico da pessoa física que seja cotista minoritária dissidente de um FII. Ainda que seja possível a valoração do rendimento sem custos adicionais (afinal, a informação está disponível para o FII, cujos lucros foram apurados/distribuídos ainda que não tenham sido pagos), entende-se que iliquidez torna inconstitucional a incidência do IRRF sobre rendimento que não seja pago (sendo o FII um fundo fechado, o cotista vencido não poderá pedir o resgate de cotas nem exigir o pagamento do rendimento, nisso diferindo da situação dos fundos abertos em que se verifica o come-cotas).

Alguém poderia tentar defender posição contrária com base no Recurso Extraordinário n. 172.058-1/SC.⁵⁵⁶ Recordando, em 1995 o Supremo Tribunal Federal foi instado a se manifestar sobre a constitucionalidade do art. 35 da Lei n. 7.713/88, o qual previa que o sócio cotista, o acionista ou o titular da empresa individual estava sujeito à incidência de 8% de IRRF sobre o lucro líquido apurado pelas pessoas jurídicas na data do encerramento do período-base. A dúvida que se tinha era se a mera apuração do lucro líquido pelas pessoas jurídicas configuraria, ou não, a disponibilidade econômica ou jurídica desse lucro para os sócios.⁵⁵⁷

O entendimento firmado pelo plenário foi de que a incidência do IRRF é: *a*) constitucional para o sócio cotista, exceto quando o lucro líquido possa ser destinado para finalidade diversa da distribuição sem o assentimento de cada sócio;⁵⁵⁸ *b*) inconstitucional para

⁵⁵⁴ *Ibidem*, p. 236.

⁵⁵⁵ *Ibidem*, p. 43.

⁵⁵⁶ BRASIL. **Recurso Extraordinário n. 172.058-1/SC**, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 30/06/95, publicação em 13/10/95.

⁵⁵⁷ *Ibidem*, p. 4.

⁵⁵⁸ *Ibidem*, p. 15.

o acionista, pois a simples apuração do lucro líquido na data do encerramento do período-base não representa disponibilidade econômica ou jurídica;⁵⁵⁹ e c) constitucional para o titular de empresa individual, pois, apurado o lucro líquido, a destinação fica ao sabor de manifestação de vontade única do titular, o que demonstra a disponibilidade jurídica.⁵⁶⁰

Baseado nesse precedente, alguém poderia sustentar que a prévia distribuição dos lucros pelo FII tornaria constitucional a incidência de IRRF sobre os rendimentos dos cotistas do FII. Porém, a bem da verdade, a distribuição de lucros pelo FII não implica aquisição de disponibilidade, quer econômica ou jurídica, pelo cotista minoritário dissidente sobre os rendimentos. Isso porque, diferentemente das pessoas jurídicas, o FII não pode ser a qualquer momento obrigado pelo cotista a pagar os rendimentos creditados, pois é um fundo fechado, que só admite o resgate de cotas por ocasião da liquidação ao término do prazo de duração do FII.

O art. 1º, parágrafo único, do Projeto de Lei n. 2.204/91 previa que o FII seria constituído sob a forma aberta, quando admitisse o resgate de cotas, ou fechada, quando o não admitisse. Caberia à CVM regulamentar as condições e os prazos em que o FII poderia se caracterizar sob uma das duas formas. Porém, por ocasião da conversão do Projeto de Lei n. 2.204/91 na Lei n. 8.668/93, o legislador ordinário expressamente restringiu o FII à forma de condomínio fechado, inadmitindo a forma de condomínio aberto.

A responsabilidade pelo cumprimento das obrigações tributárias, inclusive acessórias, é do administrador do FII, conforme o art. 4º da Lei n. 9.779/99. Além disso, a responsabilidade por reter e recolher o IRRF é do administrador do FII ou da instituição que intermediar recursos por conta e ordem dos seus clientes para a aplicação em fundos de investimento administrados por outra instituição, de acordo com o art. 17 da Instrução Normativa RFB n. 1.585/15.

Essas instituições já são obrigadas a ter o controle sobre os cotistas do FII. A instituição intermediadora deve manter um sistema de registro e controle, em meio magnético, que permita a identificação de cada cliente e a dos elementos necessários à apuração dos tributos por eles devidos. O administrador deve receber da instituição intermediadora informações individualizadas por cliente, tais como valor das aplicações e dos resgates, bem como o valor dos tributos retidos, nos termos do artigo 17, §1º, da Instrução Normativa RFB n. 1.585/15.

Esse fato indica que a distinção do tratamento conforme o cotista – não incidência de IRRF sobre os rendimentos distribuídos e não recebidos por cotistas minoritários dissidentes

⁵⁵⁹ *Ibidem*, pp. 11-12.

⁵⁶⁰ *Ibidem*, pp. 15-16.

versus incidência no caso de cotistas majoritários ou que tenham anuído ao não recebimento – não representaria ônus inexecutável para os administradores e as instituições intermediadoras, os quais já detêm as informações sobre os cotistas e suas aplicações.

Portanto, entende-se que a mera distribuição de lucros pelo FII nem sempre enseja para os cotista a aquisição disponibilidade econômica ou jurídica da renda. No caso de um FII detido por um só cotista, é certo que a distribuição enseja a aquisição da disponibilidade jurídica ou econômica sobre a renda, pois esse único cotista tem o poder de controlar a destinação dos lucros distribuídos – se retenção ou pagamento. Outro é o caso de um FII detido por dezenas, centenas ou milhares de cotistas, quando então a mera distribuição só enseja a aquisição da disponibilidade jurídica ou econômica da renda se acompanhada da deliberação da assembleia pelo efetivo pagamento. De outro modo, se a assembleia delibera pela retenção dos lucros distribuídos, o cotista minoritário dissidente não tem o poder de dispor da forma que melhor lhe aprouver dos lucros distribuídos pelo FII e, portanto, não deveria ser tributado pelo IRRF.

3.2.4 Os limites da isenção na distribuição de lucros pelo FII

Em 2005, foi publicada a Medida Provisória n. 255/05,⁵⁶¹ cuja redação original não tratava dos FII. A Câmara dos Deputados, ao apreciar a matéria, apresentou o Projeto de Lei de Conversão n. 25/05,⁵⁶² que tampouco versava sobre os FII. O Senado Federal, ao seu turno, ao apreciar a matéria, apresentou o Projeto de Lei de Conversão n. 28/05,⁵⁶³ que incluiu uma série de matérias, dentre elas a isenção de IRRF para rendimentos distribuídos pelos FII mediante o cumprimento de determinadas condições.

Essa atividade legislativa deu origem ao art. 125 da Lei n. 11.196/05,⁵⁶⁴ que inseriu o inciso III e o parágrafo único no art. 3º da Lei n. 11.033/04, o qual passou a isentar de IRRF, na fonte e na declaração de ajuste anual das pessoas físicas, os rendimentos distribuídos por FII, se cumpridos três requisitos: *a)* as cotas do FII devem ser admitidas à negociação

⁵⁶¹ BRASIL. **Medida Provisória n. 255, de 1º de julho de 2005**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Mpv/255.htm>. Acesso em: 22 jun. 2022.

⁵⁶² BRASIL. **Parecer proferido em Plenário ao Substitutivo do Senado Federal ao Projeto de Lei de Conversão n. 25, de 2005**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=351999&filename=PSS+1+MPV25505+%3D%3E+MPV+255/2005>. Acesso em: 18 jun. 2021.

⁵⁶³ BRASIL. **Projeto de Lei de Conversão n. 28, de 2005**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=351710&filename=PLV+28/2005+%3D%3E+MPV+255/2005>. Acesso em: 18 jun. 2021.

⁵⁶⁴ BRASIL. **Lei n. 11.196, de 21 de novembro de 2005**, *opus citatum*, art. 125.

exclusivamente em bolsas de valores ou no mercado de balcão organizado; **b)** o FII deve possuir, no mínimo, 50 cotistas; e **c)** o cotista deve ser pessoa física com menos de 10% das cotas emitidas pelo FII e até 10% do total dos rendimentos auferidos pelo FII.

A legislação não fornece maior detalhamento sobre essas três condições, o que faz suscitar dúvidas e excessos, pelos contribuintes e pelas autoridades fiscais.

Ao exigir que as cotas do FII sejam admitidas à negociação exclusivamente em bolsa ou mercado de balcão organizado, estaria a norma vedando a colocação de cotas de modo privado e, conseqüentemente, exigindo a captação de recursos de forma pública?

Entende-se que as cotas dos FII são necessariamente ofertadas ao público, pois o art. 1º da Lei n. 8.668/93 deixa expresso que os FII se caracterizam pela “*comunhão de recursos captados por meio do Sistema de Distribuição de Valores Mobiliários, na forma da Lei n. 6.385/76, destinados a aplicação em empreendimentos imobiliários*”. A CVM tem manifestação expressa no sentido de que um FII cujas cotas sejam colocadas exclusivamente de modo privado seria um condomínio não regulado, assim entendido o condomínio para o qual a CVM não poderia conceder registro.⁵⁶⁵ Ainda segundo a CVM, nada impediria que o administrador deixasse de realizar esforço de venda de cotas do FII, contanto que o registro fosse analisado e concedido como se tal esforço fosse efetivamente realizado.

A oferta pública deveria ser ampla ou poderia ser com esforços restritos? Considera-se que a oferta pública pode ser ampla ou com esforços restritos. A oferta 400, regulada pela Instrução CVM n. 400/03,⁵⁶⁶ é a oferta pública de valores mobiliários para todo tipo de investidor, exigindo a elaboração de um prospecto. Já a oferta 476, sujeita à Instrução CVM n. 476/09,⁵⁶⁷ é a oferta pública restrita a investidores profissionais, sendo mais simples, rápida e barata quando comparada com a oferta 400, especialmente porque dispensa a elaboração de prospecto. Uma oferta 476 é suficiente que um FII tenha no mínimo 50 cotistas, pois, nas ofertas públicas distribuídas com esforços restritos, os valores mobiliários ofertados devem ser subscritos ou adquiridos por no máximo 50 investidores profissionais, conforme o art. 3º, inciso II, da Instrução CVM n. 476/09. As ofertas 400 e 476 são aplicáveis para ofertas públicas iniciais (*IPO*) e secundárias (*follow on*).

⁵⁶⁵ BRASIL. **Processo CVM/RJ n. 2005/2345**. Rel. Presidente Marcelo Fernandez Trindade. Disponível em: <<http://conteudo.cvm.gov.br/export/sites/cvm/decisoes/anexos/0002/4755-0.pdf>>. Acesso em: 18 jun. 2021.

⁵⁶⁶ BRASIL. **Instrução CVM n. 400, de 29 de dezembro de 2003**. Disponível em: <<http://conteudo.cvm.gov.br/legislacao/instrucoes/inst400.html>>. Acesso em: 18 jun. 2021.

⁵⁶⁷ BRASIL. **Instrução CVM n. 476, de 16 de janeiro de 2009**. Disponível em: <<http://conteudo.cvm.gov.br/legislacao/instrucoes/inst476.html>>. Acesso em: 18 jun. 2021.

Consoante o art. 9º-A da Instrução CVM n. 539/13, consideram-se investidores profissionais: **a)** instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Bacen; **b)** companhias seguradoras e sociedades de capitalização; **c)** entidades abertas e fechadas de previdência complementar; **d)** pessoas naturais ou jurídicas que possuam investimentos financeiros em valor superior a R\$ 10 milhões; **e)** fundos de investimento; **f)** clubes de investimento geridos por administrador autorizado pela CVM; **g)** agentes autônomos de investimento, administradores de carteira, analistas e consultores de valores mobiliários autorizados pela CVM; e **h)** investidores não residentes.⁵⁶⁸

A escrituração pode ser mantida com a administradora ou necessariamente precisa ser realizada pela bolsa ou pelo balcão organizado? Considera-se que a escrituração das cotas pode ser mantida com a administradora, sem que isso macule o cumprimento da condição de que as cotas do FII sejam admitidas à negociação exclusivamente em bolsa ou mercado de balcão organizado. Elementos subsidiários devem ser considerados. Forte indício de cumprimento do requisito legal é o informe trimestral segundo o qual o mercado de negociação das cotas do FII é “Bolsa e MBO”, não sendo “MB não organizado”. Outro importante indício de aderência à condição legal é o regulamento que preveja que as cotas do FII poderão ser negociadas exclusivamente no mercado de balcão organizado ou em bolsa. Dessa feita, entende-se que, por si só, a manutenção da escrituração com a administradora não impede que as cotas do FII sejam admitidas à negociação exclusivamente em bolsa ou mercado de balcão organizado.

É possível previamente negociar as cotas de um FII e posteriormente registrar essa operação no mercado de balcão organizado? Operações previamente realizadas podem ser registradas no mercado de balcão organizado, dispensada a participação de intermediários integrantes do Sistema de Distribuição de Valores Mobiliários, a teor dos arts. 92 e 93 da Instrução CVM n. 461/07.⁵⁶⁹ Entretanto, essas condições específicas parecem inaplicáveis ao FII, que é uma comunhão de recursos captados por meio do Sistema de Distribuição de Valores Mobiliários, de acordo com o art. 1º da Lei n. 8.668/93. Por essa razão, o FII parece incompatível com a prática observada em outros ativos de prévia negociação e posterior registro em mercado de balcão organizado.

As cotas podem prever direitos diversos ao recebimento de rendimentos do FII (por exemplo, um cotista com menos de 10% das cotas pode ter direito ao recebimento de mais de

⁵⁶⁸ BRASIL. **Instrução CVM n. 539, de 13 de novembro de 2013**. Disponível em: <<http://conteudo.cvm.gov.br/legislacao/instrucoes/inst539.html>>. Acesso em: 18 de jun. 2021.

⁵⁶⁹ BRASIL. **Instrução CVM n. 461, de 23 de outubro de 2007**. Disponível em: <<https://conteudo.cvm.gov.br/legislacao/instrucoes/inst461.html>>. Acesso em: 25 jun. 2022.

10% dos rendimentos do FII)? Sim, pois o art. 55, inciso V, da Instrução CVM n. 472/08 admite que o FII destinado exclusivamente a investidores qualificados preveja a existência de cotas com direitos ou características especiais quanto à ordem de preferência no pagamento dos rendimentos periódicos, no reembolso de seu valor ou no pagamento do saldo de liquidação do fundo.

Caso o cotista original institua usufruto sobre as cotas do FII em favor de terceiro, quem deve ser considerado para efeitos de se definir a isenção ou tributação do rendimento distribuído pelo FII: o nu-proprietário ou o usufrutuário?

Entende-se que as características do usufrutuário sejam definidoras do tratamento tributário dos rendimentos distribuídos pelo FII. Nesse sentido, a Solução de Consulta Cosit n. 38/18⁵⁷⁰ analisou o tratamento tributário dos dividendos pagos ao usufrutuário das ações de uma sociedade anônima de capital fechado, tendo concluído que o tratamento tributário varia conforme o beneficiário (que deixa de ser o proprietário e passa a ser o usufrutuário) e a natureza jurídica do rendimento (dividendo, juros sobre capital próprio, ganho de capital, ou outro). Similarmente, a Solução de Consulta Cosit n. 137/20⁵⁷¹ analisou o tratamento tributário dos juros sobre capital próprio pagos ao usufrutuário das cotas de uma sociedade limitada cuja principal atividade era a locação de imóveis próprios, tendo concluído que se preserva a natureza primária do rendimento, que passa a ser tributado de acordo com as características do usufrutuário. O Projeto de Lei n. 2.337/21, embora ainda esteja em tramitação, corrobora o entendimento de que as características do usufrutuário definem o tratamento tributário do rendimento pago pelos fundos de investimento fechados, conforme se verifica nos arts. 36, §4º e 37, §4º, da versão original apresentada pela Câmara dos Deputados em 25/06/21,⁵⁷² bem como nos arts. 30, §6º e 31, §3º, da versão enviada ao Senado Federal em 08/09/21.⁵⁷³

Os 50 cotistas podem ser familiares, inclusive menores de idade? A legislação não veda que familiares, inclusive menores de idade, formem os 50 cotistas mínimos exigidos para a isenção de IRRF e IR sobre distribuição de lucros pelo FII. Diante do silêncio legislativo, não se deve enxergar vedação onde não há.

Tratando de matéria diversa, o art. 2º da Lei n. 9.779/99 demonstra que o legislador, quando quis, fez expressa referências às pessoas ligadas, cujas cotas deveriam ser computadas

⁵⁷⁰ BRASIL. **Solução de Consulta Cosit n. 38, de 27 de março de 2018**. Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=91740>>. Acesso em: 18 jun. 2022.

⁵⁷¹ BRASIL. **Solução de Consulta Cosit n. 137, de 08 de dezembro de 2020**. Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=114728>>. Acesso em: 18 jun. 2022.

⁵⁷² BRASIL. **Projeto de Lei n. 2.337, de 25 de junho de 2021**, *opus citatum*, arts. 36, §4º e 37, §4º.

⁵⁷³ BRASIL. **Projeto de Lei n. 2.337, de 08 de setembro de 2021**, *opus citatum*, arts. 30, §6º e 31, §3º.

em conjunto com as do cotista, para fins de teste da equiparação do FII às pessoas jurídicas. De igual modo, o legislador poderia ter estabelecido limites à composição mínima de 50 cotistas do FII. Ao redigir o art. 3º, parágrafo único, inciso I, da Lei n. 11.033/04, silenciando sobre quem poderia compor o mínimo de 50 cotistas do FII, o legislador optou por não restringir a qualidade desses cotistas, admitindo que sejam quem forem, inclusive familiares ou menores de idade devidamente representados.

A legislação tributária brasileira não tem uma norma geral antiabuso, assim entendida a norma que autorize o intérprete a combater a exploração do texto da lei em prejuízo de sua finalidade. As três tentativas de introdução de uma norma geral antiabuso não lograram êxito.

A primeira tentativa ocorreu em 2001, quando a Lei Complementar n. 104/01⁵⁷⁴ inseriu o parágrafo único no art. 116 do Código Tributário Nacional,⁵⁷⁵ que desde então prevê que “*a autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária*”. O principal problema desse dispositivo é que ainda hoje não foi editada a lei sobre os procedimentos norteadores da autoridade administrativa.

A segunda tentativa se deu em 2002, quando o art. 14 da Medida Provisória n. 66/02⁵⁷⁶ previa a possibilidade de desconsideração de atos ou negócios jurídicos caracterizados pela falta de propósito negocial (opção pela forma mais complexa ou mais onerosa para a prática de determinado ato) ou abuso de forma (prática de ato ou negócio jurídico indireto que produza o mesmo resultado econômico do ato ou negócio jurídico dissimulado). O referido dispositivo foi rejeitado pelo Congresso Nacional por ocasião da conversão da Medida Provisória n. 66/02 na Lei n. 10.637/02.

A terceira tentativa sucedeu em 2015, quando o art. 7º da Medida Provisória n. 685/15⁵⁷⁷ obrigava o sujeito passivo a reportar à autoridade tributária os atos ou negócios jurídicos que acarretassem supressão, redução ou diferimento de tributo em três casos: se não possuíssem razões extratributárias relevantes; se a forma adotada não fosse usual, seja por se tratar de negócio indireto, seja por conter cláusula que desnaturasse os efeitos típicos; e se os atos ou

⁵⁷⁴ BRASIL. **Lei Complementar n. 104, de 10 de janeiro de 2001**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp104.htm>. Acesso em: 25 jun. 2022.

⁵⁷⁵ BRASIL. **Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm>. Acesso em: 25 jun. 2022.

⁵⁷⁶ BRASIL. **Medida Provisória n. 66, de 29 de agosto de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/antigas_2002/66.htm>. Acesso em: 25 jun. 2022.

⁵⁷⁷ BRASIL. **Medida Provisória n. 685, de 21 de julho de 2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/mpv/mpv685.htm>. Acesso em: 25 jun. 2022.

negócios jurídicos estivessem especificados em ato da autoridade tributária. O referido dispositivo foi rejeitado pelo Congresso Nacional por ocasião da conversão da Medida Provisória n. 685/15 na Lei n. 13.202/15.

Portanto, a rigor, inexistente base legal para contestar negócios considerados abusivos ou desconsiderar negócios por falta de propósito negocial ou por ausência de razões extra tributárias. Apesar disso, a teoria do propósito negocial tem sido amplamente utilizada pelas autoridades fiscais e pelo CARF. Dessa feita, cumpre ter em mente que a teoria do propósito negocial não impõe que a tomada de decisão seja indiferente à economia tributária, porém, limita a importância dos tributos no processo decisório, de sorte que as operações não devem ser desenvolvidas com a finalidade única de evitar o pagamento de tributos.

Logo, um FII pode perfeitamente ser detido por 50 membros de uma mesma família. A aceitação dessa estrutura provavelmente dependerá da existência e da comprovação de um propósito não tributário útil. Por exemplo, uma família detentora de vários imóveis poderia constituir um FII a fim de facilitar a sucessão, viabilizar a captação de recursos no mercado para o financiamento de novos negócios, bem como garantir uma gestão profissional de sua receita imobiliária. É natural que a família compare o FII com a holding imobiliária, ponderando vantagens e desvantagens, inclusive – mas não exclusivamente – tributárias. Um FII assim suportado deveria ter seus efeitos preservados pelas autoridades tributárias, inclusive eventual isenção sobre os lucros distribuídos conforme as três condições legais.

4 *FUND OF FUNDS* – FOF DE FII

O *Fund of Funds* ou FoF é um fundo que detém cotas de outros fundos. Consideram-se FoF tanto os fundos expressamente denominados “*FoF*” ou “*fundo de fundos*”, quanto quaisquer fundos que apliquem uma parcela de sua carteira em cotas de outros fundos. A seguir, será realizada uma análise crítica do tratamento tributário dispensado ao FoF de FII, assim entendido o FII que invista em cotas de outro FII, especialmente quanto aos eventos de alienação e distribuição de cotas de FII.

4.1 **Alienação de cotas de FII por um FoF**

Há discussão sobre a tributação do ganho auferido por um FoF na alienação de cotas de FII em bolsas de valores ou no mercado de balcão organizado. De um lado, o fisco publicou a Solução de Consulta Cosit n. 181/14,⁵⁷⁸ na qual consignou o entendimento vinculante pela incidência de IR sobre os ganhos do FoF na alienação de cotas de FII em bolsas de valores ou no mercado de balcão organizado, baseando-se no art. 18, inciso II, da Lei n. 8.668/93. De outro lado, defende-se a não incidência de IR nessas operações, por força do art. 16 da Lei n. 8.668/93.

4.1.1 **A Solução de Consulta Cosit n. 181/14**

A Solução de Consulta Cosit n. 181/14 veiculou a posição vinculante do fisco pela incidência de 20% de IR sobre os ganhos auferidos por um FoF na alienação de cotas de um FII em bolsas de valores ou no mercado de balcão organizado.

A consultante, na qualidade de administradora, indagou se era correto aplicar ao FoF a isenção prevista pelo art. 16-A, §1º, da Lei n. 8.668/93, tanto aos rendimentos produzidos e distribuídos pelas cotas do FII investido, quanto aos ganhos líquidos decorrentes da alienação das cotas do FII em bolsas de valores ou no mercado de balcão organizado.⁵⁷⁹

⁵⁷⁸ BRASIL. **Solução de Consulta Cosit n. 181, de 25 de junho de 2014**. Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=53794>>. Acesso em: 14 fev. 2021.

⁵⁷⁹ *Ibidem*, itens 1-5.

A resposta da autoridade fiscal distinguiu duas regras aplicáveis a quaisquer beneficiários e duas exceções condicionadas. A primeira regra seria a incidência de IRRF à alíquota de 20% sobre rendimentos e ganhos de capital *distribuídos* pelo FII a qualquer beneficiário (art. 17 da Lei n. 8.668/93).⁵⁸⁰ A segunda regra seria a incidência de IR à alíquota de 20% sobre rendimentos e ganhos de capital auferidos em *alienação ou resgate* de cotas de FII por qualquer beneficiário (art. 18, inciso II, da Lei n. 8.668/93).⁵⁸¹

A primeira exceção seria a isenção de IRRF e IRPF sobre rendimentos *distribuídos* pelos FII para pessoas físicas, desde que três requisitos fossem cumpridos, quais sejam: **a)** as cotas do FII fossem admitidas à negociação exclusivamente em bolsas de valores ou no mercado de balcão organizado; **b)** o FII possuísse, no mínimo, 50 cotistas; e **c)** a pessoa física fosse titular de menos de 10% das cotas emitidas pelo FII e tivesse direito ao recebimento de até 10% do total de rendimentos auferidos pelo FII (art. 3º, inciso III e parágrafo único, da Lei n. 11.033/04).⁵⁸² A segunda exceção seria a não incidência de IRRF sobre rendimentos e ganhos líquidos auferidos por um FoF a partir de cotas de FII negociadas em bolsas de valores ou no mercado de balcão organizado (art. 16-A, §1º, da Lei n. 8.668/93).⁵⁸³

Com isso, a autoridade fiscal formalizou o entendimento de que o art. 16-A, §1º, da Lei n. 8.668/93 garante a não incidência de IRRF para as aplicações efetuadas pelos FII nos seguintes ativos: LH, CRI, LCI e cotas de FII negociadas em bolsas de valores ou no mercado de balcão organizado.⁵⁸⁴ Em outras palavras, o fisco concordou que o referido dispositivo legal não estaria limitado aos rendimentos, mas seria aplicável também aos ganhos líquidos provenientes da aplicação realizada por um FII nesses ativos.⁵⁸⁵ Assim, o fisco admitiu a não incidência de IRRF sobre os ganhos líquidos auferidos por FoF no resgate ou na alienação de cotas de um FII em bolsas de valores ou no mercado de balcão organizado.⁵⁸⁶

A princípio, essa conclusão poderia causar estranhamento, afinal, na alienação de cotas de um FII em bolsas de valores ou no mercado de balcão organizado, eventual ganho não se sujeitaria ao IRRF, mas sim ao IR. Sendo assim, alguém poderia imaginar que, ao admitir a não incidência de IRRF sobre os ganhos líquidos auferidos por FoF na alienação de cotas de FII, a autoridade fiscal teria só atestado o óbvio. Todavia, essa primeira impressão logo se desfaz

⁵⁸⁰ *Ibidem*, item 6.

⁵⁸¹ *Ibidem*, item 7.

⁵⁸² *Ibidem*, item 9.

⁵⁸³ *Ibidem*, item 10.

⁵⁸⁴ *Ibidem*, item 12.

⁵⁸⁵ *Ibidem*, item 12.

⁵⁸⁶ *Ibidem*, item 12.

quando se verifica que a decisão trata de rendimentos e ganhos líquidos auferidos no *resgate* de cotas, não apenas na *alienação* de cotas. O resgate de cotas é hipótese excepcional ao FII, pois todo FII é um fundo fechado, assim entendido aquele que só admite o resgate de cotas por ocasião da liquidação do fundo. Ainda assim, na hipótese excepcional do resgate de cotas por ocasião da liquidação do FII negociado exclusivamente em bolsas de valores ou no mercado de balcão organizado, não incidirá IRRF sobre os rendimentos e os ganhos líquidos auferidos pelo FoF, conforme atestado pelo fisco.

Alguém poderia supor que o fisco, ao reconhecer a não incidência do IRRF na alienação de cotas de FII por FoF, teria pretendido afastar a incidência de 0,005% de IRRF, também denominado IRRF “*dedo-duro*”. Todavia, não parece ter sido essa a intenção fiscal por duas razões. Primeiro, o IRRF “*dedo-duro*” não se aplica às operações dos fundos de investimento.⁵⁸⁷ Logo, as operações de FoF naturalmente não deveriam se sujeitar ao IRRF “*dedo-duro*”, sendo indiferente a manifestação fiscal para confirmar essa não incidência. Segundo, o IRRF “*dedo-duro*” não incide sobre ganhos líquidos, mas sobre o valor de alienação.⁵⁸⁸ Dessa feita, se a intenção do fisco era deixar clara a não incidência do IRRF “*dedo-duro*” sobre a operação em que um FoF aliena cotas de um FII, então deveria ter se referido ao IRRF sobre o *valor de alienação*, não sobre os *ganhos líquidos*.

Na época em que foi editada a Solução de Consulta n. 181/14, sequer havia previsão para a incidência de IRRF “*dedo-duro*” sobre o valor de alienação de cotas de FII. O art. 52 da Instrução Normativa RFB n. 1.022/10,⁵⁸⁹ embora tratasse do IRRF “*dedo-duro*”, era inaplicável aos FII. No mesmo sentido, o art. 63 da Consulta Pública RFB n. 3/15,⁵⁹⁰ embora tratasse do IRRF “*dedo-duro*”, era inaplicável ao FII. Esse cenário só se alterou com o advento do art. 63 da Instrução Normativa RFB n. 1.585/15, que expressamente passou a aplicar o IRRF “*dedo-duro*” aos FII (“*as operações referidas no ... art. 37 ... sujeitam-se à incidência do imposto sobre a renda na fonte, à alíquota de 0,005%*”).

Se de um lado o fisco reconheceu a não incidência de IRRF, de outro lado o fisco concluiu que incide IR sobre os ganhos líquidos auferidos por FoF na alienação de cotas de um FII em bolsas de valores ou no mercado de balcão organizado. A justificativa para a incidência

⁵⁸⁷ BRASIL. **Instrução Normativa RFB n. 1.585, de 31 de agosto de 2015**, art. 63, §3º, inciso II, alínea “d”.

⁵⁸⁸ *Ibidem*, art. 63, inciso IV.

⁵⁸⁹ BRASIL. **Instrução Normativa RFB n. 1.022, de 05 de abril de 2010**. Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=15987&visao=original>>. Acesso em: 19 jun. 2021.

⁵⁹⁰ BRASIL. **Consulta Pública RFB n. 3/15**. Disponível em: <<http://receita.economia.gov.br/sobre/consultaspublicas-e-editoriais/consulta-publica/arquivos-e-imagens/consulta-publica-rfb-03-2015.pdf/view>>. Acesso em: 19 jun. 2021.

do IR teria sido a suposta interpretação literal do art. 16-A, §1º, da Lei n. 8.668/93, que prevê a não incidência de IRRF e silencia sobre o IR e, na visão da autoridade fiscal, implicaria a incidência de IR pela regra geral do art. 18, inciso II, da Lei n. 8.668/93.

4.1.2 Os precedentes do TRF-3

Os precedentes do TRF-3, pelo menos até o momento, têm mantido a incidência de IR à alíquota de 20% sobre os ganhos auferidos por FoF na alienação de cotas de FII em bolsas de valores ou no mercado de balcão organizado.

A maioria dos contribuintes impetrou mandado de segurança com pedido de liminar, embora alguns contribuintes tenham ajuizado ação ordinária com pedido de tutela antecipada. Ademais, a maioria dos processos foi julgado só em primeira instância, apesar de que há um caso já julgado em segunda instância. Além disso, em todos os casos, o pedido é a declaração de inexistência de relação jurídica tributária que obrigue um FoF ao recolhimento de IR e IRRF sobre o ganho que auferir na venda de cotas de FII em bolsas de valores ou no mercado de balcão organizado, cumulado com a declaração do direito à restituição/compensação dos valores indevidamente recolhidos nos últimos cinco anos, corrigidos pela Selic.

A BRL Trust Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários S/A impetrou mandado de segurança com pedido de liminar na qualidade de administradora de nove FII.

Para o **Bluemacaw Renda+ FoF FII** e o **Bluemacaw Office Fund II FII**, a Juíza Federal Marisa Cláudia Gonçalves Cucio denegou a segurança, por entender que o art. 16-A da Lei n. 8.668/93, ao fazer remissão aos incisos II e III do art. 3º da Lei n. 11.033/04, implicitamente teria estendido a desoneração tributária de IRRF apenas aos ganhos derivados de relações entre os fundos e a pessoa física, tal que no seu entender a exegese da isenção não permitiria sua aplicação aos ganhos oriundos de operações entre FII.⁵⁹¹ Os autos foram remetidos para o gabinete do Desembargador Federal Paulo Domingues.⁵⁹²

⁵⁹¹ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região, 12ª Vara Cível Federal de São Paulo, **Mandado de Segurança n. 5000382-81.2021.4.03.6100**, Juíza Federal Marisa Cláudia Gonçalves Cucio, julgado em 02/06/21.

⁵⁹² BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região, 6ª Turma, **Apelação Cível n. 5000382-81.2021.4.03.6100**, Desembargador Federal Paulo Domingues, pendente de julgamento.

Para o **RBR Log FII**, a Juíza Federal Marisa Cláudia Gonçalves Cucio denegou a segurança pelos mesmos argumentos.⁵⁹³ Os autos foram remetidos para o gabinete do Desembargador Federal Johansom Di Salvo.⁵⁹⁴

Para o **Vinci Shopping Centers FII**, o Juiz Federal Hong Kou Hen julgou improcedente o pedido, tendo reproduzido um trecho da decisão que indeferira a liminar. Segundo a decisão, seriam isentos apenas os proventos pagos pelos fundos semestralmente, ou em período inferior, que por sua vez corresponderiam aos lucros apurados periodicamente na forma de aluguéis ou demais valores oriundos da exploração dos imóveis. Em outras palavras, de acordo com a decisão, a isenção seria inaplicável aos rendimentos ou ganhos de capital auferidos na alienação ou no resgate das cotas dos FII, os quais estariam sujeitos ao IR, mesmo para as pessoas jurídicas isentas.⁵⁹⁵ Os autos foram remetidos para o gabinete do Desembargador Federal Nelson dos Santos.⁵⁹⁶

Para o **VBI REITS FoF FII**, o Juiz Federal Hong Kou Hen denegou a segurança pelos mesmos argumentos.⁵⁹⁷ Os autos foram remetidos para o gabinete do Desembargador Federal Johansom Di Salvo.⁵⁹⁸

Para o **RBR Properties FII**, o Juiz Federal Hong Kou Hen denegou a segurança pelos mesmos argumentos.⁵⁹⁹ Os autos foram remetidos para o gabinete do Desembargador Federal André Nabarrete.⁶⁰⁰

Para o **HSI Ativos Financeiros FII**, o Juiz Federal Paulo Alberto Sarno julgou improcedente o pedido e denegou a segurança porque o montante relativo aos rendimentos e ganhos líquidos auferidos na venda de cotas de outros FII, no seu entender, não se encontra albergado pela regra de isenção prevista nos incisos II e III do art. 3º da Lei n. 11.033/04, mas sim pelo disposto no art. 18 da Lei n. 8.668/93 e, inclusive, a Solução de Consulta Cosit n.

⁵⁹³ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região, 12ª Vara Cível Federal de São Paulo, **Mandado de Segurança n. 5027030-35.2020.4.03.6100**, Juíza Federal Marisa Cláudia G. Cucio, julgado em 07/10/21.

⁵⁹⁴ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região, 6ª Turma, **Apelação Cível n. 5027030-35.2020.4.03.6100**, Desembargador Federal Johansom Di Salvo, pendente de julgamento.

⁵⁹⁵ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região, 8ª Vara Cível Federal de São Paulo, **Mandado de Segurança n. 5000308-27.2021.4.03.6100**, Juiz Federal Hong Kou Hen, julgado em 05/04/21.

⁵⁹⁶ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região, 3ª Turma, **Apelação Cível n. 5000308-27.2021.4.03.6100**, Desembargador Federal Nelson dos Santos, pendente de julgamento.

⁵⁹⁷ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região, 8ª Vara Cível Federal de São Paulo, **Mandado de Segurança n. 5024458-09.2020.4.03.6100**, Juiz Federal Hong Kou Hen, julgado em 29/03/21.

⁵⁹⁸ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região, 6ª Turma, **Apelação Cível n. 5024458-09.2020.4.03.6100**, Desembargador Federal Johansom Di Salvo, pendente de julgamento.

⁵⁹⁹ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região, 8ª Vara Cível Federal de São Paulo, **Mandado de Segurança n. 5027031-20.2020.4.03.6100**, Juiz Federal Hong Kou Hen, julgado em 29/04/21.

⁶⁰⁰ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região, 4ª Turma, **Apelação Cível n. 5027031-20.2020.4.03.6100**, Desembargador Federal André Nabarrete, pendente de julgamento.

223/18 teria bem esclarecido a distinção entre os rendimentos distribuídos pelos FII e a alienação de cotas de FII, estando somente os rendimentos abrangidos pela regra da isenção do inciso III do art. 3º da Lei n. 11.033/04.⁶⁰¹ Os autos foram remetidos para o gabinete do Desembargador Federal André Nabarrete.⁶⁰²

Para o **RBR Rendimento High Grade FII**, o Juiz Federal Caio José Bovino Greggio julgou improcedente o pedido, por entender que a não incidência estabelecida pelo §1º do art. 16-A da Lei n. 8.668/93, que se restringe à tributação na fonte, não teria o condão de isentar de IR as alienações de cotas de FII que, por disposição do inciso II do art. 18 da Lei n. 8.668/93, seguiriam as regras dos ganhos de capital ou ganhos líquidos auferidos em operações de renda variável, para os quais a tributação não se daria na fonte, cabendo ao beneficiário a apuração e recolhimento.⁶⁰³ Os autos foram remetidos para o gabinete do Desembargador Federal Johansom Di Salvo.⁶⁰⁴

Para o **RB Capital I Fundo de Fundos FII**, a Juíza Federal Regilena Emy Fukui Bolognesi denegou a segurança, por entender que o art. 18 da Lei n. 8.668/93 teria expressamente determinado a tributação no percentual de 20% dos ganhos de capital e rendimentos auferidos na alienação ou no resgate de cotas de FII.⁶⁰⁵ Os autos foram remetidos para o gabinete da Desembargadora Federal Marli Ferreira.⁶⁰⁶

A Hedge Investments Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários Ltda. ajuizou procedimento comum cível com pedido de tutela antecipada na qualidade de administradora de três FII.

Para o **Hedge Top FOFII FII**, o Juiz Federal José Carlos Francisco julgou o pedido parcialmente procedente, declarando a inexistência de relação jurídica tributária no que concerne ao IRRF sobre rendimentos e ganhos de capital auferidos pelo FoF em decorrência de distribuições feitas pelos FII cujas cotas sejam admitidas à negociação exclusivamente nas bolsas de valores e no mercado de balcão organizado (art. 16-A, §1º, da Lei n. 8.668/93), não

⁶⁰¹ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região, 5ª Vara Cível Federal de São Paulo, **Mandado de Segurança n. 5000095-21.2021.4.03.6100**, Juiz Federal Paulo Alberto Sarno, julgado em 06/05/21.

⁶⁰² BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região, 4ª Turma, **Apelação Cível n. 5000095-21.2021.4.03.6100**, Desembargador Federal André Nabarrete, pendente de julgamento.

⁶⁰³ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região, 21ª Vara Cível Federal de São Paulo, **Mandado de Segurança n. 5025163-07.2020.4.03.6100**, Juiz Federal Caio José Bovino Greggio, julgado em 14/06/21.

⁶⁰⁴ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região, 6ª Turma, **Apelação Cível n. 5025163-07.2020.4.03.6100**, Desembargador Federal Johansom Di Salvo, pendente de julgamento.

⁶⁰⁵ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região, 11ª Vara Cível Federal de São Paulo, **Mandado de Segurança n. 5021626-66.2021.4.03.6100**, Juíza Federal Regilena Emy F. Bolognesi, julgado em 09/12/21.

⁶⁰⁶ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região, 4ª Turma, **Apelação Cível n. 5021626-66.2021.4.03.6100**, Desembargadora Federal Marli Ferreira, pendente de julgamento.

alcançando demais rendimentos e ganhos de capital distribuídos por outros FII (art. 17 da Lei n. 8.668/93), nem o resgate ou a alienação de cotas de outros FII (art. 18 da Lei n. 8.668/93).⁶⁰⁷ No entender do juiz, a única maneira para conciliar, de um lado, a isenção ampla do art. 16 da Lei n. 8.668/93 e a desoneração de IRRF prevista no art. 16-A, §1º, da Lei n. 8.668/93, com, de outro lado, a exigência de IRRF e IR também ampla dos arts. 17 e 18 da Lei n. 8.668/93, seria concluir que a isenção/desoneração não alcança o FoF que investe em outro FII. De acordo com o voto, essa restrição do alcance da isenção/desoneração seria mandamento interpretativo positivado no art. 111 do Código Tributário Nacional. O desestímulo à existência de FoF que investe em FII seria matéria pertinente à discricionariedade do legislador ordinário, cabendo à análise judicial tão somente a compreensão da racionalidade normativa positivada. Os autos foram remetidos para o gabinete da Desembargadora Federal Mônica Nobre.⁶⁰⁸

Para o **Hedge Top FOFII 3 FII**, o Juiz Federal Tiago Bitencourt de David julgou o pedido improcedente, tendo concluído que o art. 18 da Lei n. 8.668/93 seria específico sobre a tributação na hipótese de alienação ou resgate de cotas de FII, o que afastaria a aplicação do disposto no art. 16 do referido diploma legal.⁶⁰⁹ Os autos foram remetidos para o gabinete da Desembargadora Federal Marli Ferreira.⁶¹⁰

Para o **Hedge Brasil Shopping FII**, o Juiz Federal Fernando Marcelo Mendes julgou improcedente o pedido, anotando que apesar de o art. 16 da Lei n. 8.668/93 dispor que há isenção do IR sobre os rendimentos e ganhos auferidos pelos FII, o art. 18 da mesma norma deixa claro que se excetua do caso os ganhos de capital e rendimentos auferidos na alienação ou no resgate de cotas de FII, uma vez que determina expressamente que tal tributação se aplica a qualquer beneficiário, inclusive pessoa jurídica isenta. Ademais, deve ser interpretada literalmente a legislação que dispõe sobre isenção, nos termos do art. 111 do Código Tributário Nacional, pelo que não se pode ampliar as hipóteses previstas no §1º do art. 16-A da Lei n. 8.668/93".⁶¹¹ Na segunda instância, o Desembargador Federal André Nabarrete, acompanhado pelas Desembargadoras Federais Marli Ferreira e Mônica Nobre, negou provimento à

⁶⁰⁷ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região, 14ª Vara Cível Federal de São Paulo, **Procedimento Comum Cível n. 5005138-07.2019.4.03.6100**, Juiz Federal José Carlos Francisco, julgado em 22/10/19.

⁶⁰⁸ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região, 4ª Turma, **Apelação Cível n. 5005138-07.2019.4.03.6100**, Desembargadora Federal Mônica Nobre, pendente de julgamento.

⁶⁰⁹ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região, 5ª Vara Cível Federal de São Paulo, **Procedimento Comum Cível n. 5005139-89.2019.4.03.6100**, Juiz Federal Tiago Bitencourt de David, julgado em 03/03/22.

⁶¹⁰ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região, 4ª Turma, **Apelação Cível n. 5005139-89.2019.4.03.6100**, Desembargadora Federal Marli Ferreira, pendente de julgamento.

⁶¹¹ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região, 13ª Vara Cível Federal de São Paulo, **Procedimento Comum Cível n. 5005956-56.2019.4.03.6100**, Juiz Federal Fernando Marcelo Mendes, julgado em 29/05/20.

apelação.⁶¹² Prevaleceu o entendimento de que o art. 16 traz uma isenção e os arts. 17 e 18, uma exceção. Além disso, foi consignado que a Lei n. 9.532/97, em seu art. 28, §§11 e 12, prevê a tributação dos fundos de investimento como qualquer cotista relativamente às aplicações em cotas de outros fundos de investimento.

O BTG Pactual Serviços Financeiros S/A Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários impetrou mandado de segurança com pedido de liminar na qualidade de administrador de um FII.

Para o **RBR Crédito Imobiliário High Yield FII**, a Juíza Federal Sílvia Figueiredo Marques denegou a segurança, por entender que o fundo impetrante estaria tentando fazer prevalecer sua forma de FII para gozar da isenção tributária enquanto estivesse operando como cotista ou investidor.⁶¹³ Adicionalmente, a sentença fixou que a isenção do art. 16 diz respeito a ganhos auferidos pelo próprio fundo, quando atua na condição de entidade responsável pela comunhão de investimentos de seus participantes, operando no interesse dos participantes, gerando rendimentos e ganho de capital pela compra e venda de ativos.⁶¹⁴ Os autos foram remetidos para o gabinete do Desembargador Federal Nery Júnior.⁶¹⁵

A Genial Investimentos Corretora de Valores Mobiliários S/A impetrou mandado de segurança com pedido de liminar na qualidade de administradora de dois FII.

Para o **Brasil Plural Absoluto Fundo de Fundos FII** e o **Malls Brasil Plural FII**, a Juíza Federal Diana Brunstein denegou a segurança, por entender que o §1º do art. 16-A, ao excepcionar a regra do *caput*, não teria estabelecido a isenção de IR sobre rendimentos e ganhos líquidos propiciados pelos ativos que especifica, mas apenas teria afastado a incidência do IRRF sobre esses ativos. Ou seja, persistiria a incidência do IR – a ser recolhido pelo beneficiário do ganho ou rendimento, inclusive quando fosse um FII – na operação de alienação de cotas de FII, nos termos do art. 18, inciso II, da Lei n. 8.668/93, já que tal apuração deveria observar as regras das operações de renda variável, para as quais a tributação não se dá na fonte.⁶¹⁶ Os autos foram remetidos para o gabinete do Desembargador Federal Paulo Domingues.⁶¹⁷

⁶¹² BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região, 4ª Turma, **Apelação Cível n. 5005956-56.2019.4.03.6100**, Desembargador André Nabarrete, julgado em 01/10/21.

⁶¹³ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região, 26ª Vara Cível Federal de São Paulo, **Mandado de Segurança n. 5025165-74.2020.4.03.6100**, Juíza Federal Sílvia Figueiredo Marques, julgado em 06/03/21.

⁶¹⁴ *Ibidem*.

⁶¹⁵ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região, 3ª Turma, **Apelação Cível n. 5025165-74.2020.4.03.6100**, Desembargador Federal Nery Júnior, pendente de julgamento.

⁶¹⁶ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região, 7ª Vara Cível Federal de São Paulo, **Mandado de Segurança n. 5027040-79.2020.4.03.6100**, Juíza Federal Diana Brunstein, julgado em 28/04/21.

⁶¹⁷ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região, 6ª Turma, **Apelação Cível n. 5027040-79.2020.4.03.6100**, Desembargador Federal Paulo Domingues, pendente de julgamento.

Entende-se que tanto os precedentes do TRF-3 quanto a Solução de Consulta Cosit n. 181/14 são passíveis de crítica, conforme segue demonstrado.

4.1.3 A crítica à incidência de IR sobre ganhos de FoF na alienação de cotas de FII

Por meio da Solução de Consulta Cosit n. 181/14, a autoridade fiscal aplicou o art. 18, inciso II, da Lei n. 8.668/93 ao concluir pela incidência de IR sobre os ganhos líquidos auferidos por FoF na alienação de cotas de FII em bolsas de valores ou no mercado de balcão organizado. Porém, e aqui vai a primeira crítica, o fisco deixou de analisar e aplicar o art. 16 da Lei n. 8.668/93, que diversamente levaria à isenção de IR sobre os referidos ganhos.

O art. 18, inciso II, da Lei n. 8.668/93 prevê a incidência de 20% de IR sobre os ganhos de capital auferidos na alienação de cotas de FII por qualquer beneficiário. Ao seu turno, o art. 16 da Lei n. 8.668/93 prevê a isenção de IR sobre ganhos de capital auferidos pelos FII. De largada, vê-se que é possível subsumir o fato (ganho auferido por FoF na alienação de cotas de FII) tanto ao art. 18, inciso II, da Lei n. 8.668/93 (foco na operação – alienação de cotas de FII) quanto ao art. 16 da Lei n. 8.668/93 (foco no contribuinte – o FoF). Dessa possibilidade de subsumir o mesmo fato a ambas as normas, extrai-se a necessidade de solucionar essa aparente antinomia.

O **critério cronológico** não soluciona a aparente antinomia entre os arts. 16 e 18 da Lei n. 8.668/93, pois ambos artigos foram introduzidos no ordenamento jurídico ao mesmo tempo pelo Projeto de Lei n. 2.204/91 convertido na Lei n. 8.668/93. De um lado, o art. 16 da Lei n. 8.668/93 simplesmente reproduz o teor originalmente contido no art. 12 do Projeto de Lei n. 2.204/91.⁶¹⁸ A única modificação ocorrida desde 1991 foi a revogação da isenção de IOF, que a princípio era prevista para rendimentos e ganhos auferidos por FII, mas que foi revogada pela Lei n. 8.894/94.⁶¹⁹

De outro lado, o art. 18 da Lei n. 8.668/93 já passou por alguns ajustes redacionais, mas preserva a disciplina da tributação na alienação de cotas de FII. Recordando, em 1991, o art. 14 do Projeto de Lei n. 2.204/91⁶²⁰ disciplinava a incidência de IR sobre o rendimento decorrente da alienação ou do resgate de cotas de FII por pessoas físicas ou pessoas jurídicas não tributadas

⁶¹⁸ BRASIL. **Projeto de Lei n. 2.204, de 28 de novembro de 1991**, *opus citatum*, art. 12.

⁶¹⁹ BRASIL. **Lei n. 8.894, de 21 de junho de 1994**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8894.htm#art10>. Acesso em: 27 jun. 2022.

⁶²⁰ BRASIL. **Projeto de Lei n. 2.204, de 28 de novembro de 1991**, *opus citatum*, art. 14.

pelo Lucro Real, sendo na época aplicável a mesma alíquota prevista para a tributação de rendimentos obtidos na alienação ou no resgate de cotas de fundos mútuos de ações. Em 1993, esse teor foi tão somente convertido para o art. 18 da Lei n. 8.668/93. Em 1999, por força da redação dada pela Lei n. 9.779/99, o art. 18 da Lei n. 8.668/93 passou a prever a alíquota de 20% de IR sobre os ganhos auferidos na alienação de cotas de FII. Portanto, esses dispositivos são contemporâneos, sendo inócuo o critério cronológico para fazer prevalecer um em detrimento do outro.

O **critério hierárquico** também não resolve a aparente antinomia entre os arts. 16 e 18 da Lei n. 8.668/93, pois esses dispositivos extraem sua força normativa da mesma lei ordinária. Conforme demonstrado anteriormente, esses dispositivos foram propostos por meio do Projeto de Lei n. 2.204/91 e, nas últimas décadas, passaram por revogações parciais e ajustes redacionais, mas mantiveram sua essência original, qual seja: o art. 16 da Lei n. 8.668/93 continua prevendo a isenção de IR sobre ganhos de capital auferidos pelos FII; já o art. 18 da Lei n. 8.668/93 continua prevendo a incidência de IR sobre os ganhos de capital auferidos por qualquer beneficiário na alienação de cotas de FII. Assim, sendo ambos os dispositivos da Lei n. 8.668/93, não há que se falar em preferir um ao outro.

O **critério da especialidade** parece resolver a antinomia entre os arts. 16 e 18 da Lei n. 8.668/93, fazendo prevalecer a isenção. Norma especial é aquela que anula ou subtrai parte de uma norma mais geral. O art. 16 é norma especial porque somente se aplica aos FII. Já o art. 18 é norma geral aplicável a qualquer beneficiário, inclusive pessoa jurídica isenta. Para que ambos os dispositivos tenham sua validade e eficácia preservada, cumpre aplicar o art. 16 para isentar de IR os ganhos auferidos por FoF na alienação de cotas de FII em bolsas de valores e no mercado de balcão organizado, ao passo que o art. 18 enseja a tributação dos ganhos auferidos na alienação de cotas de FII por quaisquer *outros* beneficiários, inclusive pessoa jurídica isenta, exceto o FoF.

Alguém poderia argumentar que ambos dispositivos podem ser considerados norma especial. Nessa linha, tanto o art. 16 seria norma especial por prever a isenção de IR sobre os ganhos auferidos por FII (a ênfase estaria no beneficiário dos ganhos, o FoF), quanto o art. 18 seria norma especial por prever a incidência de IR sobre os ganhos auferidos por qualquer beneficiário na alienação de cotas de FII (a ênfase estaria na operação, a alienação de cotas de FII). Há, porém, objeções a esse raciocínio.

A **topografia** da Lei n. 8.668/93 fornece elementos importantes para que se conclua que o art. 16 é a norma especial a ser aplicada para fins de isenção do IR sobre o ganho do FoF na

venda de cotas de FII. Afinal, a tributação do FII é o tema dos arts. 16 e 16-A, ao passo que a tributação dos cotistas em geral é endereçada pelos arts. 17 e 18. A própria lei separa o tratamento tributário aplicável ao FII (art. 16 prevê a isenção de IR para rendimentos e ganhos de capital do FII; e art. 16-A prevê a incidência de IRRF sobre rendimentos e ganhos líquidos provenientes de aplicações financeiras de renda fixa ou de renda variável, exceto para LH, LCI, CRI e cotas de FII admitidas à negociação exclusivamente em bolsas de valores ou no mercado de balcão organizado) do tratamento tributário aplicável às cotistas pessoas físicas ou jurídicas, inclusive isentas (art. 17 prevê a incidência de IRRF sobre rendimentos e ganhos de capital distribuídos pelo FII a qualquer beneficiário, inclusive pessoa jurídica isenta; e art. 18 prevê a incidência de IR/IRRF em alienação/resgate de cotas de FII por qualquer beneficiário, inclusive pessoa jurídica isenta). Sendo assim, se um FoF auferir ganho na venda de cotas de um FII, deve ser aplicado o tratamento tributário previsto para a carteira do FII, ou seja, a isenção de IR nos termos do art. 16 da Lei n. 8.668/93.

O **histórico-legislativo** revela que a expressão “*qualquer beneficiário, inclusive pessoa jurídica isenta*” não engloba (nem nunca englobou) *todo* beneficiário. Historicamente, o regime tributário previsto nos arts. 17 e 18 da Lei n. 8.668/93 não se aplica ao cotista não residente, que sempre esteve sujeito ao tratamento tributário aplicável à sua classe de contribuintes.⁶²¹ Além disso, comparando as redações, atual e anterior, do art. 18 da Lei n. 8.668/93, nota-se que a origem da expressão “*qualquer beneficiário, inclusive pessoa jurídica isenta*” é a expressão “*peças físicas ou peças jurídicas não tributadas com base no lucro real, inclusive isentas*”. Em outras palavras, em 1999, o legislador alargou o rol dos beneficiários sujeitos ao art. 18 da Lei n. 8.668/93, tendo estendido esse dispositivo legal para as peças jurídicas tributadas com base no lucro real que até então não se sujeitavam à essa tributação separada dos rendimentos e ganhos de capital provenientes de FII. A expressão “*qualquer beneficiário*” retrata esse alargamento do rol anterior de beneficiários. No entanto, não pode o intérprete ampliar o alcance do art. 18 da Lei n. 8.668/93 para forçar sua aplicação a *todo* beneficiário. Defende-se que, tal como o cotista não residente aproveita o tratamento tributário aplicável sua classe de contribuintes, também o FoF aproveita a isenção de IR sobre rendimentos e ganhos de capital auferidos pela sua carteira – não estando sujeito à tributação prevista pelo art. 18 da Lei n. 8.668/93.

⁶²¹ BRASIL. **Lei n. 8.668, de 25 de junho de 1993**, *opus citatum*, art. 17, parágrafo único (na redação vigente até 1999); art. 18, §2º (na redação vigente até 1999).

A **teleologia** que orientou a criação dos FII foi o estímulo ao mercado imobiliário. Esse objetivo se espalha em inúmeros outros propósitos alardeados pelo legislador, tais como a redução das importações, o equilíbrio da balança comercial, a geração de emprego (com foco nas vagas da construção civil que exigem pouca ou nenhuma capacitação e, por conseguinte, absorvem um grande contingente de mão de obra produtiva), o incremento da renda, além do combate aos efeitos nefastos das sucessivas crises econômicas. Nesse contexto, aplicar o art. 16 a fim de preservar a isenção de IR sobre os ganhos auferidos por FoF na alienação de cotas de FII seria a postura mais adequada com vistas à teleologia da Lei n. 8.668/93. Evidentemente, a teleologia não é uma carta em branco para que o operador jurídico subsuma determinado fato à norma que bem lhe aprouver. No entanto, diante de duas normas a princípio aplicáveis a um mesmo fato, a teleologia de ambas as normas deve ser levada em consideração.

O **critério do *in dubio pro contribuinte*** conduz à aplicação do art. 16 da Lei n. 8.668/93. NORBERTO BOBBIO⁶²² ensina que um dos cânones interpretativos mais constantemente seguidos pelos juristas é o de, em caso de ambiguidade ou incerteza na interpretação de um texto, dar preponderância à interpretação favorável (*favorabilis*) em detrimento da interpretação desfavorável (*odiosa*). O autor cita o caso de duas normas, uma imperativa ou proibitiva, e a outra permissiva: se ambas as normas forem incompatíveis, deve prevalecer a norma permissiva. Dessa feita, ainda que os critérios clássicos não resolvessem a antinomia entre os arts. 16 e 18 da Lei n. 8.668/93 – o que se admite apenas para fins de argumentação –, restaria aplicar o cânone interpretativo do *in dubio pro contribuinte*, de sorte que não deveria incidir IR sobre os ganhos auferidos por FoF na alienação de cotas de FII.

Um **erro de interpretação de uma revogação** pode explicar por que na Solução de Consulta Cosit n. 181/14 a autoridade fiscal não fez qualquer referência ao art. 16 da Lei n. 8.668/93. É dizer, talvez o fisco tenha incorrido no erro de supor que esse dispositivo havia sido totalmente revogado pela Lei n. 8.894/94. Por exemplo, nesse equívoco incorreu o Conselheiro Wilson Fernandes Guimarães, no voto vencido proferido no acórdão n. 1301-000.994, julgado pela 1ª Turma Ordinária da 3ª Câmara do CARF em 07/08/12, ao afirmar “*a revogação da referida isenção pela Lei n. 8.894/94*”,⁶²³ em referência à isenção de IR relativamente aos ganhos de capital e rendimentos auferidos pelo FII. No mesmo erro incorreu o Conselheiro Fernando Brasil de Oliveira Pinto, no voto vencedor proferido no acórdão n. 1402-002.320,

⁶²² BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Brasília: Editora UnB, 1996, 7ª ed., pp. 97-99.

⁶²³ BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, 1ª Seção, 3ª Câmara, 1ª Turma, Processo n. 16327.001752/2010-25, **Acórdão n. 1301-000.994**, julgado em 07/08/12, p. 23.

julgado pela 2ª Turma Ordinária da 4ª Câmara da 1ª Seção do CARF em 04/10/16, ao tratar da “*revogação da referida isenção pela Lei n. 8.894/94*”.⁶²⁴ No entanto, cumpre observar que a Lei n. 8.894/94 revogou apenas a isenção de IOF referida no art. 16 da Lei n. 8.668/93, deixando incólume a isenção de IR sobre rendimentos e ganhos de capital auferidos pelos FII.

Além disso, o art. 16-A da Lei n. 8.668/93, embora tenha sido proposto pela Medida Provisória n. 1.788/98 como *substitutivo* do art. 16 da Lei n. 8.668/93,⁶²⁵ na realidade foi introduzido pela Lei n. 9.779/99 como *acréscimo* ao art. 16 da Lei n. 8.668/93, tendo sido acrescida a *letra maiúscula A*, atestando se tratar de acréscimo de dispositivo novo, nos termos do art. 12, inciso III, alínea “b”, da Lei Complementar n. 95/98.⁶²⁶

O art. 28, §12, alínea “a”, da Lei n. 9.532/97 é inaplicável ao ganho de FoF na venda de cotas de FII. O referido dispositivo prevê o seguinte: “*os fundos de investimento de que trata a alínea ‘a’ do parágrafo anterior serão tributados como qualquer cotista, quanto a aplicações em cotas de outros fundos de investimento*”. Ocorre que o art. 28, §12, da Lei n. 9.532/97, tendo sido publicado em 1997 e preservando sua redação original, foi forjado em uma época em que o FII não podia investir em cotas de outros FII. Vale recordar que a estruturação de FoF de FII só foi admitida em 2008, quando da publicação do art. 45, inciso VI, da Instrução CVM n. 472/08 expressamente incluiu as cotas de outros FII no rol de ativos considerados empreendimentos imobiliários passíveis de investimento pelos FII. É dizer, o propósito do legislador ao editar o art. 28, §12, da Lei n. 9.532/97 nunca foi alcançar a estrutura de FoF de FII, que sequer era permitida em 1997. Seu objetivo era alcançar FoF de outros tipos de fundos, que não FII.

Além disso, “*fundos de investimento de que trata a alínea ‘a’ do parágrafo anterior*” são os fundos cujos recursos sejam aplicados na aquisição de cotas de outros fundos (alínea “a” do §11) e, cumulativamente, que sejam dispensados da retenção do IRRF sobre rendimentos auferidos pelos seus cotistas (*caput* do §11). Os FoF de FII, embora sejam fundos cujos recursos sejam aplicados na aquisição de cotas de outros fundos, não estão dispensados da retenção de IRRF sobre os rendimentos dos seus cotistas, salvo em situações específicas (FoF com no mínimo 50 cotistas; cotas do FoF admitidas à negociação exclusivamente em bolsas de valores

⁶²⁴ BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, 1ª Seção, 4ª Câmara, 2ª Turma, Processo n. 16327.720078/2011-62, **Acórdão n. 1402-002.320**, julgado em 04/10/16, p. 19.

⁶²⁵ BRASIL. **Medida Provisória n. 1.788, de 29 de dezembro de 1998**, *opus citatum*, art. 1º.

⁶²⁶ BRASIL. **Lei Complementar n. 95, de 26 de fevereiro de 1998**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp95.htm>. Acesso em: 17 fev. 2021.

ou no mercado de balcão organizado; e cotista pessoa física com menos 10% das cotas e até 10% dos rendimentos).

Ademais, o §13 prevê que o art. 28 da Lei n. 9.532/97 é aplicável a ativos de renda fixa dos FII. Ou seja, ao delimitar a abrangência do art. 28 da Lei n. 9.532/97, o legislador silenciou sobre os ativos de renda variável dos FII, tais como as cotas de outros FII. Consequentemente, ainda que o art. 28 da Lei n. 9.532/97 fosse aplicável aos FoF de FII – o que se admite só para fins de argumentação –, essa aplicação seria restrita aos ativos de renda fixa do FoF, excluídas as cotas do FII.

Portanto, entende-se que não incide IR sobre os ganhos auferidos por FoF na alienação de cotas de FII.

4.2 A distribuição de lucros de um FII para o FoF

Há discussão sobre a tributação do rendimento auferido por um FoF na distribuição de lucros realizada por um FII. De um lado, a divisão paulista publicou a Solução de Consulta Disit 08 n. 489/09,⁶²⁷ na qual consignou o entendimento pela incidência de IRRF sobre os rendimentos auferidos pelo FoF a partir da distribuição de lucros de um FII, baseando-se no art. 17 da Lei n. 8.668/93. De outro lado, entende-se que não incide IRRF sobre essas operações, por força do art. 16, §1º, da Lei n. 8.668/93.

4.2.1 A Solução de Consulta Disit 08 n. 489/09

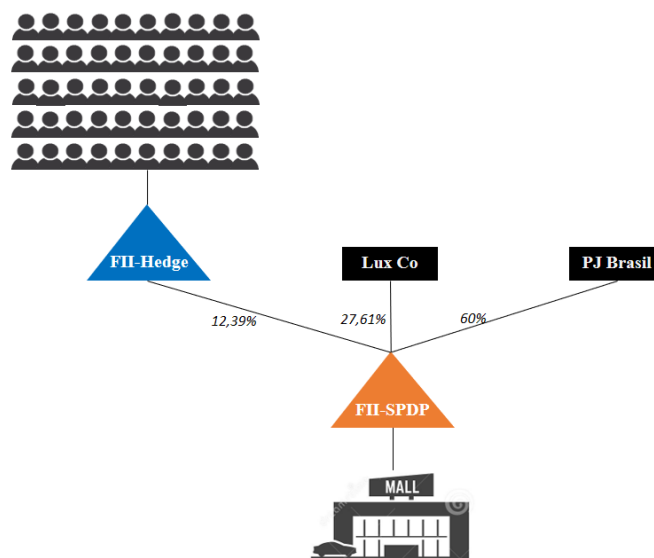
Por meio da Solução de Consulta Disit 08 n. 489/09, a divisão fiscal de São Paulo entendeu que incide 20% de IRRF sobre os lucros distribuídos por um FII para um FoF. Sendo regional, essa manifestação não vincula todos os fiscais, mas somente se aplica ao consulente: o Fundo de Investimento Imobiliário Shopping Parque D. Pedro, doravante “FII-SPDP”.⁶²⁸

Desde julho de 2009, o FII-SPDP é detido por três cotistas: *a)* 12,39% pelo Hedge Brasil Shopping Fundo de Investimento Imobiliário ou “FII-Hedge”, anteriormente denominado

⁶²⁷ BRASIL. **Solução de Consulta Disit 08 n. 489, de 28 de dezembro de 2009**, *apud*, BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 1ª Turma, **Agravo no Recurso Especial n. 1.357.255/SP**, Rel. Min. Gurgel de Faria, baixa definitiva em 19/05/22.

⁶²⁸ *Ibidem*, fls. 91, 96 e 97.

CSHG Brasil Shopping Fundo de Investimento Imobiliário, que ao seu turno é detido por no mínimo 50 cotistas, cada qual com menos de 10% das cotas e até 10% dos rendimentos produzidos pelo fundo; **b)** 27,61% pelo Parque D. Pedro 1 BV SARL ou “Lux Co”, investidor não residente com sede em Luxemburgo; e **c)** 60% pela Sierra Investimentos Brasil Ltda. ou “PJ Brasil”, pessoa jurídica não financeira com sede no Brasil.⁶²⁹ Graficamente, a estrutura pode ser representada conforme segue:⁶³⁰



O Banco Ourinvest S/A, na qualidade de administrador do FII-SPDP, questionou se deveria ou não efetuar a retenção e o recolhimento do IRRF sobre as distribuições de lucros para o FII-Hedge. A consulta foi feita em 30 de setembro de 2009, ou seja, cerca de um mês após a publicação da Lei n. 12.024/09, que incluiu o §1º no art. 16-A da Lei n. 8.668/93.⁶³¹

A consultante pediu o reconhecimento da aplicação do art. 16-A, §1º, da Lei n. 8.668/93, a fim de dispensar o IRRF sobre lucros distribuídos pelo FII-SPDP ao FII-Hedge.

A divisão fiscal de São Paulo entendeu que o §1º do art. 16-A da Lei n. 8.668/93, por outorgar uma isenção, deveria ser interpretado literalmente. Assim, na visão do fisco, o §1º do art. 16-A da Lei n. 8.668/93, ao fazer remissão aos incisos II e III do art. 3º da Lei n. 11.033/04, teria isentado de IR e IRRF apenas os rendimentos distribuídos pelos FII em favor de *pessoas físicas*, nas situações em que fossem cumpridos três requisitos: **a)** cotas do FII admitidas à negociação exclusivamente em bolsas de valores ou no mercado de balcão organizado; **b)** no

⁶²⁹ *Ibidem*, fls. 92.

⁶³⁰ *Ibidem*, fls. 30.

⁶³¹ *Ibidem*, fls. 96.

mínimo 50 cotistas; e *c*) cotista pessoa física com menos de 10% das cotas ou até 10% dos rendimentos do fundo.⁶³²

Diante disso, o fisco concluiu ser aplicável ao FoF o art. 17 da Lei n. 8.668/93, que prevê a incidência de 20% de IRRF sobre os rendimentos e ganhos de capital distribuídos pelo FII *para qualquer beneficiário*.⁶³³ Subsidiariamente, o fisco entendeu que, se fosse aplicável o §1º do art. 16-A da Lei n. 8.668/93, ainda assim incidiria IRRF sobre os rendimentos distribuídos pelo FII-SPDP ao FII-Hedge, pois o FII-SPDP tem apenas três cotistas, o que supostamente infringiria o requisito de no mínimo 50 cotistas previsto pelo inciso I do parágrafo único do artigo 3º da Lei n. 11.033/04.

4.2.2 O precedente que chegou ao STJ

Em fevereiro de 2010, o Banco Ourinvest S/A, administrador do FII-SPDP, impetrou mandado de segurança para afastar a Solução de Consulta Disit 08 n. 489/09.⁶³⁴

Na primeira instância, a Juíza Federal Maria Lucia Lencastre Ursaia julgou procedente o pedido do contribuinte.⁶³⁵ Segundo a Juíza Federal, restringir às pessoas físicas a isenção de IRRF prevista no §1º do art. 16-A da Lei n. 8.668/93 tornaria inútil esse dispositivo introduzido pelo art. 15 da Lei n. 12.024/09, pois somente repisaria uma isenção que já estava contido no art. 3º, inciso III e parágrafo único, da Lei n. 11.033/04, introduzido pelo art. 125 da Lei n. 11.196/05.⁶³⁶ Por isso, a Juíza Federal corretamente concluiu que o §1º do art. 16-A da Lei n. 8.668/93 teria criado uma nova norma de exclusão do crédito tributário. Além disso, a juíza ressaltou que a isenção não especificaria condições e requisitos para sua concessão.⁶³⁷ Pelo contrário, o §1º do art. 16-A da Lei n. 8.668/93 só faria remissão aos incisos II e III do art. 3º da Lei n. 11.033/04, sem se referir ao parágrafo único do mesmo dispositivo. Daí se concluir que a isenção não estaria condicionada a que o FII tivesse mais de 50 cotistas e que cada cotista tivesse menos de 10% das cotas e recebesse até 10% dos rendimentos. Em vez disso, bastaria

⁶³² *Ibidem*, fls. 96.

⁶³³ *Ibidem*, fls. 96.

⁶³⁴ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região, **Mandado de Segurança n. 2010.61.00.003108-8**, protocolado em 11/02/2010, *apud*, BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 1ª Turma, **Agravo no Recurso Especial n. 1.357.255/SP**, Rel. Min. Gurgel de Faria, baixa definitiva em 19/05/22, fls. 02-14.

⁶³⁵ *Ibidem*, fls. 159-164.

⁶³⁶ *Ibidem*, fls. 163.

⁶³⁷ *Ibidem*, fls. 163-164.

que o FoF investisse em um FII cujas cotas fossem admitidas à negociação exclusivamente em bolsas de valores ou no mercado de balcão organizado.

Na segunda instância, o Relator Desembargador Federal Johnson di Salvo, acompanhado das Desembargadoras Federais Diva Malerbi e Mairan Maia, reformou a sentença.⁶³⁸ O TRF-3 entendeu que, como os incisos II e III do art. 3º da Lei n. 11.033/04 se refeririam a rendimentos de pessoas físicas, a isenção prevista pelo §1º do art. 16-A da Lei n. 8.668/93 só poderia ser aplicada a pessoas físicas.⁶³⁹ Além disso, o TRF-3 ressaltou que o §1º do art. 16-A da Lei n. 8.668/93 estabeleceria a isenção de IRRF – o que significa que persistiria a incidência de IR.⁶⁴⁰

No Superior Tribunal de Justiça, o Relator Ministro Gurgel de Faria *não conheceu* do Recurso Especial n. 1.357.255/SP,⁶⁴¹ tendo julgado extinto o feito sem resolução de mérito. Consequentemente, o acórdão desfavorável do TRF-3 deixou de ser aplicado ao caso concreto, não podendo ser considerado um precedente sobre o tema. O voto está baseado no art. 485, inciso IV e VI, do Código de Processo Civil de 2015, que prevê que o juiz não resolverá o mérito quando verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo ou, ainda, se verificar a ausência de legitimidade ou de interesse processual. No caso, o Banco Ourinvest S/A, que formulou a consulta e impetrou o mandado de segurança, deixou de ser administrador do FII-SPDP, tendo sido sucedido pelo BTG Pactual Serviços Financeiros S/A Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários. Como o mandado de segurança tem natureza personalíssima, a troca do administrador não teria ensejado a alteração do polo ativo, que teria deixado de ter interesse processual e legitimidade. Para viabilizar o exame de mérito, o novo administrador teria que ingressar com um mandado de segurança.

A Solução de Consulta Disit 08 n. 489/09 é passível de crítica, conforme segue.

4.2.3 A crítica à incidência de IRRF na distribuição de lucros de FII para FoF

⁶³⁸ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região, 6ª Turma, **Apelação / Reexame Necessário n. 0003108-02.2010.4.03.6100**, Rel. Desembargador Federal Johnson Di Salvo, julgado em 25/06/15, *apud*, BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 1ª Turma, **Agravo no Recurso Especial n. 1.357.255/SP**, Rel. Min. Gurgel de Faria, baixa definitiva em 19/05/22, fls. 224-228

⁶³⁹ *Ibidem*, fls. 226.

⁶⁴⁰ *Ibidem*.

⁶⁴¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 1ª Turma, **Agravo no Recurso Especial n. 1.357.255/SP**, Rel. Min. Gurgel de Faria, baixa definitiva em 19/05/22.

A Solução de Consulta Disit 08 n. 489/09 comporta uma série de críticas: *a*) a interpretação do fisco produziu um resultado absurdo; *b*) o próprio fisco emitiu manifestação posterior e vinculante em sentido contrário; *c*) existe uma *ratio legis* para a isenção de IRRF sobre rendimentos auferidos pelo FoF a partir de cotas de FII; e *d*) deve ser reconhecida a integração tributária entre fundos e cotistas.

O **resultado absurdo** produzido pela Solução de Consulta Disit 08 n. 489/09 foi preventivamente criticado pelo próprio Banco Ourinvest S/A. Na ocasião em que formulou a consulta, o consultante antecipou o risco de o fisco interpretar o art. 16-A, §1º, da Lei n. 8.668/93 como uma remissão ao texto integral do art. 3º, incisos II e III, da Lei n. 11.033/04 – não apenas aos ativos desse dispositivo –, o que “*acabaria levantar ao absurdo de que a isenção de IRRF (...) apenas pudesse ser aplicada para pessoas físicas*”.⁶⁴²

Conforme exposto anteriormente, o fisco concluiu exatamente o que o consultante reputou absurdo, é dizer: de um lado, o art. 17 da Lei n. 8.668/93 comandaria a incidência de 20% de IRRF sobre os lucros distribuídos pelo FII ao FoF; e, de outro lado, o art. 16-A, §1º, da Lei n. 8.668/93, em remissão ao art. 3º, inciso III, da Lei n. 11.033/04, restringiria a isenção de IRRF sobre lucros distribuídos por FII para pessoa física, estando sujeito às condições do parágrafo único do referido dispositivo. Forçoso reconhecer, pois, que o §1º do artigo 16-A da Lei n. 8.668/93 contém hipótese própria de não incidência de IRRF para os FoF que auferirem rendimentos distribuídos por FII cujas cotas sejam admitidas à negociação exclusivamente em bolsas de valores ou no mercado de balcão organizado.

O art. 111, inciso II, do Código Tributário Nacional declara que se interpreta literalmente a legislação tributária que disponha sobre outorga de “*isenção*”, enquanto o art. 16-A, §1º, da Lei n. 8.668/93 trata de uma “*não incidência*”. Não se pode confundir “*não incidência*” com “*isenção*”: a primeira está fora do campo de incidência; a segunda, embora esteja dentro do campo de incidência, é tributariamente neutralizada por opção do legislador. No entanto, ainda que a “*não incidência*” fosse considerada uma “*isenção*”, e mesmo que o art. 16-A, §1º, da Lei n. 8.668/93 fosse interpretado literalmente nos termos do art. 111, inciso II, do CTN, seria forçoso concluir pela isenção de IRRF sobre os rendimentos distribuídos por um FII negociado exclusivamente em bolsa ou balcão organizado em favor de um FoF.

Nesse sentido, o art. 16-A, §1º, da Lei n. 8.668/93 faz remissão aos “*ativos*” do art. 3º, incisos II e III, da Lei n. 11.033/04. Em outras palavras, faz-se remissão pontual aos “*ativos*”:

⁶⁴² *Ibidem*, fls. 85.

LH, CRI, LCI e FII cujas cotas sejam admitidas à negociação exclusivamente em bolsas de valores ou no mercado de balcão organizado. Não se faz remissão à “isenção” prevista pelo art. 3º, incisos II e III, da Lei n. 11.033/04 (isenção restrita para pessoas físicas). Daí ser imperioso concluir que os referidos ativos, quando detidos por FoF, deveriam ser isentos de IRRF. Conclusão diversa esvaziaria de sentido o art. 16-A, §1º, da Lei n. 8.668/93.

O fisco poderia ter explorado o fato de que o art. 16-A, *caput* e §1º, da Lei n. 8.668/93 refere aos “rendimentos e ganhos de capital **auferidos pelos FII**” e às “aplicações financeiras **efetuadas pelos FII**” – sem fazer qualquer menção à distribuição de lucros pelo FII. Já o art. 17 da Lei n. 8.668/93 refere aos “rendimentos e ganhos de capital **auferidos, apurados segundo o regime de caixa, quando *distribuídos* pelos FII**”. Comparando ambos os dispositivos, o fisco poderia tentar argumentar que os rendimentos e os ganhos de capital são primeiramente auferidos e posteriormente distribuídos. O objetivo desse argumento seria resguardar a vigência de ambos os dispositivos, mas, ao fim e ao cabo, cobrar 20% de IRRF sobre os rendimentos e os ganhos de capital distribuídos por FII para o FoF.

Em que pese a engenhosidade, esse argumento não se sustentaria. Inexiste uma diferença temporal entre, de um lado, o momento em que o FoF auferir rendimentos e ganhos de capital de um FII e, de outro lado, o momento em que o FII distribui esses rendimentos e ganhos de capital. Em outras palavras, só por ocasião da distribuição do lucro pelo FII é que o FoF auferir os rendimentos e ganhos de capital.

A **Solução de Consulta Cosit n. 181/14**⁶⁴³ veiculou entendimento contrário à Solução de Consulta Disit 08 n. 489/09 e, sendo posterior e vinculante, deveria prevalecer. Preliminarmente, cumpre esclarecer que, embora ambas as consultas tratem de FoF que detêm cotas de outros FII, a Solução de Consulta Cosit n. 181/14 enfrentou se incidiria IR sobre os ganhos de capital e os rendimentos auferidos por um FoF que aliena cotas de outro FII, ao passo que a Solução de Consulta SRRF08/Disit n. 489/09 enfrentou se incidiria IRRF sobre os rendimentos distribuídos por um FII para um FoF. Ocorre que a Solução de Consulta Cosit n. 181/14, em pelo menos duas passagens, confirma que não incide IRRF sobre os rendimentos distribuídos por um FII para um FoF – ou seja, tratou pontualmente do tema da Solução de Consulta SRRF08/Disit n. 489/09.

Nos itens 4 e 12 da Solução de Consulta Cosit n. 181/14, a consulente assevera (e o fisco concorda) que o §1º do art. 16-A da Lei n. 8.668/93 não estendeu para os FII a isenção

⁶⁴³ BRASIL. **Solução de Consulta Cosit n. 181, de 25 de junho de 2014**, *opus citatum*.

prevista exclusivamente para pessoas físicas pelo art. 3º da Lei n. 11.033/04. Em vez disso, o referido dispositivo estabeleceu uma nova hipótese de não incidência do IRRF, fazendo remissão tão somente aos *ativos* dos incisos II e III do art. 3º da Lei n. 11.033/04.⁶⁴⁴

Nos itens 5 e 13 da Solução de Consulta Cosit n. 181/14, a consulente indaga se (e o fisco responde que) é correto o entendimento de que o §1º do art. 16-A da Lei n. 8.668/93 se aplica aos rendimentos produzidos e distribuídos por FII cujas cotas sejam admitidas à negociação exclusivamente em bolsas de valores ou no mercado de balcão organizado, em benefício de outros FII.⁶⁴⁵ Dessa feita, o fisco reviu favoravelmente ao contribuinte o entendimento anteriormente contido no Solução de Consulta Disit 08 n. 489/09.

A *ratio legis* do art. 16-A, §1º, da Lei n. 8.668/93 justifica a isenção de IRRF sobre rendimentos auferidos pelo FoF com cotas de FII. Conforme a Emenda n. 30 à Medida Provisória n. 460/09,⁶⁴⁶ o *caput* do art. 16-A da Lei n. 8.668/93, ao prever a incidência de IRRF sobre as aplicações financeiras realizadas pelos FII, tem a finalidade de evitar que os FII se desviem da função de financiar o mercado imobiliário. De igual modo, o §1º desse dispositivo, ao prever a não incidência de IRRF sobre as aplicações realizadas pelos FII em ativos imobiliários, reforça a função dos FII de financiar o mercado imobiliário.⁶⁴⁷ Em outras palavras, a legislação desonera as operações típicas dos FII (investimentos diretos ou indiretos no mercado imobiliário), ao passo que onera as operações atípicas dos FII (aplicações financeiras em renda fixa e em renda variável, exceto em papéis atrelados ao mercado imobiliário).

Ainda de acordo com a Emenda n. 30 à Medida Provisória n. 460/09, a não incidência de IRRF nas aplicações de FII em ativos imobiliários surte uma série de impactos sociais positivos, tais como a geração de emprego e renda de mão de obra não especializada no setor da construção civil, o arrefecimento da crise financeira, bem como a oportunidade de pequenos investidores terem acesso à rentabilidade de ativos financeiros diversificados e seguros.⁶⁴⁸ Inclusive, o legislador de 2009 sugeriu conciliar os FII aos demais fundos de investimento por meio da ampliação da não retenção de IRRF para as demais aplicações realizadas por FII em renda fixa ou em renda variável, desde que limitadas a 25% do patrimônio dos FII.⁶⁴⁹

⁶⁴⁴ *Ibidem*, itens 4 e 12.

⁶⁴⁵ *Ibidem*, itens 5 e 13.

⁶⁴⁶ BRASIL. **Emenda n. 30 à Medida Provisória n. 460, de 30 de março de 2009**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=647509&filename=EMC+30/2009+MPV46009+%3D%3E+MPV+460/2009>. Acesso em: 27 jun. 2022.

⁶⁴⁷ *Ibidem*, p. 2.

⁶⁴⁸ *Ibidem*, p. 2.

⁶⁴⁹ *Ibidem*, p. 2.

Há **integração tributária entre fundos e cotistas**. O art. 16-A, §1º, da Lei n. 8.668/93, ao desonerar o IRRF sobre aplicações realizadas pelos FII em LH, CRI, LCI e em FII cujas cotas sejam admitidas à negociação exclusivamente em bolsas de valores ou no mercado de balcão organizado, corrige o efeito antissistêmico de tributar, no nível dos FII, papéis imobiliários que já são isentos para as pessoas físicas.⁶⁵⁰

No caso concreto examinado pela Solução de Consulta SRRF08/Disit n. 489/09, a isenção de IRRF no nível do FII-SPDP é imprescindível para, de um lado, preservar a plena isenção do rendimento distribuído pelo FII-Hedge para pessoas físicas titulares de menos de 10% das cotas e até 10% dos rendimentos e, de outro lado, prevenir a dupla tributação do rendimento distribuído pelo FII-Hedge para pessoas jurídicas e para as pessoas físicas titulares de 10% ou mais das cotas ou mais de 10% dos rendimentos.

Se, hipoteticamente, os cotistas do FII-Hedge passassem a ser cotistas diretamente do FII-SPDP, então o FII-SPDP passaria a ter mais de 50 cotistas e, portanto, os rendimentos distribuídos pelo FII-SPDP seriam isentos para pessoas físicas titulares de menos de 10% das cotas e até 10% dos rendimentos do FII-SPDP ou, alternativamente, seriam tributáveis para os demais cotistas. A mera interposição do FII-Hedge não deveria gerar carga tributária diversa, sob pena de indevidamente violar a isenção de algumas pessoas físicas, além de excessivamente onerar os demais cotistas.

Dois exemplos demonstram que a retenção de IRRF no nível dos fundos, longe de ser mera antecipação de imposto devido, é imposto verdadeiramente indevido. Um exemplo é o das pessoas físicas titulares de menos de 10% das cotas e até 10% dos rendimentos do FII-Hedge, para quem o IRRF previamente retido pelo FII-SPDP será exclusivo na fonte, não podendo ser compensado com a futura distribuição de rendimentos do FII-Hedge, visto que essa última distribuição será isenta de IRRF. Outro exemplo é o das pessoas jurídicas ou demais pessoas físicas, as quais poderão compensar o IRRF previamente retido na distribuição de lucros do FII-SPDP com o IRRF futuramente devido na distribuição de lucros do FII-Hedge, porém, não poderão compensar o IRRF previamente retido na distribuição de lucros do FII-SPDP com futuro IR na alienação de cotas do FII-Hedge.

Por fim, a interposição do FII-CSHG não implica diferimento da tributação em prejuízo ao Erário, afinal, todos os FII são obrigados a distribuir semestralmente no mínimo 95% dos

⁶⁵⁰ *Ibidem*, p. 2.

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.

Portanto, entende-se que não deve incidir IRRF sobre a distribuição de lucros de um FII para um FoF, especialmente se o FII tiver suas cotas admitidas à negociação exclusivamente em bolsa ou balcão organizado.

4.3 Demais aplicações financeiras de renda fixa ou variável de um FII

Em 1999, a Lei n. 9.779/99 introduziu o *caput* do art. 16-A da Lei n. 8.668/93, que desde então prevê a incidência de IRRF sobre os rendimentos e os ganhos líquidos auferidos pelos FII em aplicações financeiras de renda fixa ou variável, observadas as mesmas normas aplicáveis às pessoas jurídicas submetidas a essa forma de tributação.

O contexto que motivou o legislador à edição dessa norma é comentado por CARLOS EDUARDO CASTELLO BRANCO e ELIANE DE MELLO ALVES REBOUÇAS MONTEIRO.⁶⁵¹ De acordo com os autores, até 1999 vários investidores teriam aproveitado as brechas legais para se beneficiarem da ampla isenção de IR sobre rendimentos e ganhos auferidos pelos FII, prevista pelo art. 16 da Lei n. 8.668/93. Esses desvios teriam sido inibidos em 1999 por meio do *caput* do art. 16-A da Lei n. 8.668/93, pois a partir de então os rendimentos e ganhos auferidos pelos FII, se decorrentes de aplicações financeiras de renda fixa ou variável, passaram a se sujeitar à incidência de IRRF.

Para evitar abusos, é compreensível que o legislador tenha previsto e mantido a incidência de IRRF sobre rendimentos e ganhos auferidos pelo FII com aplicações financeiras de renda fixa e variável, tendo em vista especialmente as aplicações financeiras não relacionadas com empreendimentos imobiliários. Afinal, em suas origens, os FII deveriam aplicar seus recursos em um rol reduzido de empreendimentos imobiliários (“*construção de imóveis, aquisição de imóveis prontos, ou investimento em projetos visando viabilizar o acesso à habitação e serviços urbanos, inclusive em áreas rurais, para posterior alienação, locação ou arrendamento*”),⁶⁵² e a parcela do seu patrimônio que temporariamente não estivesse

⁶⁵¹ BRANCO, Carlos Eduardo Castello; MONTEIRO, Eliane de Mello Alves Rebouças. **Um estudo sobre a indústria de Fundos de Investimentos Imobiliários no Brasil**. In. Revista do BNDES. Rio de Janeiro: 2003, v. 10, n. 20, pp. 261-296. Disponível em: <https://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/revista/rev2009.pdf>. Acesso em: 17 fev. 2021.

⁶⁵² BRASIL. **Instrução CVM n. 205, de 14 de janeiro de 1994**, *opus citatum*, art. 2º.

aplicada em empreendimentos imobiliários poderia ser investida em certas aplicações financeiras (“*fundos de aplicação financeira*”, “*fundos de renda fixa*” e “*títulos de renda fixa*”).⁶⁵³ Ademais, desde 2008, os FII devem aplicar seus recursos em um rol ampliado de empreendimentos imobiliários (direitos reais sobre bens imóveis; valores mobiliários cujos emissores sejam registrados na CVM e desempenhem atividades preponderantes imobiliárias; ações/cotas de SPE imobiliária; cotas de FIP, FIA e FIDC com investimento exclusivamente imobiliário; CEPAC; cotas de outros FII; CRI; LH; LCI; e LIG)⁶⁵⁴ e a parcela do patrimônio do FII que temporariamente não estiver aplicada em empreendimentos imobiliários deverá ser aplicada em aplicações financeiras (“*cotas de fundos de investimento ou títulos de renda fixa, públicos ou privados, de liquidez compatível com as necessidades do fundo*” e “*derivativos, exclusivamente para fins de proteção patrimonial, cuja exposição seja sempre, no máximo, o valor do patrimônio líquido do fundo e desde que previsto na política de investimento do FIP*”).⁶⁵⁵ Ou seja, antes e agora, o FII pode, ainda que temporariamente, destinar seus recursos a aplicações financeiras sem qualquer relação com empreendimentos imobiliários, o que justifica a tributação excepcional dessa renda financeira da carteira do FII.

Uma questão interessante envolve saber se um FII pode ser contribuinte de IRRF sobre suas aplicações financeiras. Essa questão surge da leitura atenta do art. 121 do Código Tributário Nacional, que prevê que o contribuinte é o “*sujeito passivo da obrigação principal*”, “*quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador*”. Afinal, um ente sem personalidade jurídica como o FII pode ser um *sujeito* com relação *pessoal* e direta com o fato gerador do IRRF?

Entende-se que sim, desde que haja previsão legal. A redação do art. 121 do Código Tributário Nacional é criticada por LEANDRO PAULSEN,⁶⁵⁶ para quem a simplificação terminológica desse dispositivo legal não contribui para a exata compreensão das diversas posições passivas e dos regimes que se lhes aplicam porque, por exemplo, não explicita a distinção entre o substituto tributário e o responsável tributário. Na mesma linha, LUCIANO AMARO⁶⁵⁷ afirma que o art. 121 do Código Tributário Nacional contém uma classificação sofrível, pois dificulta a compreensão dos sujeitos passivos, que numa interpretação literal seriam agrupáveis em apenas dois tipos, a saber: contribuinte ou responsável. Essas críticas,

⁶⁵³ *Ibidem*, art. 6º.

⁶⁵⁴ BRASIL. Instrução CVM n. 472, de 31 de outubro de 2008, *opus citatum*, art. 45.

⁶⁵⁵ *Ibidem*, art. 46.

⁶⁵⁶ PAULSEN, Leandro. **Direito Tributário: Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 11ª ed., p. 930.

⁶⁵⁷ AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 13ª ed., 2007, p. 307 e ss.

embora não sejam dirigidas especificamente ao termo “*sujeito*”, revelam que o legislador não se valeu da melhor técnica na redação do art. 121 do Código Tributário Nacional.

As SCP são o exemplo de que o termo “*sujeito*” empregado pelo art. 121 do Código Tributário Nacional comporta entidades sem personalidade jurídica. As SCP são expressamente equiparadas às pessoas jurídicas para efeito da legislação do IRPJ e, além disso, devem observar as normas aplicáveis às demais pessoas jurídicas relativamente à apuração dos resultados e à tributação dos lucros apurados e distribuídos, por força do art. 7º do Decreto-lei n. 2.303/86.⁶⁵⁸ Ademais, as entidades que sejam equiparadas às pessoas jurídicas são contribuintes da CSLL, do PIS e da COFINS, conforme o art. 4º da Lei n. 7.689/88,⁶⁵⁹ o art. 1º, §1º, da Lei Complementar n. 7/70⁶⁶⁰ e o art. 1º da Lei Complementar n. 70/91.⁶⁶¹ Nessa mesma linha, por meio dos itens 20 a 33 da Solução de Consulta Cosit n. 59/19,⁶⁶² o fisco reconhece que uma SCP pode, para fins tributários, ser equiparada a uma pessoa jurídica, pois a produção de efeitos tributários somente pode ser extraída da lei fiscal, que pode prever que o tratamento tributário conferido às pessoas jurídicas seja estendido às SCP e a outras entidades que não tenham personalidade jurídica.

Outra questão relevante é se o FII teria capacidade tributária passiva para ser contribuinte do IRRF sobre suas aplicações financeiras. Essa outra questão decorre do art. 126 do Código Tributário Nacional, que reconhece a capacidade tributária passiva em pessoas naturais (independentemente da capacidade civil e de medidas que importem privação ou limitação do exercício de atividade civis, comerciais ou profissionais, ou da administração direta de seus bens ou negócios) e em pessoas jurídicas (independentemente da regular constituição, bastando que configure uma unidade econômica ou profissional), mas que silencia sobre condomínios. Afinal, um condomínio como o FII tem capacidade tributária passiva?

Entende-se que sim, desde que haja previsão legal. Nesse sentido, JOÃO FRANCISCO BIANCO e DIOGO OLM FERREIRA⁶⁶³ verificam que o art. 126 do Código Tributário

⁶⁵⁸ BRASIL. **Decreto-lei n. 2.303, de 21 de novembro de 1986**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/Del2303.htm>. Acesso em: 19 fev. 2021.

⁶⁵⁹ BRASIL. **Lei n. 7.689, de 15 de dezembro de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17689.htm>. Acesso em: 29 jun. 2022.

⁶⁶⁰ BRASIL. **Lei Complementar n. 7, de 7 de setembro de 1970**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp07.htm>. Acesso em: 29 jun. 2022.

⁶⁶¹ BRASIL. **Lei Complementar n. 70, de 30 de dezembro de 1991**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp70.htm>. Acesso em: 29 jun. 2022.

⁶⁶² BRASIL. **Solução de Consulta Cosit n. 59, de 27 de fevereiro de 2019**. Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=99170>>. Acesso em: 29 jun. 2022.

⁶⁶³ BIANCO, João Francisco; FERREIRA, Diogo Olm. **Afinal, pode um Condomínio ser Contribuinte do IRPJ?** Revista de Direito Tributário Atual n. 50. Ano 40. P. 215-249. São Paulo: IBDT, 1º quadrimestre 2022. Disponível em: <<https://revista.ibdt.org.br/index.php/RDTA/article/view/2140/1940>>. Acesso em: 29 jun. 2022.

Nacional é a autorização dada pelo legislador nacional para o legislador ordinário equiparar entes despersonalizados a pessoas jurídicas para fins tributários. Os autores⁶⁶⁴ citam o art. 27, §1º, do Decreto-lei n. 5.844/43,⁶⁶⁵ que equipara às pessoas jurídicas, para efeitos do IRPJ, as firmas individuais e os que praticarem, habitual e profissionalmente, em seu próprio nome, operações de natureza civil ou comercial com o fim especulativo de lucro. Os autores⁶⁶⁶ também citam o art. 2º da Lei n. 9.779/99, que sob determinadas condições equipara os FII às pessoas jurídicas para fins tributários federais. Em conclusão, os autores⁶⁶⁷ entendem que o art. 126 do Código Tributário Nacional não é fundamento suficiente para a equiparação de um condomínio a uma pessoa jurídica para fins de IRPJ, sendo preciso que a própria legislação de regência do tributo estabeleça a equiparação do condomínio à condição de contribuinte com capacidade tributária passiva.

O FII é um condomínio sem personalidade jurídica. Por isso, a Exposição de Motivos n. 532/91, que acompanhou o Projeto de Lei n. 2.204/91 posteriormente convertido na Lei n. 8.668/93, previa que “*os FII, não tendo personalidade jurídica, não são contribuintes do IR*”, ou seja, “*os rendimentos por eles auferidos estarão isentos de IRRF e na declaração de rendimentos da instituição administradora*” e, além disso, “*os rendimentos e ganhos de capital serão normalmente tributáveis como renda dos cotistas, pessoas físicas ou jurídicas*”.⁶⁶⁸ Anos depois, por meio da publicação da Lei n. 9.779/99, o legislador ordinário positivou duas situações em que o FII estaria sujeito às regras tributárias de pessoas jurídicas: o *caput* do art. 16-A submeteu os rendimentos e os ganhos líquidos auferidos pelo FII em aplicações financeiras de renda fixa e variável às “*mesmas normas aplicáveis às pessoas jurídicas submetidas a esta forma de tributação*”; e o art. 2º da Lei n. 9.779/99 sujeitou “*à tributação aplicável às pessoas jurídicas*” o FII que aplicar recursos em empreendimento imobiliário que tenha como incorporador, construtor ou sócio, cotista que possua, isoladamente ou com pessoa a ele ligada, mais de 25% das cotas do FII.

Portanto, entende-se que a norma tributária pode determinar que um ente sem personalidade jurídica receba o tratamento tributário próprio de pessoas jurídicas. É o que se verifica com as SCP, que são sociedades sem personalidade jurídica sujeitas a IRPJ, CSLL, PIS

⁶⁶⁴ *Ibidem*, p. 229.

⁶⁶⁵ BRASIL. **Decreto-lei n. 5.844, de 23 de setembro de 1943**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5844.htm>. Acesso em: 29 jun. 2022.

⁶⁶⁶ BIANCO, João Francisco; FERREIRA, Diogo Olm. **Afinal, pode um Condomínio ser Contribuinte do IRPJ?**, *opus citatum*, pp. 223; 244-245.

⁶⁶⁷ *Ibidem*, p. 248.

⁶⁶⁸ BRASIL. **Exposição de Motivos n. 532, 04 de novembro de 1991**, *opus citatum*, p. 22.

e COFINS. É também o que se constata no caso dos FII, tanto em relação aos rendimentos e ganhos líquidos decorrentes de aplicações financeiras de renda fixa ou variável, quanto em relação aos rendimentos e ganhos de capital auferidos por FII que aplicar recursos em empreendimento imobiliário cujo incorporador, construtor ou sócio seja cotista relevante. Esse tema será detalhado no **capítulo 5 sobre o FII equiparado à pessoa jurídica**.

5 O FII EQUIPARADO À PESSOA JURÍDICA

A carteira do FII é isenta de IR sobre rendimentos e ganhos. Todavia, há situações excepcionais em que essa isenção não se aplica, dando lugar à tributação do FII de forma equiparada às pessoas jurídicas. Essa equiparação só deveria ocorrer dentro dos limites previstos pela própria legislação tributária, porém, a prática tem demonstrado um questionável alargamento do sentido possível do texto legal. A seguir, será feita breve retrospectiva sobre as origens legislativas dessa equiparação dos FII às pessoas jurídicas, pontuando os limites legais e, por fim, descrevendo o contencioso tributário sobre esse tema.

5.1 Termos definidos da equiparação do FII à pessoa jurídica

O art. 19 da Medida Provisória n. 1.602/97 previa que o FII seria equiparado à pessoa jurídica se descumprisse alguma condição prevista na Lei n. 8.668/93, ou se fosse composto por menos de 50 cotistas, ou se algum cotista tivesse participação que representasse mais de 5% do valor do patrimônio do FII, ou se o fundo aplicasse recursos em empreendimento imobiliário de que participasse – como proprietário, incorporador, construtor ou sócio – qualquer cotista, a administradora ou pessoa ligada ao cotista ou à administradora.

As pessoas ligadas ao cotista e à administradora eram as seguintes: **a)** se o cotista fosse pessoa física, a empresa sob seu controle ou qualquer parente até o 2º grau; **b)** se o cotista fosse pessoa jurídica, a pessoa física que fosse sua controladora e os parentes desta até o 2º grau, bem como a pessoa jurídica que fosse sua controladora, controlada ou coligada; e **c)** em relação à administradora, a pessoa física que fosse sua controladora e os parentes desta até o 2º grau, bem como a pessoa jurídica que fosse sua controladora, controlada ou coligada.

De acordo com o item 16 da Exposição de Motivos n. 644/97,⁶⁶⁹ o art. 19 da Medida Provisória n. 1.602/97 teria sido forjado para “*manter os fundos no exercício das atividades para as quais foram criados*”,⁶⁷⁰ a fim de garantir o “*bom funcionamento do mercado*”,⁶⁷¹ eliminar a prática então observada de “*exercício indevido das atividades próprias das empresas*

⁶⁶⁹ BRASIL. **Exposição de Motivos n. 644, de 14 de novembro de 1997**. Diário do Congresso Nacional de 02 de dezembro de 1997, página 18021. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/diarios/ver/14400?sequencia=335>>. Acesso em: 29 jun. 2022.

⁶⁷⁰ *Ibidem*, p. 18024.

⁶⁷¹ *Ibidem*, p. 18024.

incorporadoras de imóveis”,⁶⁷² combater a “*concorrência desleal para as demais pessoas jurídicas do ramo*”,⁶⁷³ além de evitar a “*prática da elisão fiscal*”.⁶⁷⁴

Ocorre que o art. 19 da Medida Provisória n. 1.602/97 nunca produziu efeitos, pois 01/01/98 era a data prevista para o início da sua produção de efeitos conforme o art. 72, inciso II, da Medida Provisória n. 1.602/97, mas esse artigo legal entrou em vigor em 17/11/97 e foi convertido em lei em 11/12/97.

O **art. 19 da Lei n. 9.532/97** praticamente reproduziu o teor do art. 19 da Medida Provisória n. 1.602/97, mas inovou relativamente a algumas condições: **a)** o número mínimo de cotistas que preveniria a equiparação dos FII às pessoas jurídicas caiu pela metade, de 50 para 25; **b)** o termo final para que os FII se adequassem às condições foi prorrogado em um ano, de 31/01/98 para 31/12/98; e **c)** excepcionalmente, alguns cotistas poderiam ter participação superior a 5% do patrimônio do FII, tais como a seguradora ou a entidade de previdência privada fechada ou aberta. Esse artigo de lei produziu efeitos no período de um ano compreendido entre 01/01/98 e 29/12/98.

O **art. 2º da Medida Provisória n. 1.788/98** promoveu alterações relevantes nas condições de equiparação dos FII às pessoas jurídicas. No período de quase um mês compreendido entre 29/12/98 e 20/01/99, esse artigo de lei sujeitou à tributação aplicável às pessoas jurídicas o FII que aplicasse recursos em empreendimento imobiliário que tivesse – como incorporador, construtor ou sócio – cotista que possuísse, isoladamente ou com pessoa ligada, mais de 25% das cotas do FII.

O rol das pessoas ligadas ao cotista foi ajustado, por exemplo, para refletir a exclusão de pessoas ligadas à administradora do fundo: **a)** se o cotista fosse pessoa física, qualquer parente até o 2º grau e a empresa sob seu controle ou sob o controle de qualquer de seus parentes até o 2º grau; e **b)** se o cotista fosse pessoa jurídica, a pessoa que fosse sua controladora, controlada ou coligada.

A Exposição de Motivos n. 834-A⁶⁷⁵ justificou o art. 2º da Medida Provisória n. 1.788/98 como dispositivo necessário “*para evitar a concorrência predatória dos referidos fundos com as pessoas jurídicas que exploram as mesmas atividades*”.⁶⁷⁶

⁶⁷² *Ibidem*, p. 18024.

⁶⁷³ *Ibidem*, p. 18024.

⁶⁷⁴ *Ibidem*, p. 18024.

⁶⁷⁵ BRASIL. **Exposição de Motivos n. 834-A/MF**, *opus citatum*, p. 780.

⁶⁷⁶ *Ibidem*, p. 780.

O art. 2º da Lei n. 9.779/99 simplesmente reproduziu o art. 2º da Medida Provisória n. 1.788/98, estando em vigor há mais de duas décadas. A comparação entre esses quatro dispositivos pode ser sumarizada pela tabela abaixo:

Comparação dos dispositivos de equiparação dos FII às pessoas jurídicas			
Verbo			
<i>MP n. 1.602/97</i>	<i>Lei n. 9.532/97</i>	<i>MP n. 1.788/98</i>	<i>Lei n. 9.779/99</i>
“participe”		“tenha”	
Sujeito do empreendimento imobiliário			
<i>MP n. 1.602/97</i>	<i>Lei n. 9.532/97</i>	<i>MP n. 1.788/98</i>	<i>Lei n. 9.779/99</i>
“proprietário, incorporador, construtor ou sócio”		“incorporador, construtor ou sócio”	
Sujeito do FII			
<i>MP n. 1.602/97</i>	<i>Lei n. 9.532/97</i>	<i>MP n. 1.788/98</i>	<i>Lei n. 9.779/99</i>
“qualquer de seus cotistas, a instituição que o administre ou pessoa ligada à cotista ou à administradora”		“cotista que possua, isoladamente ou em conjunto com pessoa a ele ligada, mais de 25% das cotas do fundo”	
Pessoa ligada ao cotista pessoa física			
<i>MP n. 1.602/97</i>	<i>Lei n. 9.532/97</i>	<i>MP n. 1.788/98</i>	<i>Lei n. 9.779/99</i>
“a empresa sob seu controle ou qualquer de seus parentes até o 2º grau”		“os seus parentes até o 2º grau ou a empresa sob seu controle ou de qualquer de seus parentes até o 2º grau”	
Pessoa ligada ao cotista pessoa jurídica			
<i>MP n. 1.602/97</i>	<i>Lei n. 9.532/97</i>	<i>MP n. 1.788/98</i>	<i>Lei n. 9.779/99</i>
“a pessoa física que seja sua controladora e os parentes desta até o 2º grau” e “a pessoa jurídica que seja sua controladora, controlada ou coligada”		“a pessoa que seja sua controladora, controlada ou coligada”	
Pessoa ligada à administradora			
<i>MP n. 1.602/97</i>	<i>Lei n. 9.532/97</i>	<i>MP n. 1.788/98</i>	<i>Lei n. 9.779/99</i>
“a pessoa física que seja sua controladora e os parentes desta até o 2º grau” e “a pessoa jurídica que seja sua controladora, controlada ou coligada”		N/A	
Número mínimo de cotistas do FII			
<i>MP n. 1.602/97</i>	<i>Lei n. 9.532/97</i>	<i>MP n. 1.788/98</i>	<i>Lei n. 9.779/99</i>
50	25	N/A	
Participação máxima no FII			
<i>MP n. 1.602/97</i>	<i>Lei n. 9.532/97</i>	<i>MP n. 1.788/98</i>	<i>Lei n. 9.779/99</i>
Nenhum cotista com mais de 5%	Nenhum cotista com mais de 5%, exceto seguradora ou entidade de previdência	N/A	

Diante do contexto legislativo acima exposto, é possível concluir que a equiparação dos FII às pessoas jurídicas não decorre da Lei n. 8.668/93, mas foi introduzida pela Medida Provisória n. 1.602/97 convertida na Lei n. 9.532/97, e foi alterada pela Medida Provisória n. 1.788/98 convertida na Lei n. 9.779/99.

Essa evolução normativa vem modificando as condições que os FII devem cumprir para que não sejam tributariamente equiparados às pessoas jurídicas, com destaque para o seguinte: *a)* o sujeito do empreendimento imobiliário alcançava inclusive o proprietário do empreendimento imobiliário, mas desde 1998 alcança apenas o incorporador, construtor ou sócio do empreendimento imobiliário; *b)* o sujeito do FII alcançava qualquer cotista, a administradora ou pessoa ligada ao cotista ou à administradora, independentemente da participação detida no FII, mas desde 1998 alcança apenas o cotista que, isoladamente ou com pessoa ligada a ele, possua mais de 25% das cotas do FII; *c)* o número mínimo de cotistas no FII era originalmente 50, depois passou a ser 25, mas desde 1998 inexistiu um número mínimo de cotistas que os FII devem ter para não serem equiparados às pessoas jurídicas; e *d)* a participação máxima no FII, de acordo com a qual originalmente nenhum cotista poderia ter mais de 5% do patrimônio do FII, foi suprimida em 1998.

Esses novos requisitos deveriam ter reduzido o número de FII equiparáveis às pessoas jurídicas, mas a realidade tem se mostrado outra, pois é crescente o número de FII que a fiscalização tenta equiparar às pessoas jurídicas. Para compreender essa realidade, é preciso antes investigar o sentido dos termos empregados pelo art. 2º da Lei n. 9.779/99.

5.1.1 Incorporador, construtor ou sócio

O **incorporador** é quem viabiliza a *compra na planta*. A essência da incorporação imobiliária é a venda de unidades autônomas de um edifício a ser construído ou em construção, desde que efetiva antes da conclusão das obras. Essa definição consta da legislação cível.

O art. 29 da Lei n. 4.591/64⁶⁷⁷ prevê que o incorporador é a pessoa, física ou jurídica, comerciante ou não, que toma as medidas necessárias para promover a construção de edifícios compostos por unidades autônomas, ainda que não assuma a posição de construtor. Ele pode compromissar ou efetuar a venda de frações ideais do terreno, visando à vinculação de tais

⁶⁷⁷ BRASIL. **Lei n. 4.591, de 16 de dezembro de 1964**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14591.htm>. Acesso em: 20 jun. 2021.

frações a unidades autônomas, em edificações a serem construídas ou em construção sob regime condominial. Alternativamente, ele pode meramente aceitar propostas para a efetivação das referidas transações, coordenando e levando a termo a incorporação e sendo responsável, conforme o caso, pela entrega das obras concluídas, a certo prazo, preço e condições.

Além disso, o art. 30 da Lei n. 4.591/64 estende a condição de incorporador aos proprietários e titulares de direitos aquisitivos que contratem a construção de edifícios que se destinem à constituição em condomínio, sempre que iniciarem as alienações antes da conclusão das obras.

Ainda, o art. 31 da Lei n. 4.591/64 exemplifica os tipos de incorporador: proprietário do terreno; promitente comprador; cessionário do promitente comprador; promitente cessionário; construtor; corretor de imóveis; e ente da Federação imitado na posse a partir de decisão judicial de desapropriação.

Em outras palavras, o incorporador subscreve o memorial de incorporação, que consiste em um documento narrativo em que se descrevem, além dos dados do incorporador, o imóvel objeto de incorporação, o título aquisitivo do imóvel, a denominação do empreendimento, o regime jurídico aplicável (legislação e aprovações), a destinação (comercial, residencial ou mista), o valor do terreno e o custo global da obra, a discriminação das partes comuns e exclusivas, bem como a descrição e a confrontação das unidades.

O **construtor** é definido pelas normas infralegais tributárias. O art. 7º, inciso II, da Instrução Normativa RFB n. 2.021/21⁶⁷⁸ prevê que empresa construtora é a pessoa jurídica legalmente constituída, cujo objeto social seja a indústria de construção civil, com registro no Conselho Regional de Engenharia e Agronomia (Crea) ou no Conselho de Arquitetura e Urbanismo (Cau). É dizer, construtor é a pessoa jurídica legalmente constituída, cujo objeto social seja executar obras ou serviços relacionados à construção civil, oferecendo labor com ou sem materiais.

O **sócio** é o titular de participação societária. Sócio é quem celebra contrato de sociedade e se obriga a contribuir com bens ou serviços para o exercício de atividade econômica e a partilha dos resultados, nos termos do art. 981 do Código Civil de 2002. No caso de uma companhia ou sociedade anônima, o titular das ações representativas do capital social é denominado acionista, conforme art. 1º da Lei n. 6.404/76. Já no caso de sociedade limitada, o titular das cotas representativas do capital social é denominado simplesmente sócio, a teor do

⁶⁷⁸ BRASIL. **Instrução Normativa RFB n. 2.021, de 16 de abril de 2021**. Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=116968#2247767>>. Acesso em: 20 jun. 2021.

art. 1.052 do Código Civil de 2002. A ausência de contrato escrito, por si só, não é um impeditivo para a caracterização de um sócio, pois a constituição das SCP independe de qualquer formalidade e pode ser provada por todos os meios de direito, conforme o art. 992 do Código Civil de 2002.

Portanto, a equiparação dos FII às pessoas jurídicas guarda relação direta com quem seja incorporador, construtor ou sócio do empreendimento imobiliário investido pelo FII.

5.1.2 Empreendimento imobiliário

O empreendimento imobiliário não foi definido pela lei, mas o art. 2º da Instrução CVM n. 205/94 já previa a destinação do FII ao desenvolvimento de empreendimentos imobiliários, tais como “*construção de imóveis, aquisição de imóveis prontos, ou investimento em projetos visando [a] viabilizar o acesso à habitação e serviços urbanos, inclusive em áreas rurais, para posterior alienação, locação ou arrendamento*”.

Atualmente, o art. 45 da Instrução CVM n. 472/08 prevê que a participação do FII em empreendimentos imobiliários poderá se dar pela aquisição de um plexo de ativos, a saber: **a)** quaisquer direitos reais sobre imóveis; **b)** 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; **c)** ações ou cotas de sociedades cujo único propósito se enquadre entre as atividades permitidas aos FII; **d)** cotas de FIP que tenham como política de investimento, exclusivamente, atividades permitidas aos FII, ou cotas de FIA que sejam setoriais e que invistam exclusivamente em construção civil ou no mercado imobiliário; **e)** CEPAC; **f)** cotas de outros FII; **g)** CRI e cotas de FIDC que tenham como política de investimento, exclusivamente, atividades permitidas aos FII, e desde que tenham sido objeto de oferta pública registrada na CVM, exceto se o registro tiver sido dispensado; **h)** LH; **i)** LCI; e **j)** LIG.

A partir desses dispositivos regulamentares, é possível concluir que a noção de empreendimento imobiliário engloba um rol bastante extenso de ativos – inclusive imóveis prontos, assim entendidos os imóveis que não precisam ser construídos ou reformados –, porém, esses ativos só constituem empreendimento imobiliário se destinados às finalidades específicas previstas para o FII – ou seja, alienação, locação ou arrendamento. De outro modo, se o imóvel

pronto for adquirido para uso próprio, inexistente empreendimento imobiliário e, logo, em relação a esse imóvel específico não se aplicam as condições previstas pelo art. 2º da Lei n. 9.779/99 para a equiparação dos FII às pessoas jurídicas.

5.1.3 Pessoas ligadas

O teste de equiparação do FII às pessoas jurídicas requer a verificação das pessoas ligadas ao cotista. Para a pessoa física cotista, o conceito de pessoas ligadas sempre incluiu a empresa sob seu controle e seus parentes até o 2º grau. Já para a pessoa jurídica cotista, o conceito de pessoas ligadas sempre incluiu a pessoa que seja sua controladora, controlada ou coligada.

Cumpra investigar quem são os parentes até o 2º grau da pessoa física cotista. O parentesco pode ser consanguíneo (antepassado comum) ou por afinidade (adoção, relação socioafetiva, casamento ou união estável).⁶⁷⁹ A contagem de grau pode ser feita na linha reta (ascendência ou descendência) ou na linha colateral (remontando ao ascendente comum e seguindo até o parente cujo grau se quer graduar).⁶⁸⁰

Em linha reta, pai e filho são parentes de 1º grau; padrasto/madrasta e enteado são parentes de 1º grau, inclusive após a dissolução do casamento ou da união estável;⁶⁸¹ sogros e genro/nora são parentes de 1º grau, inclusive após a dissolução do casamento ou da união estável;⁶⁸² e avô e neto são parentes de 2º grau. Em linha colateral, irmãos são parentes de 2º grau; e cunhados são parentes de 2º grau só enquanto durar o casamento ou união estável.⁶⁸³ Os primos são parentes de 4º grau. Os cônjuges não são parentes. Para exemplificar, segue uma árvore genealógica hipotética e a análise do grau de parentesco relativo à árvore genealógica hipotética:

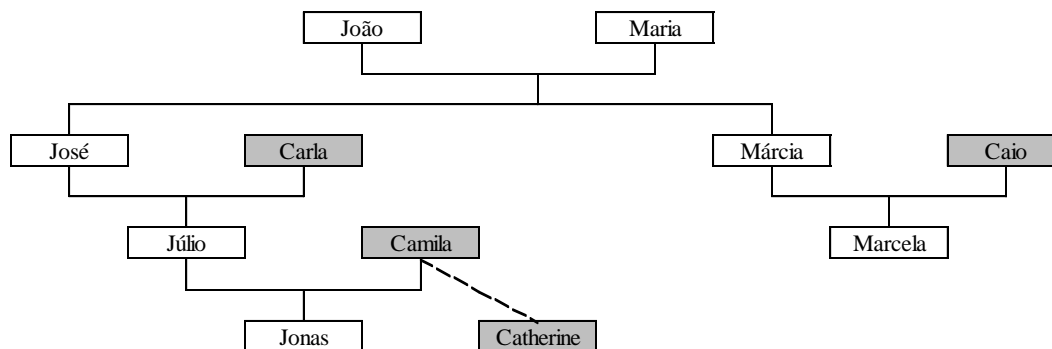
⁶⁷⁹ BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, *opus citatum*, art. 1.593.

⁶⁸⁰ *Ibidem*, arts. 1.591 e 1.592.

⁶⁸¹ *Ibidem*, art. 1.595.

⁶⁸² *Ibidem*, art. 1.595.

⁶⁸³ *Ibidem*, art. 1.595.



x	João	Maria	José	Márcia	Carla	Caio	Júlio	Camila	Marcela	Jonas	Catherine
João	x	NP	1°	1°	1°	1°	2°	2°	2°	3°	NP
Maria	NP	x	1°	1°	1°	1°	2°	2°	2°	3°	NP
José	1°	1°	x	2°	NP	2°	1°	1°	3°	2°	NP
Márcia	1°	1°	2°	x	2°	NP	3°	3°	1°	4°	NP
Carla	1°	1°	NP	2°	x	2°	1°	1°	3°	2°	NP
Caio	1°	1°	2°	NP	2°	x	3°	3°	1°	4°	NP
Jonas	2°	2°	1°	3°	1°	3°	x	NP	4°	1°	1°
Camila	2°	2°	1°	3°	1°	3°	NP	x	4°	1°	1°
Marcela	2°	2°	3°	1°	3°	1°	4°	4°	x	5°	NP
Jonas	3°	3°	2°	4°	2°	4°	1°	1°	5°	x	2°
Catherine	NP	NP	NP	NP	NP	NP	1°	1°	NP	2°	x

*NP: Não parente

Em meio às recentes propostas de reforma tributária por alteração da legislação de IRPF, IRPJ e CSLL, houve a tentativa de expandir o rol das pessoas ligadas ao cotista para os fins do art. 2º da Lei n. 9.779/99. A versão apresentada em 25 de junho de 2021 do Projeto de Lei n. 2.337/21 incluía cônjuge e companheiro e, além disso, deixava expresso que o parentesco poderia ser consanguíneo ou afim. No entanto, essa matéria foi suprimida durante os trabalhos legislativos, de modo que não consta do texto encaminhado à apreciação do Senado Federal.⁶⁸⁴

Cumpra também analisar a relação de controle ou coligação que caracteriza uma pessoa ligada a uma pessoa jurídica, conforme o art. 243 da Lei n. 6.404/76. O controle é a titularidade de direitos de sócios que assegurem, diretamente ou através de outras controladas, de modo permanente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores. Já a coligação é a influência significativa, assim entendida a detenção ou o exercício do poder de participar nas decisões das políticas financeiras ou operacionais da

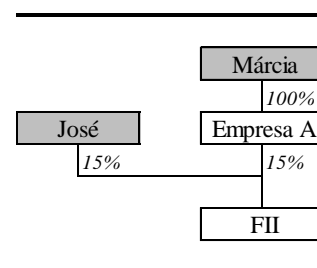
⁶⁸⁴ BRASIL. Projeto de Lei n. 2.337, de 25 de junho de 2021, *opus citatum*, art. 49, parágrafo único.

investida, sem controlá-la, sendo presumida a influência significativa do titular de 20% ou mais do capital votante da investida, sem controlá-la.

O art. 2º, parágrafo único, da Lei n. 9.779/99 fornece os exatos limites do que se pode considerar pessoa ligada para que um FII seja tributado como pessoa jurídica. O rol de pessoas físicas consideradas pessoas ligadas não inclui *cônjuges e administradores*. O rol de pessoas jurídicas consideradas pessoas ligadas não inclui pessoas jurídicas *interligadas* ou pessoas jurídicas *sob controle comum*.

Em uma análise apressada, alguém poderia supor ter havido uma ampliação do conceito de pessoa ligada à pessoa física cotista (afinal, comparativamente aos atos anteriores, a Medida Provisória n. 1.788/98 e a Lei n. 9.779/99 incluíram a empresa sob o controle dos parentes até o 2º grau da pessoa física cotista) e uma redução do conceito de pessoa ligada à pessoa jurídica cotista (afinal, comparativamente aos atos anteriores, a Medida Provisória n. 1.788/98 e a Lei n. 9.779/99 excluíram os parentes até o 2º grau da pessoa física que seja controladora da pessoa jurídica cotista). Porém, trata-se de mera alteração redacional da mesma hipótese de equiparação do FII às pessoas jurídicas.

Em outras palavras, acompanhando graficamente ao lado, se José detém cotas de um FII e sua irmã Márcia controla uma empresa detentora de cotas no mesmo FII, é fato que José e a empresa controlada pela irmã Márcia são pessoas ligadas. Antes, a Medida Provisória n. 1.602/97 e a Lei n. 9.532/97 consideravam José uma pessoa ligada à empresa, ao passo que desde a Medida Provisória n. 1.788/98 e agora com a Lei n. 9.779/99 a empresa é uma pessoa ligada ao José. O resultado prático é o mesmo, pois a legislação tão somente deslocou o foco da pessoa ligada, que deixou de ser a pessoa física, passando a ser a pessoa jurídica.



Uma pessoa ligada à administradora – assim entendida a pessoa física controladora, seus parentes até o 2º grau, bem como a pessoa jurídica controladora, controlada ou coligada da administradora – era considerada no teste para a equiparação do FII às pessoas jurídicas durante a vigência da Medida Provisória n. 1.602/97 e da Lei n. 9.532/97, mas deixou de ser considerada nesse teste a partir do advento da Medida Provisória n. 1.788/98 e da Lei n. 9.779/99.

5.2 Termos indefinidos ou excessivos na equiparação do FII à pessoa jurídica

O art. 2º da Lei n. 9.779/99 excepciona o art. 16 da Lei n. 8.668/93, pois prevê a tributação dos FII como se fossem pessoas jurídicas e, portanto, excepciona a isenção de IR sobre os rendimentos e os ganhos de capital auferidos pelos FII. Cabendo ao aplicador preservar o caráter excepcional da tributação dos FII, conclui-se que os termos contidos no art. 2º da Lei n. 9.779/99 não podem ser interpretados em sentido além do texto legal, devendo, outrossim, ser aplicados em sua exata medida.

Para RENATO VILELA FARIA,⁶⁸⁵ o art. 2º da Lei n. 9.779/99 deve ser interpretado à luz do art. 16 da Lei n. 8.668/93, justamente porque a equiparação do FII às pessoas jurídicas excepciona a isenção de IR sobre os rendimentos e os ganhos de capital auferidos pelo FII. Segundo o autor, a melhor interpretação é aquela que não restringe excessivamente o art. 2º da Lei n. 9.779/99 e, conseqüentemente, não alarga demasiadamente a isenção do art. 16 da Lei n. 8.668/93. Ainda para o autor, essa interpretação teria respaldo tanto no art. 111, inciso II, do Código Tributário Nacional, que exige que se interprete literalmente a legislação tributária que disponha sobre outorga de isenção, quanto nos princípios da livre concorrência e da vedação à prática de condutas desleais ou predatórias.

Concorda-se com o autor. No entanto, o que muitas vezes se verifica na prática é que o intérprete alarga a tributação dos FII e, conseqüentemente, restringe em demasia a isenção dos FII. Por isso, cumpre analisar os termos empregados pelo art. 2º da Lei n. 9.779/99, cuja indefinição vem produzindo uma interpretação excessiva pelas autoridades tributárias, levando à tributação dos FII que deveriam ser isentos.

5.2.1 25% das cotas do FII

O legislador ordinário de 1998 estabeleceu o percentual de 25% das cotas do FII, a ser detido pelo cotista, individual ou conjuntamente com pessoa a ele ligada, a fim de que o FII se sujeite à tributação aplicável às pessoas jurídicas, nos termos do art. 2º da Lei n. 9.779/99. No

⁶⁸⁵ FARIA, Renato Vilela. **A equiparação do FII a pessoas jurídicas para fins fiscais e o caso “Abílio Diniz”**. In. CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes (coord.). Mercado financeiro e de capitais: regulação e tributação. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 971.

entanto, o legislador não especificou se são 25% das cotas *emitidas*, *subscritas* ou *integralizadas*, tendo apenas referido às “*cotas do fundo*”.

Emissão, subscrição e integralização são etapas distintas. A emissão das cotas compete ao fundo de investimento, cujo regulamento deve prever o cálculo do valor da cota, nos termos do art. 16 da Instrução CVM n. 555/14. A subscrição é ato do cotista que ingressa no fundo de investimento, que deve formalizar um termo de adesão e ciência de risco, consoante os arts. 25 e 26 da Instrução CVM n. 555/14. A integralização é a entrega de moeda corrente nacional pelo cotista ao fundo, conforme o art. 27 da Instrução CVM n. 555/14.

Alguém poderia argumentar que o art. 2º da Lei n. 9.779/99 se refere a 25% das cotas *emitidas* pelo FII porque esse é o quórum mínimo para a instalação da assembleia geral de um FII com mais de 100 cotistas para deliberar sobre as seguintes matérias: *a)* alteração do regulamento; *b)* destituição ou substituição do administrador e escolha do seu substituto; *c)* fusão, incorporação, cisão e transformação do fundo; *d)* dissolução e liquidação do fundo, quando não prevista e disciplinada no regulamento; *e)* apreciação do laudo de avaliação de bens e direitos utilizados na integralização de cotas do fundo; *f)* aprovação dos atos que configurem potencial conflito de interesses; e *g)* alteração da taxa de administração.⁶⁸⁶

Todavia, esse argumento não deve prosperar porque o legislador de 1998 não poderia ter pretendido essa coincidência entre o critério para a tributação da carteira do FII e o quórum de instalação da assembleia do FII pulverizado, pois esse quórum só foi regulamentado pela Instrução CVM n. 571/15, que alterou o art. 20 da Instrução CVM n. 472/08. De 1994 até 2014, eram necessárias 50% das cotas emitidas pelo FII para que fossem aprovadas várias das matérias referidas anteriormente, maioria absoluta das cotas emitidas para a deliberação de quaisquer matérias mediante processo de consulta, e maioria dos presentes nos demais casos, conforme o art. 27, §1º, da Instrução CVM n. 205/94. Ademais, de 2014 até 2015, eram necessárias 50% das cotas emitidas pelo FII para que fossem aprovadas várias das matérias referidas acima.

Outrem poderia sustentar que o art. 2º da Lei n. 9.779/99 refere a 25% das cotas *subscritas*. No caso de fundos fechados destinados exclusivamente a investidores qualificados, a subscrição pode ocorrer muito antes da integralização, porque o investimento pode ser efetivado por meio de compromisso de integralização à medida em que o administrador do fundo fizer chamadas de capital, de acordo com os prazos, processos decisórios e demais

⁶⁸⁶ BRASIL. Instrução CVM n. 472, de 31 de outubro de 2008, *opus citatum*, art. 20, §1º, inciso I.

procedimentos estabelecidos no compromisso, conforme o art. 27, parágrafo único, da Instrução CVM n. 555/14 e art. 11, §§4º e 5º, da Instrução CVM n. 472/08. Essa linha de interpretação se baseia no fato de que a subscrição não é ato leviano, pois o boletim de subscrição é um título executivo extrajudicial passível de execução pela administradora do FII, nos termos do art. 13, parágrafo único, da Lei n. 8.668/93.

Contudo, é preciso atentar para a externalidade negativa em se eleger a subscrição das cotas do FII como o critério visado pelo art. 2º da Lei n. 9.779/99. Um efeito indesejado ocorreria nos fundos destinados exclusivamente a investidores qualificados, caso promovessem a emissão e a subscrição de cotas por cotistas diversos do incorporador, construtor ou sócio do empreendimento imobiliário, sem a intenção de futura integralização, mas tão somente com o fito de evitar o enquadramento no art. 2º da Lei n. 9.779/99.

Entende-se que o art. 2º da Lei n. 9.779/99 se refere às cotas *integralizadas* do FII. Só depois de integralizar as cotas é que o cotista adquire sua propriedade e os direitos dela decorrentes, tais como rendimentos e ganhos. Antes disso, há mera obrigação de pagamento do valor integral das cotas subscritas.

Outra questão pertinente é se a expressão “25% das cotas do FII” deve ser interpretada como equivalente a “25% do patrimônio líquido do FII”. Em outras palavras, o art. 2º da Lei n. 9.779/99 alcançaria o cotista que detenha até 25% das cotas do FII, ainda que suas cotas lhe deem direito ao recebimento de mais de 25% do patrimônio líquido do FII?

Essa questão se tornou relevante com o advento do art. 55, inciso V, da Instrução CVM n. 472/08, que permite ao FII destinado exclusivamente a investidores qualificados prever no regulamento a existência de cotas com direitos ou características especiais quanto à ordem de preferência no pagamento dos rendimentos periódicos, no reembolso do seu valor ou no pagamento do saldo de liquidação do fundo.

O fisco poderia adotar uma interpretação restritiva da isenção do art. 16 da Lei n. 8.668/93 (aquém do texto legal) e, por conseguinte, ampliar a hipótese de tributação do FII do art. 2º da Lei n. 9.779/99 (além do texto legal). Para tanto, o fisco poderia argumentar que somente em 2008, com o advento do art. 55, inciso V, da Instrução CVM n. 472/08, passou a ser permitido que um FII destinado exclusivamente a investidores qualificados tivesse cotas com direitos ou características especiais quanto à ordem de preferência no pagamento de rendimentos periódicos, no reembolso de seu valor, ou no pagamento do saldo de liquidação do fundo. Ou seja, na tentativa de justificar por que o legislador utilizou a expressão “*mais de 25% das cotas do FII*” em vez de “*mais de 25% das cotas ou do patrimônio líquido do FII*”, a

autoridade fiscal poderia afirmar que em 1999, quando o legislador redigiu o art. 2º da Lei n. 9.779/99, vigia a Instrução CVM n. 205/94, que não admitia que 1% das cotas desse direito a percentual diferente de 1% do patrimônio líquido do FII.

No entanto, entende-se que a expressão “*mais de 25% das cotas do FII*” refere tão somente à titularidade de mais de $\frac{1}{4}$ das cotas do FII, o que independe do direito que essas cotas dão sobre o patrimônio líquido do FII. O art. 111, inciso II, do Código Tributário Nacional prevê que se interpreta literalmente a legislação tributária que disponha sobre outorga de isenção. Daí que a interpretação literal da isenção prevista no art. 16 da Lei n. 8.668/93 exige a interpretação também literal da tributação prevista no art. 2º da Lei n. 9.779/99. Para ser literal, a interpretação não pode ampliar ou reduzir a isenção, devendo prestigiar a exata medida da isenção e, conseqüentemente, da tributação. Não se pode incluir ou supor palavras onde o legislador não as colocou. Por isso, a expressão “*25% das cotas do FII*” não pode ser interpretada como equivalente a “*25% do patrimônio líquido do FII*”.

Em 1998, por expressa previsão do art. 19 da Medida Provisória n. 1.602/97 e do art. 19 da Lei n. 9.532/97, para que um FII não fosse tributado como pessoa jurídica seria necessário que, dentre outros requisitos, nenhum cotista tivesse participação superior a 5% do patrimônio do fundo. Em 1999, podendo manter esse requisito, o legislador elaborou outro requisito, substituindo “*5% do patrimônio do FII*” por “*25% das cotas do FII*”. Logo, o tratamento tributário do FII, se originalmente dependia da participação detida por cada cotista no patrimônio do FII, desde 1999 depende do percentual de cotas detido por cada cotista.

Em 2005, tratando de situação diversa, o legislador previu a isenção de imposto de renda sobre os rendimentos distribuídos por FII pulverizado para pessoa física cotista, mas deixou claro que esse benefício não seria concedido à pessoa física titular de cotas que representassem “*10% ou mais da totalidade das cotas emitidas pelo FII*” ou, ainda, “*cujas cotas lhe dessem direito ao recebimento de rendimento superior a 10% do total de rendimentos auferidos pelo FII*”. Em outras palavras, já sob a vigência da nova regra de equiparação do FII às pessoas jurídicas, o legislador, quando quis, deixou claro que um determinado tratamento tributário dependeria tanto do percentual detido sobre as cotas emitidas pelo FII quanto do percentual detido sobre os rendimentos auferidos pelo FII.

Logo, entende-se que a expressão “*25% das cotas do fundo*” faz referência às cotas integralizadas, a despeito do patrimônio líquido representado por essas cotas.

5.2.2 Concomitância das condições

Para que um FII se sujeite à tributação aplicável às pessoas jurídicas, é necessário que um cotista seja incorporador, construtor ou sócio do empreendimento imobiliário do FII e possua, isoladamente ou com pessoa a ele ligada, mais de 25% das cotas do FII. Entretanto, o texto legal não deixa claro se o cumprimento de ambas as condições precisaria ser concomitante ou poderia ser em momentos distintos.

Considerando que esse dispositivo visa a combater a concorrência desleal do FII perante as pessoas jurídicas dedicadas à construção e à incorporação de imóveis, o fisco provavelmente procederá com a equiparação se, antes de o FII aplicar recursos, o empreendimento imobiliário havia tido como incorporador, construtor ou sócio um sujeito que se tornou cotista com mais de 25% das cotas do FII.

No entanto, esse resultado pretendido pelo fisco só seria possível se o art. 2º da Lei n. 9.779/99 tivesse a seguinte redação: “*que aplicar recursos em empreendimento imobiliário que tenha ou tenha tido como incorporador, construtor ou sócio, cotista que possua (...) mais de 25% das cotas do FII*”. Ou seja, a redação atual se refere a duas condições a serem verificadas no momento em que o FII aplica seus recursos, não antes, não depois.

Nesse sentido, RENATO VILELA FARIA⁶⁸⁷ entende que o termo “*que*” na oração “*que tenha como incorporador, construtor ou sócio, cotista que possua, isoladamente ou em conjunto com pessoa ligada, mais de vinte e cinco por cento das quotas do fundo*” tem a função sintática de pronome relativo a “*empreendimento imobiliário*”, deflagrando uma necessária coexistência entre, de um lado, a aplicação de recursos pelo FII em empreendimento imobiliário e, de outro lado, o cotista possuir mais de 25% das cotas do FII e ser incorporador, construtor ou sócio do empreendimento imobiliário do FII.

Concorda-se com o autor. Conforme escrito anteriormente, para interpretar literalmente a isenção do art. 16 da Lei n. 8.668/93 é preciso interpretar também literalmente a tributação prevista pelo art. 2º da Lei n. 9.779/99. Não se pode ler “*que tenha*” como “*que tenha ou tenha tido*”, sendo necessária a concomitância das condições.

⁶⁸⁷ FARIA, Renato Vilela. **A equiparação do FII a pessoas jurídicas para fins fiscais e o caso “Abílio Diniz”**, *opus citatum*, p.979 e ss.

5.2.3 Proprietário e empreendedor

O **proprietário** era uma figura diversa do incorporador, do construtor e do sócio. O proprietário era a pessoa física detentora direta do empreendimento imobiliário. Por isso, ao excluir a figura do proprietário do art. 2º da Lei n. 9.778/99, o FII deixou de ser tributado como se fosse pessoa jurídica pelo simples fato de uma pessoa física deter mais de 25% das cotas do FII e ser possuidora ou coproprietária direta de um imóvel explorado pelo FII (obviamente, desde que não seja nem incorporadora nem construtora desse imóvel). Por isso, a princípio, um FII não deveria ser equiparado às pessoas jurídicas ainda que uma pessoa física detentora de mais de 25% das cotas do FII vendesse parte da propriedade de um imóvel para o FII, retendo consigo o restante da propriedade e a posse do imóvel.

A copropriedade de um imóvel não se confunde com a sociedade. Para a copropriedade, basta a titularidade conjunta de um bem. Já para a sociedade, as pessoas devem reciprocamente se obrigar a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha dos resultados entre si, consoante o art. 981 do Código Civil de 2002.

A alienação de imóveis em favor do FII é realizada a título definitivo, não resolúvel e, portanto, não se confunde nem com a propriedade fiduciária em garantia de bens móveis ou imóveis, nem com a alienação fiduciária de coisa imóvel, sendo outra espécie de propriedade fiduciária ou de titularidade fiduciária e, como tal, submetida à disciplina específica da Lei n. 8.668/93.

A propriedade fiduciária não é una, mas se desdobra em espécies.⁶⁸⁸ De um lado, a propriedade fiduciária em garantia de bens móveis ou imóveis é uma propriedade resolúvel decorrente do desdobramento entre a posse direta, que é transferida para o devedor no ato da constituição da propriedade fiduciária, e a propriedade superveniente, que é adquirida pelo devedor quando da extinção da dívida e consolidação da propriedade plena.⁶⁸⁹ De outro lado, a alienação fiduciária em garantia é um negócio jurídico em que, com o escopo de garantia, o devedor transfere ao credor a propriedade resolúvel de coisa móvel.⁶⁹⁰⁻⁶⁹¹

À evidência, a propriedade fiduciária em garantia de bens móveis ou imóveis e a alienação fiduciária em garantia não se equiparam à propriedade plena, de que é exemplo a

⁶⁸⁸ BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**, *opus citatum*, art. 1.368-A.

⁶⁸⁹ *Ibidem*, arts. 1.361 a 1.368.

⁶⁹⁰ *Ibidem*, art. 1.368-B.

⁶⁹¹ BRASIL. **Lei n. 9.514, de 20 de novembro de 1997**, arts. 22 e 23. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19514.htm>. Acesso em: 02 jul. 2022.

propriedade fiduciária da administradora do FII, disciplinada pela Lei n. 8.668/93. A administradora adquire em caráter fiduciário os bens e os direitos componentes do patrimônio do FII.⁶⁹² A propriedade fiduciária significa que os bens e os direitos não se comunicam com o patrimônio da administradora.⁶⁹³ A administradora, na qualidade de fiduciária, administrará os bens e deles disporá na forma e para os fins estabelecidos no regulamento do FII ou em assembleia de cotistas.⁶⁹⁴

A conferência de imóveis em integralização das cotas do FII, assim como a venda de imóveis em benefício do FII, são operações passíveis de transferir definitivamente a propriedade dos imóveis para a administradora do FII. A transferência da propriedade fiduciária não depende de qualquer evento futuro para se resolver e, assim, o anterior proprietário do imóvel não mantém consigo parte da propriedade sobre os imóveis.

O **empreendedor** não é referido expressamente no art. 2º da Lei n. 9.779/99, mas por vezes é utilizado por autores que interpretam esse dispositivo legal. O art. 12, inciso VII, da Lei n. 8.668/93 faz uma única menção ao empreendedor, ao vedar ao administrador, no exercício de suas funções e utilizando os recursos do FII, realizar operações quando caracterizada situação de conflito de interesse, seja entre o FII e o administrador, seja entre o FII e o empreendedor.

De 1994 até 2008, a Instrução CVM n. 205/94 fazia referência ao termo “*empreendedor*” em determinadas passagens, a saber: **a)** art. 8º, incisos X, XI e XII, previa que, se o *empreendedor* fosse pessoa distinta do construtor, o pedido de registro de distribuição de cotas do FII na CVM deveria ser instruído com a minuta do contrato de construção, com o contrato firmado entre o *empreendedor* e a instituição financeira, bem como com a minuta do prospecto contendo informações sobre o *empreendedor*; **b)** art. 10, inciso XIX, previa que o regulamento do FII deveria dispor sobre o percentual máximo que o *empreendedor* poderia subscrever ou adquirir no mercado; **c)** o art. 15, inciso I, alínea “b” e §§3º e 4º responsabilizava o administrador por quaisquer danos causados ao patrimônio do FII, decorrentes de operação de qualquer natureza entre o FII e o *empreendedor*, quando caracterizado conflito de interesses, o qual não se verificava quando o FII adquirisse imóvel de *empreendedor* não ligado ao administrador, mas poderia se verificar nas demais situações; **d)** o art. 19, inciso VII, vedava ao administrador, utilizando os recursos do FII, realizar operações que caracterizassem conflito de

⁶⁹² BRASIL. Lei n. 8.668, de 25 de junho de 1993, *opus citatum*, art. 6º.

⁶⁹³ *Ibidem*, art. 7º.

⁶⁹⁴ *Ibidem*, art. 8º.

interesses entre o FII e o *empreendedor*; e *e*) o art. 32, inciso III, restringia a função de representante de cotistas a quem não exercesse cargo ou função na sociedade *empreendedora*.

O item 3.4 do Edital de Audiência Pública n. 01/08⁶⁹⁵ revela que a CVM estudava a possibilidade de definir na vindoura Instrução CVM n. 472/08 o termo “*empreendedor*”. No entanto, de acordo com o item 4.2 do Relatório de Análise SDM do Processo n. 2004/4101,⁶⁹⁶ os participantes da audiência pública julgaram desnecessária essa definição, por entenderem que o mercado já convivia com o conceito de empreendedor havia anos, sem qualquer definição, não havendo problemas em sua aplicação.

Consequentemente, a Instrução CVM n. 472/08 não define o empreendedor, embora faça referência a ele: *a*) o art. 26, inciso III, restringe a representação dos cotistas a quem não exerça cargo ou função na sociedade *empreendedora* do empreendimento imobiliário que constitua objeto do fundo, nem lhe preste assessoria de qualquer natureza; *b*) o art. 34, §3º, não configura conflito de interesse na aquisição, pelo fundo, de imóvel de propriedade do *empreendedor*, desde que não seja pessoa ligada ao administrador, ao gestor ou ao consultor especializado; *c*) o art. 35, inciso IX, veda que o administrador, no exercício das funções de gestor do patrimônio do fundo e utilizando os recursos do fundo, realize operações do fundo quando caracterizada situação de conflito de interesses entre o fundo e o *empreendedor*; e *d*) o Anexo II, ao acrescentar informações ao prospecto para a oferta pública de cotas de FII, exige a indicação do número de registro no Cartório de Registro de Imóveis, ou da Escritura de Compra e Venda, ou da Promessa de Compra e Venda, ou do título aquisitivo de direitos reais sobre imóveis entre o *empreendedor* e o administrador, bem como do contrato firmado entre o *empreendedor* e a instituição administradora.

Portanto, desde 1998, um cotista relevante pode ser proprietário ou empreendedor do empreendimento imobiliário investido pelo FII, sem que isso enseje a equiparação do FII às pessoas jurídicas.

5.2.4 Pessoa interligada, controle comum, grupo econômico e sócio indireto

⁶⁹⁵ CVM. **Edital de Audiência Pública n. 01/08**. Disponível em: <https://conteudo.cvm.gov.br/export/sites/cvm/audiencias_publicas/ap_sdm/anexos/2008/sdm0108-edital.pdf>. Acesso em: 02 jul. 2022.

⁶⁹⁶ CVM. **Relatório de Análise SDM do Processo n. 2004/4101**. Disponível em: <https://conteudo.cvm.gov.br/export/sites/cvm/audiencias_publicas/ap_sdm/anexos/2008/sdm0108-relatorio.pdf>. Acesso em: 02 jul. 2022.

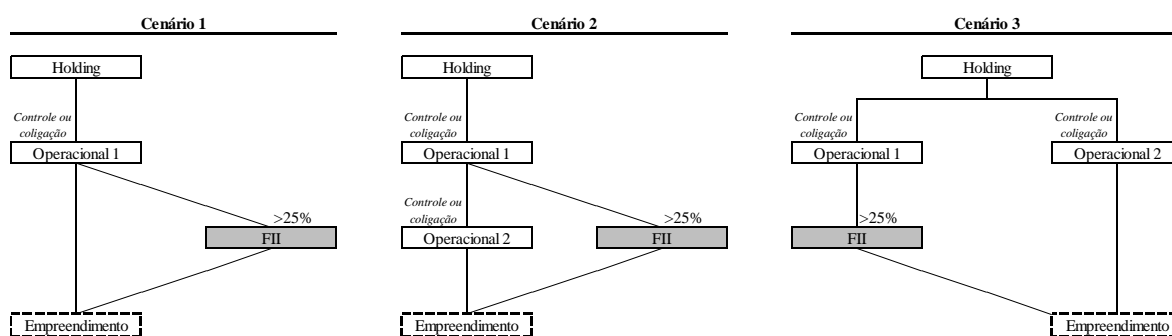
O art. 2º da Lei n. 9.779/99 poderia sujeitar à tributação aplicável às pessoas jurídicas o FII que aplicar recursos em empreendimento imobiliário que tenha “*como incorporador, construtor ou sócio direto ou indireto, cotista que possua, isoladamente ou em conjunto com pessoa a ele ligada, mais de 25% das cotas do FII*”.

Alternativamente, o art. 2º da Lei n. 9.779/99 poderia sujeitar à tributação aplicável às pessoas jurídicas o FII que aplicar recursos em empreendimento imobiliário que tenha “*como incorporador, construtor ou sócio, cotista ou pessoa a ele ligada que, isoladamente ou em conjunto, possua mais de 25% das cotas do FII*”.

No entanto, o art. 2º da Lei n. 9.779/99 ostenta outra redação: sujeita à tributação aplicável às pessoas jurídicas o FII que aplicar recursos em empreendimento imobiliário que tenha “*como incorporador, construtor ou sócio, cotista que possua, isoladamente ou em conjunto com pessoa a ele ligada, mais de 25% das cotas do FII*”.

Isso significa que as características de incorporador, construtor ou sócio devem estar presentes no cotista que possua, isoladamente ou com pessoa ligada, mais de 25% das cotas do FII. Em outras palavras, se a qualidade de incorporador, construtor ou sócio for de uma pessoa jurídica ligada ao cotista e sem nenhuma cota do FII, não é possível a tributação da carteira do FII por equiparação à pessoa jurídica.

A afirmação anterior pode ser ilustrada em três cenários. No primeiro cenário, o FII seria tributado, pois o empreendimento tem como sócia a empresa titular de mais de 25% das cotas do FII. Já no segundo cenário, o FII não deveria ser tributado, pois o empreendimento tem como sócia uma empresa que não é titular de cotas do FII, embora esteja sob controle ou influência significativa de outra empresa, essa, sim, titular de mais de 25% das cotas do FII. No terceiro cenário, o FII não deveria ser tributado, pois o empreendimento tem como sócia uma empresa que não é nem titular de cotas do FII, tampouco está sob controle ou influência significativa da empresa titular de cotas do FII, mas simplesmente guarda relação de interligação, sujeição a controle comum ou pertencimento ao mesmo grupo econômico. Segue a representação gráfica:



RENATO VILELA FARIA⁶⁹⁷ entende que o conceito de “sócio” empregado pelo art. 2º da Lei n. 9.779/99 abrange também a pessoa que possui *participação indireta no empreendimento imobiliário* investido pelo FII. Do contrário, o autor entender que restringir o conceito de “sócio” à pessoa titular direta de cotas ou de ações de uma sociedade permitiria burlar o art. 2º da Lei n. 9.779/99 por meio da simples interposição de uma sociedade entre o cotista e o empreendimento imobiliário. Por isso, o autor defende que a qualidade de “sócio” deve ser depreendida da análise do poder de gestão e/ou controle que uma determinada pessoa exerce, diretamente ou por interposta pessoa, considerando inclusive eventuais acordos contratuais.

No entanto, respeitosamente, discorda-se do autor. O legislador de 1999 e demais legisladores até hoje poderiam ter expandido o escopo dessa regra de tributação da carteira do FII de forma equiparada à pessoa jurídica, mas não o fizeram. Como visto, a redação atual do art. 2º da Lei n. 9.779/99 não autoriza a tributação da carteira do FII cujo empreendimento imobiliário seja detido por uma empresa interligada, sob controle comum ou pertencente ao mesmo grupo econômico, controlada ou coligada da empresa cotista.

A noção de “*pessoa jurídica interligada*” era conhecida pelo legislador de 1999, pois três anos antes o art. 9º, §6º, da Lei n. 9.430/96 já inadmitia a dedução de perda no recebimento de créditos da “*pessoa jurídica que seja controladora, controlada, coligada ou interligada*”. Isso significa que o legislador, mesmo podendo, optou por não estender a tributação prevista no art. 2º da Lei n. 9.779/99 para os casos em que o incorporador, construtor ou sócio do empreendimento seja uma pessoa jurídica interligada ao cotista.

⁶⁹⁷ FARIA, Renato Vilela. *A equiparação do FII a pessoas jurídicas para fins fiscais e o caso “Abílio Diniz”*, *opus citatum*, p. 990.

A noção de “*controle comum*” também já era conhecida. O art. 23, V, da Lei n. 9.430/96 define que, para fins das regras de preços de transferência, será considerada vinculada à pessoa jurídica domiciliada no Brasil a pessoa jurídica domiciliada no exterior que estiver “*sob controle societário ou administrativo comum*”. Por isso, o legislador de 1999, ao redigir o art. 2º da Lei n. 9.779/99, poderia ter previsto a tributação do FII cujo empreendimento tivesse como incorporador, construtor ou sócio uma pessoa jurídica “*sob controle comum*” de um cotista.

O conceito tributário de “*grupo econômico*” igualmente foi previsto em lei antes de 1999. O art. 265 da Lei n. 6.404/76 possibilita que a sociedade controladora e suas controladas constituam grupo de sociedades mediante convenção pela qual se obriguem a combinar recursos para a realização dos seus respectivos objetos ou, ainda, a participar de atividades ou empreendimentos comuns. Como se pode notar, o conceito de “*grupo econômico*” admitido para fins tributários se restringe a “*sociedade controladora e suas controladas*” e, portanto, não alcança outras relações entre sociedades.

Comparativamente, o conceito trabalhista de “*grupo econômico*” é alargado em demasia. O art. 2º, §3º, da Consolidação das Leis do Trabalho⁶⁹⁸ prevê que grupo econômico não é a mera identidade de sócios, mas, sim, o interesse integrado, a efetiva comunhão de interesses e a atuação conjunta das empresas dele integrantes. Dessa feita, é possível concluir que esse conceito trabalhista de “*grupo econômico*” seria ainda mais amplo do que o conceito tributário, mas igualmente inaplicável para efeitos do art. 2º da Lei n. 9.779/99.

Não é demais repisar: o legislador de 1999, ao redigir o art. 2º da Lei n. 9.779/99, poderia ter previsto a tributação do FII cujo empreendimento tivesse como incorporador, construtor ou sócio uma pessoa jurídica *interligada*, *sob controle comum* ou integrante do mesmo *grupo econômico* de um cotista. Na falta dessa previsão legal, não pode o aplicador atribuir à norma um alcance que ela não tem.

5.2.5 Investimento via SCP

Em 25 de novembro de 2021, a CVM concluiu que os FII não podem investir em cotas de SCP.⁶⁹⁹ A decisão descreve as características das SPC, tais como a ausência de personalidade

⁶⁹⁸ BRASIL. Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 02 jul. 2022.

⁶⁹⁹ BRASIL. Ofício-Circular n. 2/2021-CVM/SSE. Disponível em: <<http://conteudo.cvm.gov.br/legislacao/oficio>>

jurídica, a existência de mero contrato entre os sócios ostensivos e participantes, o exercício da atividade social exclusivamente pelo sócio ostensivo em seu nome e sob sua exclusiva responsabilidade, a ausência de autonomia patrimonial, bem como a falta de capacidade postulatória. Essas características distintivas das SPC em comparação às demais sociedades fundamentaram a decisão da CVM por excluir as cotas da SCP do rol de ativos passíveis de investimento pelo FII, especificamente do art. 45, inciso III, da Instrução CVM n. 472/08 que trata de “ações ou cotas de sociedades cujo único propósito se enquadre entre as atividades permitidas aos FII”.

Embora os FII não possam investir em cotas de SCP, nada impede que os FII recebam investimento de uma SCP e dos seus sócios ostensivo e participante. Por isso, cumpre descrever as características típicas de uma SCP, do ponto de vista cível e tributário, antes de explorar essa hipótese de investimento.

A SCP é uma sociedade não personificada, cujo contrato social produz efeito somente entre os sócios (contrato de uso interno), e que não adquire personalidade jurídica ainda que seu contrato social seja levado a registro no Cartório de Registro de Títulos e Documentos.⁷⁰⁰ A constituição da SCP independe de qualquer formalidade, podendo ser provada por todos os meios de direito, prescindindo a prova escrita.⁷⁰¹

O sócio ostensivo (sócio administrador ou gerente) exerce o objeto social da SCP, em seu nome individual, sob sua própria e exclusiva responsabilidade, obrigando-se perante terceiros.⁷⁰² Já o sócio participante (sócio oculto ou investidor) meramente participa dos resultados da SCP, obrigando-se exclusivamente perante o sócio ostensivo, nos termos do contrato social.⁷⁰³

A SCP, embora não tenha personalidade jurídica, não se equipara a uma sociedade de fato ou irregular, cujos sócios são solidária e ilimitadamente responsáveis perante terceiros. Pelo contrário, na SCP, somente o sócio ostensivo se obriga perante terceiros. O sócio participante não pode tomar parte nas relações com terceiros, sob pena de responder solidariamente com o sócio ostensivo pelas obrigações em que intervier.⁷⁰⁴

os-circulares/sse1/oc-sse-0221.html>. Acesso em: 23 jan. 2022.

⁷⁰⁰ BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, *opus citatum*, art. 993.

⁷⁰¹ *Ibidem*, art. 922.

⁷⁰² *Ibidem*, art. 991, *caput*.

⁷⁰³ *Ibidem*, art. 991, parágrafo único.

⁷⁰⁴ *Ibidem*, art. 993.

Contanto que previsto no contrato, o sócio ostensivo pode admitir um novo sócio sem o consentimento expresso dos demais sócios.⁷⁰⁵ A SCP é tipicamente composta por um sócio ostensivo e alguns sócios participantes, porém, é possível existir mais de um sócio ostensivo.⁷⁰⁶

Como a SCP é regida subsidiariamente pelos dispositivos legais aplicáveis à sociedade simples, os sócios da SCP, se quiserem, podem estipular no contrato social a participação nos lucros e nas perdas em proporção diversa das respectivas cotas, sendo nula a estipulação contratual que exclua qualquer sócio de participar dos lucros e das perdas.⁷⁰⁷ Em outras palavras, a distribuição desproporcional de lucros da SCP é possível, desde que devidamente estipulada no contrato social, e contanto que não seja utilizada para fins de dissimulação da ocorrência do fato gerador de tributos.⁷⁰⁸

A SCP é uma figura conhecida pelo ordenamento jurídico brasileiro desde o século 19. Naquela época, a SCP era considerada a associação acidental, momentânea ou anônima entre duas ou mais pessoas reunidas sem firma social para lucro comum em uma ou mais operações de comércio, sendo ao menos um comerciante, e trabalhando em nome individual para o fim social.⁷⁰⁹ Atualmente, a SCP é amplamente utilizada no mercado imobiliário, por ser mais flexível do que outros tipos societários, além de mitigar as responsabilidades do sócio participante que queira só investir capital em negócios estratégicos, tais como *pool* hoteleiro.⁷¹⁰

As SCP são equiparadas às pessoas jurídicas para efeitos de IPRJ,⁷¹¹ CSLL,⁷¹² PIS⁷¹³ e COFINS.⁷¹⁴ Pode optar pelo Lucro Presumido ou ser obrigada ao Lucro Real, sujeitando-se às mesmas regras aplicáveis às pessoas jurídicas, mas não necessariamente se sujeitando à mesma sistemática de tributação do sócio ostensivo.⁷¹⁵

A escrituração das operações da SCP poderá, à opção do sócio ostensivo, ser efetuada nos livros deste ou em livros próprios da SCP. Quando forem utilizados os livros do sócio ostensivo, os registros contábeis deverão evidenciar os lançamentos referentes à SCP.⁷¹⁶

⁷⁰⁵ *Ibidem*, art. 995.

⁷⁰⁶ *Ibidem*, art. 996.

⁷⁰⁷ *Ibidem*, arts. 996; 997, inciso VII; 1.007; e 1.008.

⁷⁰⁸ BRASIL. **Solução de Consulta Cosit n. 56, de 25 de fevereiro de 2019**. Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=99645>>. Acesso em: 02 jul. 2022.

⁷⁰⁹ BRASIL. **Lei n. 556, de 25 de junho de 1850**, arts. 325 a 328. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim556.htm>. Acesso em: 02 jul. 2022.

⁷¹⁰ BRASIL. **Ato Declaratório Interpretativo SRF n. 14, de 04 de maio de 2004**. Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=5654>>. Acesso em: 02 jul. 2022.

⁷¹¹ BRASIL. **Decreto-lei n. 2.303, de 21 de novembro de 1986**, *opus citatum*, art. 7º.

⁷¹² BRASIL. **Lei n. 7.689, de 15 de dezembro de 1988**, *opus citatum*, art. 4º.

⁷¹³ BRASIL. **Lei Complementar n. 7, de 7 de setembro de 1970**, *opus citatum*, art. 1º.

⁷¹⁴ BRASIL. **Lei Complementar n. 70, de 30 de dezembro de 1991**, *opus citatum*, art. 1º, §1º.

⁷¹⁵ BRASIL. **Instrução Normativa RFB n. 1.700, de 14 de março de 2017**, *opus citatum*, art. 246.

⁷¹⁶ BRASIL. **Instrução Normativa SRF n. 179, de 30 de dezembro de 1987**, item 3. Disponível em: <<http://norm>

Na década de 80, havia expressa dispensa da inscrição da SCP no antigo CGC.⁷¹⁷ Porém, em 2011, a inscrição no CNPJ (sucessor do CGC) passou a ser obrigatória inclusive para as entidades equiparadas às pessoas jurídicas.⁷¹⁸ Dado que as SCP são equiparadas às pessoas jurídicas para efeitos da legislação tributária federal, o fisco foi consultado e, naquela época, entendeu que a SCP estaria desobrigada da inscrição no CNPJ.⁷¹⁹ No entanto, no mês seguinte, o fisco tornou obrigatória a inscrição da SCP no CNPJ.⁷²⁰ Assim, desde 2014, a SCP é expressamente obrigada à inscrição no CNPJ.⁷²¹

A SCP não pode ser filial do sócio ostensivo, pelo contrário, a SCP terá inscrição própria de matriz.⁷²² A SCP não pode ter firma ou denominação social, mas deve ter um nome para fins de identificação contábil e fiscal.⁷²³ No nome da SCP, é preciso informar o nome do sócio ostensivo, seguido da sigla SCP. Caso o sócio ostensivo pretenda ter mais de uma SCP, é recomendável inserir as siglas SCP1, SCP2, e assim sucessivamente. Para o capital social, será informado o somatório dos aportes iniciais dos sócios ostensivo e participante. No quadro de sócios, deve ser informado somente o sócio ostensivo, juntamente com sua participação no capital social, que necessariamente será inferior a 100%. Os sócios participantes não são informados, nem suas participações no capital social.

O sócio ostensivo é responsável pela apuração dos resultados da SCP e pelo recolhimento dos tributos.⁷²⁴ Havendo mais de um sócio ostensivo, compete a apenas um sócio ostensivo a responsabilidade pela apuração dos resultados, apresentação da declaração de rendimentos e recolhimento dos tributos devidos pela SCP.⁷²⁵

as.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=15042&visao=anotado>. Acesso em: 02 jul. 2022.

⁷¹⁷ *Ibidem*, item 4.

⁷¹⁸ BRASIL. **Instrução Normativa RFB n. 1.183, de 19 de agosto de 2011**, art. 4º. Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?naoPublicado=&idAto=16156&visao=anotado>>. Acesso em: 02 jul. 2022.

⁷¹⁹ BRASIL. **Solução de Consulta Cosit n. 121, de 27 de maio de 2014**. Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=52912>>. Acesso em: 02 jul. 2022.

⁷²⁰ BRASIL. **Instrução Normativa RFB n. 1.470, de 30 de maio de 2014**, art. 52. Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?naoPublicado=&idAto=52901&visao=anotado>>. Acesso em: 02 jul. 2022.

⁷²¹ BRASIL. **Instrução Normativa RFB n. 1.863, de 27 de dezembro de 2018**, art. 4º, inciso XVII. Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=97729>>. Acesso em: 02 jul. 2022.

⁷²² BRASIL. **Solução de Consulta Cosit n. 28, de 03 de março de 2018**. Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=95374>>. Acesso em: 02 jul. 2022.

⁷²³ BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**, *opus citatum*, art. 1.162.

⁷²⁴ BRASIL. **Instrução Normativa RFB n. 1.700, de 14 de março de 2017**, *opus citatum*, art. 6º, §2º.

⁷²⁵ BRASIL. **Solução de Consulta Disit/SRRF05 n. 43, de 14 de setembro de 2011**. Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=54883>>. Acesso em: 02 jul. 2022.

A ECD deverá ser entregue em livro próprio pela SCP que for obrigada a manter escrituração contábil nos termos da legislação comercial.⁷²⁶ A ECF⁷²⁷ e a EFD-Contribuições⁷²⁸ devem ser transmitidas pelo sócio ostensivo para cada SCP, além da sua própria. Na DCTF⁷²⁹ e na DIRF,⁷³⁰ o sócio ostensivo deve informar débitos e créditos de tributos federais da SCP e dividendos pagos pela SCP.

Pode haver alguns entraves práticos para que o fisco identifique quem é sócio participante de uma SCP, uma vez que a constituição da SCP prescinde de formalidades próprias a outros tipos societários, inclusive contrato escrito e registrado. Inclusive, a SCP só deve informar no QSA o administrador e o sócio ostensivo, o que significa que o CNPJ não identifica os sócios participantes da SCP.⁷³¹ Porém, a distribuição de dividendos da SCP para o sócio participante deve ser reportada na DIRF e, portanto, a identificação do sócio participante é possível.

É prática corriqueira no mercado imobiliário que uma SPE, sendo constituída para desenvolver um empreendimento imobiliário, assuma a qualidade de sócia ostensiva de uma SCP, buscando captar recursos junto a investidores dispostos a assumirem a qualidade de sócios participantes. A preferência pela SCP para financiar empreendimentos imobiliários se deve à facilidade de transferência da posição do investidor, uma vez que a SCP é destituída de formalidades.

Feitas essas considerações preliminares sobre a SCP, cumpre investigar se o art. 2º da Lei n. 9.779/99 seria aplicável a um FII que recebesse investimento de pessoas físicas ligadas entre si, individualmente detentoras de menos de 10% das cotas do FII, conjuntamente detentoras de mais de 25% das cotas do FII, especialmente se uma dessas pessoas físicas fosse participante de uma SCP sócia do empreendimento imobiliário, sem, contudo, ter qualquer controle ou influência significativa dessa SCP. Esse exemplo pode ser representado graficamente conforme segue:

⁷²⁶ BRASIL. **Instrução Normativa RFB n. 2.003, de 18 janeiro de 2021**, art. 3º, §5º, inciso I. Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=114965>>. Acesso em: 02 jul. 2022.

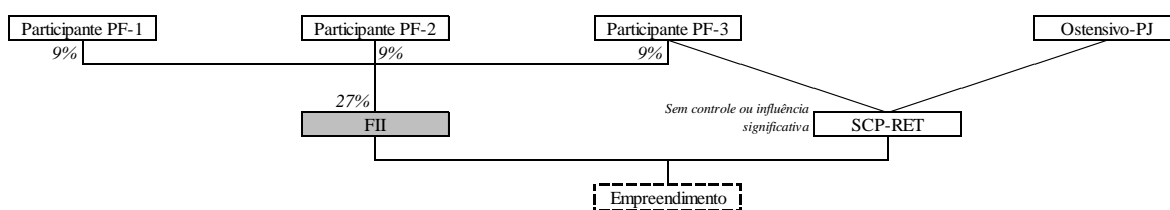
⁷²⁷ BRASIL. **Instrução Normativa RFB n. 2.004, de 18 de janeiro de 2021**, art. 1º, §3º. Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=114966>>. Acesso em: 22 jul. 2022.

⁷²⁸ BRASIL. **Instrução Normativa RFB n. 1.252, de 01 de março de 2012**, art. 4º, §4º. Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=37466>>. Acesso em: 02 jul. 2022.

⁷²⁹ BRASIL. **Instrução Normativa RFB n. 2.005, de 29 de janeiro de 2021**, art. 2º, §2º. Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=115131>>. Acesso em: 02 jul. 2022.

⁷³⁰ BRASIL. **Instrução Normativa RFB n. 1.990, de 18 de novembro de 2020**, art. 2º, inciso II, alínea “d”, e art. 10, inciso IX. Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=113850>>. Acesso em: 02 jul. 2022.

⁷³¹ BRASIL. **Instrução Normativa RFB n. 1.863, de 27 de dezembro de 2018**, Anexo VI.



RENATO VILELA FARIA⁷³² entende que o art. 2º da Lei n. 9.779/99 seria aplicável ainda que o sócio participante da SCP não tivesse poderes de gestão sobre a SCP, pois, para o autor, o sócio participante é “*sócio*”, no sentido de titular de ações ou cotas representativas do capital social da SCP.

No entanto, discorda-se do autor porque, de um lado, as pessoas físicas ligadas detêm conjuntamente mais de 25% das cotas do FII, porém, de outro lado nenhuma dessas pessoas físicas é sócia direta do empreendimento imobiliário, sendo sócia indireta não contemplada pelo art. 2º da Lei n. 9.779/99.

5.3 As consequências da equiparação do FII à pessoa jurídica

A sujeição de um FII ao art. 2º da Lei n. 9.779/99 pode produzir consequências tributárias diversas. A seguir, destacam-se o regime de tributação, os deveres instrumentais, a responsabilidade do administrador, a possibilidade de requalificação para a isenção e, por fim, a reestruturação do fundo.

5.3.1 O regime tributário e os deveres instrumentais do FII como pessoa jurídica

Durante a fiscalização, o FII pode ser intimado para indicar o regime de apuração de IRPJ e CSLL (Lucro Real ou Lucro Presumido), o período de apuração (anual ou trimestral), e o regime de apuração de PIS e COFINS (não cumulativo ou cumulativo), inclusive mediante a elaboração e a transmissão dos deveres instrumentais das pessoas jurídicas (ECF, EFD-Contribuições, DCTF e ECD). Na falta de manifestação, o fisco geralmente autua o FII para

⁷³² FARIA, Renato Vilela. *A equiparação do FII a pessoas jurídicas para fins fiscais e o caso “Abílio Diniz”*, opus citatum, p. 991.

recolher IRPJ e CSLL pelo Lucro Real trimestral, bem como PIS e COFINS pelo regime não cumulativo. No entanto, entende-se defensável a aplicação do Lucro Arbitrado, em vez do Lucro Real trimestral.

O Lucro Arbitrado também é devido em períodos trimestrais, todavia, sua base de cálculo é determinada por meio da aplicação dos percentuais do Lucro Presumido acrescidos de 20%, nos termos do art. 16 da Lei n. 9.249/95.

De acordo com o art. 47 da Lei n. 8.981/95, o Lucro Arbitrado é previsto para situações específicas: *a)* o contribuinte obrigado ao Lucro Real que não mantiver escrituração comercial ou fiscal, ou deixar de elaborar as demonstrações financeiras exigidas pela legislação fiscal; *b)* a escrituração que revelar evidentes indícios de fraude ou contiver vícios, erros ou deficiências que a tornem imprestável para identificar a efetiva movimentação financeira ou determinar o Lucro Real; *c)* o contribuinte que deixar de apresentar à autoridade tributária os livros e documentos da escrituração comercial ou fiscal, ou o livro Caixa; *d)* o comissário ou representante da pessoa jurídica estrangeira que deixar de escriturar os livros comerciais; *e)* o contribuinte que não mantiver em boa ordem e segundo as normas contábeis, livro Razão ou Diário; e *f)* o contribuinte que não escriturar ou deixar de apresentar à autoridade tributária os livros ou registros auxiliares.

Entende-se que o FII que deixar de apresentar ao fisco a escrituração fiscal solicitada com base no Lucro Real ou no Lucro Presumido poderá ser tributado pelo Lucro Arbitrado, conforme a situação “c” descrita acima. Além disso, caso o FII seja tributado como se fosse pessoa jurídica, deve ser assegurado o direito à compensação ou restituição do IRRF que tiver sido retido pelo FII sobre os rendimentos distribuídos aos cotistas, afinal, há isenção de IRRF sobre dividendos creditados ou pagos por pessoas jurídicas, nos termos do art. 10, da Lei n. 9.249/95.

Os FII equiparados às pessoas jurídicas devem apresentar ECF, DCTF e DIRF, nisso diferindo dos demais fundos em condomínio e clubes de investimento não caracterizados como pessoas jurídicas.⁷³³ Eles também devem apresentar EFD-Contribuições⁷³⁴ e DCTF.⁷³⁵ Por fim, a ECF deve ser apresentada sob o CNPJ do FII, sendo vedada sua inclusão na ECF da administradora.⁷³⁶

⁷³³ BRASIL. **Solução de Consulta Disit/SRRF06 n. 141, de 08 de outubro de 2002**. Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=109797>>. Acesso em: 02 jul. 2022.

⁷³⁴ BRASIL. **Instrução Normativa RFB n. 1.252, de 01 de março de 2012**, *opus citatum*, art. 5º, inciso V.

⁷³⁵ BRASIL. **Instrução Normativa RFB n. 2.005, de 29 de janeiro de 2021**, *opus citatum*, art. 3º, inciso IV.

⁷³⁶ RFB. **Perguntas e Respostas Pessoa Jurídica 2021**. Disponível em: <<https://www.gov.br/receitafederal/pt-br/>>

5.3.2 A responsabilidade tributária da administradora

Nos casos em que o FII é tributado como se fosse pessoa jurídica, a administradora do FII pode ser considerada solidariamente responsável pelos tributos supostamente devidos e não pagos pelo FII, havendo casos de lavratura de autos de sujeição passiva solidária contra a administradora do FII com base no art. 4º da Lei n. 9.779/99 combinado com o art. 124 do Código Tributário Nacional. Entretanto, esse procedimento comporta críticas.

A menção ao art. 124 do Código Tributário Nacional é insuficiente para justificar a solidariedade da administradora do FII. Isso porque esse dispositivo contém dois incisos, cada qual tratando de diferentes tipos de pessoas solidariamente obrigadas, sem benefício de ordem. No inciso I, faz-se menção às pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal. No inciso II, há referência às pessoas expressamente designadas por lei.

A capitulação da autuação no inciso I do art. 124 do Código Tributário Nacional decorre da alegação de que a administradora teria interesse comum nos fatos geradores de IRPJ, CSLL, PIS e COFINS de um FII equiparado às pessoas jurídicas. No entanto, entende-se que essa alegação não tem fundamento. O Superior Tribunal de Justiça, em precedente relevante,⁷³⁷ adotou o entendimento de que os sujeitos envolvidos na relação de solidariedade do art. 124, inciso I, do Código Tributário Nacional são apenas os que podem se qualificar como contribuintes. Em outras palavras, a solidariedade sem benefício de ordem só pode existir entre contribuintes, jamais entre contribuinte e terceiro responsável. Daí que, não sendo a administradora o contribuinte, não poderia ser solidariamente obrigada por interesse comum com os fatos geradores dos tributos imputados ao FII.

Alternativamente, também não deve prosperar a capitulação da autuação no inciso II do art. 124 do Código Tributário Nacional, pois a solidariedade não é expressamente designada por lei. Recordando, o art. 4º da Lei n. 9.779/99 não trata da solidariedade tributária, mas somente torna a administradora responsável pelas obrigações tributárias do FII. Para que a

assuntos/orientacao-tributaria/declaracoes-e-demonstrativos/ecf/perguntas-e-respostas-pessoa-juridica-2021>. Acesso em: 08 mar. 2021.

⁷³⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 1ª Turma, **Recurso Especial n. 884.845/SC**, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 05/02/09, DJe 18/02/09.

administradora pudesse ser solidariamente responsabilizada pelos tributos devidos pelo FII, o art. 4º da Lei n. 9.779/99 deveria ser expreso em atribuir essa responsabilidade solidária.

Não se aplicando a solidariedade dos incisos I e II do art. 124 do Código Tributário Nacional, cumpre investigar se alguma outra hipótese justificaria a responsabilização solidária da administradora pelas obrigações tributárias do FII. O art. 134, inciso III, do Código Tributário Nacional, inaugurando o tema da responsabilidade tributária de terceiros, prevê que, na impossibilidade de exigência do cumprimento da obrigação principal pelo contribuinte, respondem solidariamente com este, nos atos que intervierem ou pelas omissões de que forem responsáveis, os administradores de bens de terceiros, pelos tributos devidos por estes. Como se vê, o art. 134 comporta benefício de ordem, tanto que o terceiro só responde pela obrigação se o contribuinte não o fizer. Porém, entende-se que, na maioria dos casos que envolvem FII e administradora, é plenamente possível exigir do FII o cumprimento da obrigação principal, razão por que se entende impossível a aplicação do art. 134 do Código Tributário Nacional.

Ao seu turno, o art. 135, inciso I, do Código Tributário Nacional responsabiliza pessoalmente os administradores de bens de terceiros pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto. Questiona-se: seria admissível invocar o art. 135 do Código Tributário Nacional, sob a alegação de que a administradora não poderia permitir que um sócio cotista possuísse mais de 25% das cotas do FII, o que configuraria violação do art. 2º da Lei n. 9.779/99? Entende-se que não. Pelo contrário, não há qualquer irregularidade ou vedação legal a que um cotista detenha mais de 25% das cotas do FII. Inclusive, os Anexos 39-I (informe mensal), 39-II (informe trimensal) e 39-V (informe anual), todos da Instrução CVM n. 472/08, admitem que um FII se declare exclusivo (sim ou não). Ademais, o art. 111-A da Instrução CVM n. 409/04 prevê a possibilidade de fundos exclusivos. De mais a mais, a regra de equiparação dos FII às pessoas jurídicas não se baseia somente no critério quantitativo de mais de 25% das cotas do FII, mas, cumulativamente, no critério qualitativo de esse cotista relevante ser incorporador, construtor ou sócio do empreendimento imobiliário investido pelo FII.

Inaplicáveis a solidariedade sem benefício de ordem do art. 124 e a solidariedade com benefício de ordem do art. 134, resta verificar a aplicabilidade do art. 128 do Código Tributário Nacional para a responsabilização da administradora pelas obrigações tributárias do FII. O art. 128, ao conter a expressão “*sem prejuízo do disposto neste capítulo*”, admite que, além das hipóteses expressas nos arts. 129 até 138 – quais sejam, responsabilidade tributária dos sucessores, de terceiros e por infração –, a lei atribua a responsabilidade tributária a terceira

pessoa, desde que vinculada ao fato gerador, em caráter exclusivo ou supletivo da responsabilidade do contribuinte. Exatamente por isso, entende-se que o art. 4º da Lei n. 9.779/99 está suportado pelo art. 128 do Código Tributário Nacional.

O Conselheiro Wilson Fernandes Guimarães, no voto vencido proferido em sede do acórdão n. 1301-00.994 da 1ª Turma da 3ª Câmara do CARF, adotou esse mesmo entendimento, qual seja, de que o art. 4º da Lei n. 9.779/99 prevê a responsabilidade por substituição, que não se confunde com a responsabilidade solidária. Em outras palavras, o art. 4º da Lei n. 9.779/99 seria um exemplo de aplicação do art. 128 do Código Tributário Nacional, pois o dispositivo legal teria atribuído de modo expreso a responsabilidade pelo crédito tributário a terceiro pessoa vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação tributária (administradora), excluindo a responsabilidade daquele que tem relação direta com o referido fato (FII). No seu entender, o art. 4º da Lei n. 9.779/99 não seria exemplo da aplicação nem do art. 124 do Código Tributário Nacional (afinal, o inciso I restringe a solidariedade a quem possa ser contribuinte, e o inciso II exige que a solidariedade seja expressamente prevista em lei) nem do art. 134 do Código Tributário Nacional (afinal, não há comando legal que atribua ao FII a responsabilidade pelo cumprimento das obrigações tributárias incorridas em seu nome).

No mesmo sentido, RENATO VILELA FARIA⁷³⁸ entende que a administradora do FII é a substituta tributária referida no art. 128 do Código Tributário Nacional porque, além de possuir vínculo com o fato gerador da obrigação tributária, exclui e afasta o FII na qualidade de sujeito passivo.

Portanto, entende-se que a administradora não pode ser solidariamente responsabilizada pelos tributos supostamente devidos pelo FII que seja equiparado à pessoa jurídica (afinal, a administradora não é contribuinte, a lei não prevê expressamente a solidariedade da administradora e, ademais, geralmente é possível exigir do FII o cumprimento da obrigação principal). No máximo, a administradora pode ser responsabilizada em caráter supletivo ao FII.

5.3.3 A requalificação para a isenção

É possível que um FII deixe de cumprir alguma das condições previstas para fazer jus à isenção de IR sobre seus rendimentos e ganhos de capital e, passado algum intervalo temporal,

⁷³⁸ FARIA, Renato Vilela. *A equiparação do FII a pessoas jurídicas para fins fiscais e o caso “Abílio Diniz”*, *opus citatum*, p. 976

volte a cumprir todas as condições. Nesse caso, pode surgir a dúvida sobre o tratamento tributário aplicável ao FII, seja durante o período de descumprimento das condições, seja após sua readequação.

Essa dúvida não é sanada pela legislação, a qual silencia sobre o período de tempo aceitável para que seja preservada a isenção da carteira do FII, fazendo crer que o descumprimento de qualquer condição, ainda que por período exíguo, implicaria a tributação do FII como pessoa jurídica. Na falta de expressa previsão legal, porém, é preciso conhecer a doutrina sobre o tema.

RENATO VILELA FARIA⁷³⁹ concorda com RODRIGO DE FREITAS⁷⁴⁰, para quem a resposta varia conforme a extensão do período em que o FII descumpriu alguma das condições previstas para ser isento de IR. Para períodos que não ultrapassem a virada de um mês para o outro, os referidos autores entendem ser absolutamente desproporcional tributar o FII como se fosse pessoa jurídica, afinal, um mês é o período de apuração de PIS e COFINS e, eventualmente, pode ser o período da estimativa de IRPJ e CSLL. Para períodos mensais dentro do mesmo ano-calendário, os citados autores entendem que não seria razoável, tampouco praticável, exigir que o resultado do FII fosse numa parte isento e noutra parte tributado como se decorresse de uma pessoa jurídica, agregando complexidade à distribuição semestral dos lucros auferidos pelo FII.

Concorda-se com os autores. Solução similar foi positivada na França para a SIIC francesa. Lá, um único cotista geralmente não pode deter, direta ou indiretamente, mais do que 60% das cotas ou dos direitos de voto na SIIC francesa.⁷⁴¹ Essa condição deve ser continuamente cumprida. Entretanto, são admitidos descumprimentos temporários dessa condição em meio a operações de aquisição, trocas, fusões, conversões e resgates.⁷⁴² Inclusive, se o descumprimento cessar antes do fim do exercício fiscal, é possível preservar no exercício fiscal seguinte o regime tributário favorável previsto para a SIIC francesa.⁷⁴³ Afora essas

⁷³⁹ FARIA, Renato Vilela. **A equiparação do FII a pessoas jurídicas para fins fiscais e o caso “Abílio Diniz”**, *opus citatum*, p. 971.

⁷⁴⁰ FREITAS, Rodrigo de. **Natureza jurídica dos fundos de investimento imobiliário e regimes de tributação**. In. MOSQUERA, Roberto Quiroga (coord.). *O Direito Tributário e o mercado financeiro e de capitais*. São Paulo: Dialética, 2009, p. 461 e ss.

⁷⁴¹ EPRA. **Global REIT Survey 2020 – A comparison of the major REIT regimes around the world**, *opus citatum*, p. 41.

⁷⁴² *Ibidem*, p. 42.

⁷⁴³ *Ibidem*, p. 42.

situações excepcionais, a violação do percentual de 60% implica a tributação da SIIC francesa como se fosse uma pessoa jurídica em geral.⁷⁴⁴

Alternativamente, não sendo possível o reenquadramento da isenção da carteira do FII, a reestruturação entra em cena por meio de cisões e transformações, conforme detalhado no **Capítulo 6 sobre os negócios estruturados por meio do FII.**

5.4 Análise de casos

O caso do FII Península talvez seja o mais conhecido, mas não foi nem o primeiro nem o último contencioso tributário em que um FII foi tributado como se fosse pessoa jurídica conforme o art. 2º da Lei n. 9.779/99. Segue a análise dos casos.

5.4.1 FII Superquadra 311 Norte

O Fundo de Investimento Imobiliário Superquadra 311 Norte, doravante “FII Superquadra”, foi autuado por IRPJ/CSLL e PIS/COFINS nos anos-calendário de 2004 e 2005.⁷⁴⁵

De acordo com o Termo de Verificação Fiscal, o FII teria tentado aproveitar o art. 16 da Lei n. 8.668/93 (que prevê a isenção de IR sobre rendimentos e ganhos de capital auferidos pelo FII) e, assim, teria tentado evitar a aplicação do art. 2º da Lei n. 9.779/99 (que sujeita à tributação aplicável às pessoas jurídicas o FII que tenha como incorporador, construtor ou sócio cotista que possua, isolada ou conjuntamente com pessoa ligada, mais de 25% das cotas) por meio da aparente transferência de cotas do cotista Paulo Octávio Investimentos Imobiliários Ltda., doravante “Imobiliária”, para a interposta pessoa Sr. Sebastião Luís Ferreira Sobrinho, doravante “Sr. Sebastião”, especialmente porque a Imobiliária era construtora/incorporadora dos empreendimentos imobiliários do FII.⁷⁴⁶

Cumprir realizar breve retrospectiva dos fatos constantes do relatório fiscal. Em 18/09/98, foi realizada a assembleia de constituição do FII, que segundo o regulamento teria

⁷⁴⁴ *Ibidem*, p. 42.

⁷⁴⁵ BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, 1ª Seção, 4ª Câmara, 1ª Turma Ordinária, **Acórdão n. 1401-001.136**, Processo n. 16327.000973/2009-42, julgado em 12/03/14, publicado em 14/01/15.

⁷⁴⁶ *Ibidem*, p. 4.

sido criado para captar recursos para a aquisição de terrenos e a construção de 11 prédios residenciais, uma escola, jardim de infância, instalações administrativas, urbanização e infraestrutura do empreendimento imobiliário a ser edificado na SQN 311, em Brasília/DF.⁷⁴⁷

O patrimônio líquido inicial era de R\$ 50.795.000,00 dividido em 507.950 cotas avaliadas em R\$ 100,00 cada cota, cuja integralização se daria parceladamente em 26 séries, sendo que a 1ª série foi integralizada no ato da constituição do fundo. Segundo a lista de presença dos subscritores, 60% ou 304.770 cotas foram subscritas pela Imobiliária, 20% ou 101.590 cotas foram subscritas pela Construtora Brasília S/A ou “CONBRAL”, e 20% ou 101.590 cotas foram subscritas pela Fundação dos Economistas Federais ou “FUNCEF”.⁷⁴⁸

Em 29/12/98, aproximadamente três meses depois da constituição do FII, foi publicada a Medida Provisória n. 1.788/98, posteriormente convertida na Lei n. 9.779/99, sujeitando à tributação aplicável às pessoas jurídicas o FII que aplicasse recursos em empreendimento imobiliário que tivesse como incorporador, construtor ou sócio cotista que, isoladamente ou com pessoa ligada, possuísse mais de 25% das cotas do fundo. De acordo com o Termo de Verificação Fiscal, essa alteração legislativa teria sido a causa da celebração de um instrumento particular de mútuo para subscrição de cotas, que foi celebrado entre a Imobiliária, na qualidade de mutuante, e Sr. Sebastião, na qualidade de mutuário.⁷⁴⁹

Não houve nenhuma disponibilização de recursos financeiros ao Sr. Sebastião. A cada integralização de cotas pela Imobiliária, parte das cotas era transferida para o Sr. Sebastião, sem trânsito de disponibilidade financeira, simplesmente tendo sido contabilizado na Imobiliária o crédito do ativo representativo da entrega das cotas ao Sr. Sebastião e o débito do ativo representativo do direito de receber as cotas do Sr. Sebastião. Assim, na mesma data em que integralizava cotas, a Imobiliária transferia parte dessas cotas para o Sr. Sebastião, de modo a manter menos de 25% das cotas do fundo.⁷⁵⁰

O vencimento do mútuo estava previsto para 30 dias após a concessão do habite-se do quinto prédio construído, quando então as partes fixariam a forma de pagamento, se de forma parcelada, ou se mediante dação em pagamento das cotas dadas em garantia do próprio mútuo. Antes do vencimento, qualquer valor proveniente do fundo deveria ser pago à Imobiliária, a título de pagamento dos juros ou do principal do mútuo.⁷⁵¹

⁷⁴⁷ *Ibidem*, pp. 4-5.

⁷⁴⁸ *Ibidem*, p. 5.

⁷⁴⁹ *Ibidem*, p. 5.

⁷⁵⁰ *Ibidem*, pp. 5-6.

⁷⁵¹ *Ibidem*, p. 7.

O Termo de Verificação Fiscal menciona que, de janeiro a junho de 2004, a Imobiliária detinha 41% das cotas subscritas e 24,999% das cotas integralizadas e, por isso, o FII já estaria sujeito à tributação aplicável às pessoas jurídicas, uma vez que o art. 2º da Lei n. 9.779/99 se refere a “*cotas do fundo*”, sem especificar se seriam cotas subscritas ou integralizadas.⁷⁵²

Foi lavrado termo de sujeição passiva solidária contra a Imobiliária, que estruturou a operação de transferência de cotas para o Sr. Sebastião para reduzir a menos de 25% suas cotas no fundo e, assim, tentar manter a isenção do fundo, o que, de acordo com a fiscalização, demonstraria interesse comum na situação que constituiu fato gerador da obrigação principal, nos termos do art. 124 do Código Tributário Nacional.⁷⁵³

Outras irregularidades foram apontadas em relação ao FII. Em 20/05/05, o Ministério Público Federal ajuizou Ação Civil de Responsabilidade por Ato de Improbidade Administrativa contra 39 pessoas, inclusive a Imobiliária, relacionadas a supostas manobras para fraudar o fundo em detrimento da FUNCEF e em favor dos cotistas incorporadores/construtores, quais sejam, a Imobiliária e CONBRAL.⁷⁵⁴

Em 27/10/09, o FII impugnou o auto de infração. Preliminarmente, o fundo alegou que teria operado a decadência de parte dos créditos tributários, pois no seu entender seria aplicável o art. 150, §4º, do Código Tributário Nacional (prazo decadencial a partir do fato gerador) em vez do art. 173, inciso I, do Código Tributário Nacional (prazo decadencial a partir do primeiro dia do exercício seguinte). Ainda em caráter preliminar, o fundo alegou que não deveria ser responsabilizado pela multa agravada de 150%, pois a suposta fraude teria sido praticada pela Imobiliária. No mérito, o fundo argumentou que a fiscalização teria indevidamente adicionado as vendas canceladas do ano-calendário de 2003 na apuração de IRPJ/CSLL e PIS/COFINS nos anos-calendários de 2004 e 2005, o que seria vedado, seja pela decadência, seja pela isenção da carteira do fundo.⁷⁵⁵

Em 29/10/09, a Imobiliária impugnou o auto de infração. Ela argumentou que não haveria simulação no mútuo concedido ao Sr. Sebastião, afinal, a tributação global da operação teria sido mais gravosa do que a tributação que seria devida por uma pessoa jurídica (infelizmente, esse argumento não é detalhado no acórdão, o que dificulta sua plena compreensão). Ademais, haveria propósito negocial, pois o mútuo teria mantido a integridade do fundo e, além disso, teria beneficiado as partes, tendo a Imobiliária lucrado com os juros do

⁷⁵² *Ibidem*, p. 8.

⁷⁵³ *Ibidem*, p. 8.

⁷⁵⁴ *Ibidem*, pp. 8-9.

⁷⁵⁵ *Ibidem*, p. 9.

empréstimo, e tendo o Sr. Sebastião recebido valores correspondentes à distribuição de rendimentos do fundo. O cotista argumentou que teria operado a decadência até junho de 2004 e a partir de então a Imobiliária teria cancelado as cotas subscritas e não integralizadas.⁷⁵⁶

A 8ª Turma da Delegacia Regional de Julgamento de São Paulo manteve os lançamentos. Preliminarmente, o órgão afastou a alegação de decadência, pois créditos tributários sujeitos a lançamento por homologação, que não tenham sido objeto de qualquer pagamento antecipado ou que tenham sido objeto de fraude, só decairiam após cinco anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que poderiam ter sido lançados, nos termos do art. 173, inciso I, do Código Tributário Nacional.⁷⁵⁷

No mérito, restou configurada a simulação em relação ao mútuo, sem propósito negocial e sem transferência efetiva de numerário, envolvendo vultosa quantia de uma empresa para seu funcionário, com o fito de evitar que o fundo se sujeitasse à tributação aplicável às pessoas jurídicas.⁷⁵⁸

A multa agravada foi mantida contra o fundo, porque a simulação era conhecida e foi aprovada pela assembleia de cotistas do fundo. Na apuração de IRPJ/CSLL e PIS/COFINS, as vendas canceladas não poderiam ser lançadas a débito em conta de receitas para reduzir a base tributável pois, antes disso, as receitas correspondentes às vendas canceladas não teriam sido tributadas. Os valores de IRRF retidos/recolhidos pelo fundo sobre os rendimentos distribuídos aos cotistas não poderiam ser compensados com os créditos tributários lançados contra o fundo, pois tal direito, se existisse, pertenceria aos cotistas beneficiários dos rendimentos. O arbitramento seria possível se os registros contábeis fossem imprestáveis para a apuração dos tributos, o que não teria ocorrido.⁷⁵⁹

Em sede de recurso voluntário, o fundo alegou falsidade das premissas em que se baseou a primeira instância. De acordo com o fundo, o mútuo teria sido celebrado entre a Imobiliária e o Sr. Sebastião, sem qualquer ingerência ou aprovação dos demais cotistas do fundo, razão por que seria falsa a premissa de que todos os cotistas teriam tido conhecimento do mútuo, ou que a assembleia teria decidido a alteração da participação dos cotistas no fundo. Além disso, o fundo reafirmou a preliminar de decadência com base no art. 150, §4º, do Código Tributário Nacional, o que impediria que as vendas realizadas em 2003, uma vez canceladas, fossem adicionadas na apuração de IRPJ/CSLL e PIS/COFINS de 2004 e 2005. Subsidiariamente, se o

⁷⁵⁶ *Ibidem*, p. 11.

⁷⁵⁷ *Ibidem*, pp. 12-14.

⁷⁵⁸ *Ibidem*, pp. 12-14.

⁷⁵⁹ *Ibidem*, pp. 12-14.

fundo estivesse sujeito à tributação aplicável às pessoas jurídicas, deveria ser reconhecida a natureza de dividendos para os rendimentos pagos aos cotistas, de modo que, sendo os dividendos isentos de IRRF, deveria ser reconhecido o direito ao aproveitamento desse crédito tributário.⁷⁶⁰

Em 12/03/14, a 1ª Turma Ordinária da 4ª Câmara da 1ª Seção de Julgamento do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais rejeitou as preliminares e a decadência (por unanimidade de votos) e negou provimento ao recurso (por maioria de votos). Participaram da sessão dos Conselheiros Antônio Bezerra Neto (auditor-fiscal), Alexandre Antônio Alkmim Teixeira (contribuinte), Fernando Luiz Gomes de Mattos (auditor-fiscal), Maurício Pereira Faro (contribuinte), Sérgio Luiz Bezerra Presta (contribuinte) e Jorge Celso Freire da Silva (auditor-fiscal).⁷⁶¹

A preliminar de decadência foi afastada, pois, de acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a falta de pagamento atrairia o art. 173, inciso I, do Código Tributário Nacional, cujo prazo decadencial de cinco anos começaria a contar do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido realizado, a despeito da presença de dolo/fraude ou a natureza do contribuinte de fundo/sociedade.⁷⁶²

No mérito, restou decidido que o mútuo teve como finalidade única manter a participação da Imobiliária abaixo de 25%, a fim de evitar que o fundo passasse a ser tributado como pessoa jurídica, nos termos do art. 2º da Lei n. 9.779/99. Em 18/09/98, o fundo foi constituído e a Imobiliária tinha 60% das cotas e era construtora/incorporadora do empreendimento do fundo. Em 29/12/98, ou seja, três meses depois da constituição do fundo, foi editado o art. 2º da Medida Provisória n. 1.788/98, posteriormente convertido no art. 2º da Lei n. 9.779/99, sujeitando à tributação aplicável às pessoas jurídicas o FII cujo empreendimento tivesse como incorporador, construtor ou sócio um cotista com mais de 25% das cotas. Imediatamente, a Imobiliária passou a transferir periodicamente para o Sr. Sebastião as cotas na medida em que eram integralizadas.⁷⁶³

Vários fatos causaram estranheza ao tribunal. O Sr. Sebastião era funcionário de carreira por 10 anos da Imobiliária, ocupando o cargo de confiança de encarregado de tesouraria, recebendo salário de R\$ 4.118,14, e ainda assim recebendo da Imobiliária vultoso empréstimo, na ordem de R\$ 17.778.250,00. O Sr. Sebastião não tinha qualquer autonomia ou poder de

⁷⁶⁰ *Ibidem*, pp. 15-17.

⁷⁶¹ *Ibidem*, p. 3.

⁷⁶² *Ibidem*, pp. 19-21.

⁷⁶³ *Ibidem*, pp. 23-24.

disposição das cotas mutuadas, o que aparentou ser um mecanismo neutralizador dos efeitos indesejados tipicamente observáveis em operações simuladas. O mútuo venceu em janeiro de 2001, mas o pagamento só passou a ocorrer a partir de fevereiro de 2002, quando coincidentemente houve amortização de cotas e distribuição de rendimentos pelo fundo. Até 15/06/04, a Imobiliária tinha 41% das cotas subscritas e, em virtude do mútuo, 24,999% das cotas integralizadas. As parcelas, as taxas de juros, as multas, dentre outras condições do mútuo eram fixadas unilateralmente pela Imobiliária, revelando grande confiança entre as partes, o que é incomum no mercado em geral. A Imobiliária nunca teve, na prática, a intenção de alienar as cotas. A concatenação lógica dos fatos constituiu indício econômico convergente de que no caso ocorreu simulação, abuso de direito, abuso de forma ou fraude à lei – em todo caso, os efeitos do negócio jurídico não são oponíveis ao fisco.⁷⁶⁴

Foi mantida a responsabilidade solidária da Imobiliária, bem como foi mantida a sujeição passiva do fundo, afinal, todos os cotistas tinham interesse em que o fundo não fosse tributado como pessoa jurídica. O fundo não atendeu à intimação fiscal para prestar informações sobre custos que poderiam gerar créditos na apuração de PIS/COFINS. A sujeição do fundo à tributação aplicável à pessoa jurídica transformaria a distribuição de rendimento tributável à alíquota de 20% de IRRF em distribuição de dividendo isento de IRRF e, por isso, geraria um crédito de IRRF para os cotistas – não para o fundo. As vendas canceladas, por não terem sido antes tributadas, não poderiam ser excluídas.⁷⁶⁵

Em linhas gerais, entende-se que foi acertada a decisão pela manutenção do auto de infração no caso do FII Superquadra. Há uma série de indícios de fraude praticada para encobrir o fato de a Imobiliária ter sido, a um só tempo, cotista relevante do fundo e construtora/incorporadora do empreendimento imobiliário investido pelo fundo. A concatenação dos fatos é um indício contundente de fraude, pois o FII Superquadra foi constituído em setembro de 1998, o art. 2º da Medida Provisória n. 1.788/98 foi publicado em dezembro de 1998, e o contrato de mútuo foi implementado já em dezembro de 1998, tendo sido o alibi do contribuinte para reduzir de 60% para menos de 25% as cotas detidas pela Imobiliária no fundo e, com isso, evitar a tributação do fundo como se fosse pessoa jurídica. A artificialidade do mútuo é outro forte indício de fraude, afinal, não houve fluxo de recursos, o mutuário era funcionário da mutuante, as condições do mútuo foram impostas unilateralmente

⁷⁶⁴ *Ibidem*, pp. 24-27.

⁷⁶⁵ *Ibidem*, pp. 27-31.

pela mutuante e, por fim, a única causa aparente do mútuo teria sido evitar a tributação do fundo.

Em que pesem esses acertos, entende-se que algumas premissas poderiam ter sido refinadas. Por exemplo, considera-se equivocada a premissa da autoridade fiscal de que a expressão “*cotas do fundo*” deveria ser interpretada como “*cotas subscritas*”. Essa premissa, embora tenha corroborado para a manutenção do lançamento no caso do FII Superquadra, poderia noutros casos ser utilizada como um subterfúgio para que outros FII escapassem facilmente da tributação, afinal, alguns cotistas poderiam subscrever sem integralizar as cotas do fundo, a fim de que o cotista que fosse incorporador/construtor do empreendimento tivesse menos de 25% das cotas subscritas.

5.4.2 FII Península – Primeira autuação (IRPJ e CSLL de 2005)

O caso do FII Península foi objeto de quatro autuações, conforme segue:

Precedentes do FII Península		
Autuações	Processo	Acórdãos
IRPJ/CSLL 2005	16327.001752/2010-25	1301-000.994
		9101-006.005
PIS/COFINS 2005	16327.001753/2010-70	3201-001.375
		1302-002.053
		9101-004.580
		1302-001.025
IRPJ/CSLL 2006-2008	16327.720078/2011-62	3402-001.991
		1402-002.320
		9101-004.090
	5014538-74.2021.4.03.6100	N/A
PIS/COFINS 2009-2011	16327.721226/2013-28	3401-003.269
		3401-007.236

A Companhia Brasileira de Distribuição, doravante “CBD”, era controlada pelo grupo Diniz, assim entendido o grupo de empresas controladas pelo Sr. Abílio Diniz e família.⁷⁶⁶ Em 04/05/05, o grupo Diniz cedeu metade da CBD para o grupo Casino, que era o grupo francês controlado pela Casino Guichard Perrachon S/A.⁷⁶⁷ Pelo acordo, o grupo Diniz e o grupo Casino aportariam, em integralização do capital de uma holding denominada Wilkes Participações

⁷⁶⁶ BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, 1ª Seção, 3ª Câmara, 1ª Turma Ordinária, **Acórdão n. 1301.000.994**, Processo n. 16327.001752/2010-25, julgado em 07/08/12, publicado em 10/04/13.

⁷⁶⁷ *Ibidem*, p. 19.

Ltda., as ações da CBD.⁷⁶⁸ Além disso, a CBD seria desmobilizada, ou seja, a CBD transferiria 60 imóveis para o Sr. Abílio Diniz, que ato contínuo alugaria esses imóveis para a CBD.⁷⁶⁹

Em 23/06/05, foi constituído o FII Península e foi publicado o seu primeiro regulamento, cujo objeto era adquirir ou promover a construção de imóveis industriais e comerciais com a finalidade de venda, locação ou arrendamento.⁷⁷⁰ Na primeira emissão de cotas do FII Península, 612 cotas foram integralizadas ao valor de R\$ 612.000,00 por meio da transferência de um imóvel da propriedade do Sr. Abílio Diniz.⁷⁷¹

Em 09/09/05, foi alterado o regulamento do FII Península, passando a ser a compra de imóveis da CBD e locação desses mesmos imóveis para a CBD.⁷⁷² Ato contínuo, a CBD vendeu 60 imóveis pelo valor contábil diretamente para o FII Península, cumprindo o acordo de desmobilização em favor do Sr. Abílio Diniz e família, tendo sido essa venda a prazo para recebimento em 20 anos.⁷⁷³ Em 03/10/15, foram firmados compromissos de adesão a contratos de locação, cujo promitente locador era o Banco Ourinvest S/A na qualidade de administrador do FII Península, e cuja promitente locatária era a CBD.⁷⁷⁴ A locação era prevista por um prazo de 20 anos, renováveis automaticamente por dois períodos sucessivos de 10 anos ao exclusivo critério da promitente locatária.⁷⁷⁵ O Sr. Abílio Diniz era o destinatário de avisos, notificações e demais comunicações à CBD.⁷⁷⁶

Em 13/09/06, ocorreu a segunda emissão de cotas do FII Península, quando a RECO, acrônimo de Reco Máster Empreendimentos e Participações S/A, controlada pelo Sr. Abílio Diniz, integralizou 68.619 cotas por meio da transferência de moeda corrente nacional de R\$ 6.861.900,00 (os acórdãos tratam da integralização das 68.619 cotas por R\$ 6.861.900,00, porém, partindo da premissa de que o valor unitário da cota era R\$ 1.000,00, então 68.619 cotas deveriam corresponder a R\$ 68.619.000,00).⁷⁷⁷ Por fim, a RECO detinha 100% das 69.231 cotas do FII Península. Graficamente, essa sucessão de fatos pode ser assim resumida:

⁷⁶⁸ *Ibidem*, p. 19.

⁷⁶⁹ *Ibidem*, p. 19.

⁷⁷⁰ *Ibidem*, p. 11.

⁷⁷¹ *Ibidem*, p. 11.

⁷⁷² *Ibidem*, p. 11.

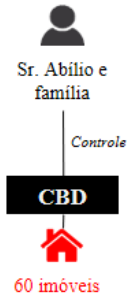
⁷⁷³ *Ibidem*, p. 3.

⁷⁷⁴ *Ibidem*, p. 17.

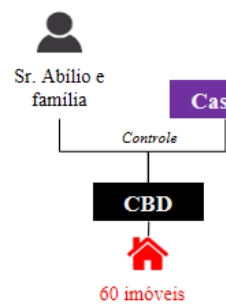
⁷⁷⁵ *Ibidem*, p. 17.

⁷⁷⁶ *Ibidem*, p. 17.

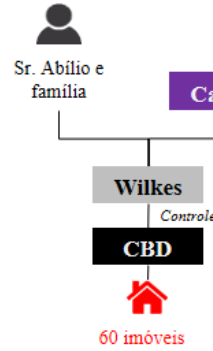
⁷⁷⁷ *Ibidem*, p. 11.



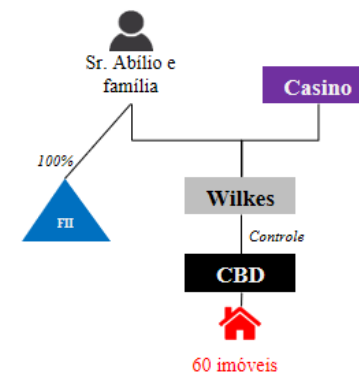
Fase 1: A CBD era controlada pelo grupo Diniz, assim entendido o grupo de empresas controladas pelo Sr. Abílio Diniz e família



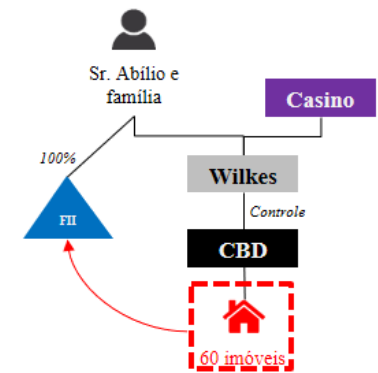
Fase 2: Em 04/05/05, o grupo Diniz cedeu metade da participação na CBD para o grupo Casino, assim entendido o grupo francês controlado pela Casino Guichard Perrachon S/A



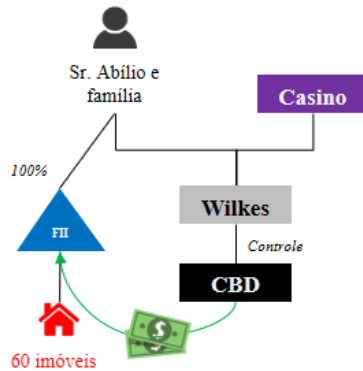
Fase 3: Pelo acordo, o grupo Diniz e o grupo Casino aportaram suas participações na CBD em integralização da Wilkes Participações Ltda



Fase 4: Em 23/06/05, foi constituído o FII Península, detido 100% pelo Sr. Abílio



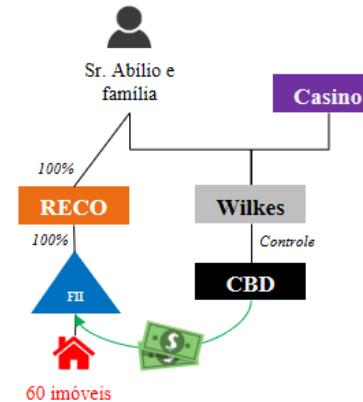
Fase 5: Pelo acordo celebrado entre o grupo Diniz e o grupo Casino, a CBD transferiria 60 imóveis para o Sr. Abílio Diniz. Na prática, porém, essa transferência se deu, diretamente, entre a CBD e o FII detido pelo Sr. Abílio.



Fase 6: Em 2005, os 60 imóveis passaram a ser detidos pelo FII. A CBD passou a pagar aluguel ao FII pelo uso dos 60 imóveis.



Opinião do fisco: O FII foi equiparado às pessoas jurídicas para fins tributários federais. No entender do fisco, para que um FII seja tributado como pessoa jurídica, basta que o cotista relevante do FII pertença ao mesmo grupo econômico do empreendimento imobiliário investido pelo FII, numa interpretação mais alargada do conceito de "sócio" contido no art. 2º da Lei n. 9.779/99



Fase 7: Em 13/09/06, a RECO, controlada pelo Sr. Abílio e família, passou a ser a cotista do FII. A CBD continuou a pagar aluguel ao FII pelo uso dos 60 imóveis.



Opinião do fisco: Pelas mesmas razões, o FII foi novamente equiparado às pessoas jurídicas para fins tributários federais.

Em 28/12/10, o FII Península tomou ciência dos autos de infração de IRPJ e CSLL relativos ao ano-calendário de 2005.⁷⁷⁸

Em 04/07/11, a 10ª Turma da Delegacia Regional de Julgamento de São Paulo manteve os lançamentos por meio do acórdão n. 16-32.414. A ementa dispôs que, se os cotistas de um FII são também sócios do empreendimento imobiliário na figura dos empresários responsáveis pela gestão comum do grupo econômico, conseqüentemente o FII sujeita-se ao art. 2º da Lei n. 9.779/99.⁷⁷⁹ A ementa tratou da responsabilidade solidária das pessoas expressamente designadas por lei e, além disso, da responsabilidade pessoal de mandatários, prepostos, empregados, diretores, gerentes ou representantes das pessoas jurídicas de direito privado pelos créditos tributários resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei.⁷⁸⁰

Em sua defesa, o FII Península arguiu que o auto de infração não teria conseguido comprovar a cumulação de funções exigida pelo art. 2º da Lei n. 9.779/99.⁷⁸¹ O FII Península teria adquirido os 60 imóveis em caráter pleno, inexistindo outro investidor.⁷⁸² Seria um erro a suposição de alienação fiduciária em garantia dos imóveis da CBD para o FII Península, pois na realidade a CBD teria vendido esses imóveis em caráter definitivo e não resolúvel em favor do FII Península.⁷⁸³ O simples fato de a propriedade fiduciária dos imóveis ser atribuída ao Banco Ourinvest S/A, na qualidade de administradora do FII Península, decorreria da falta de personalidade jurídica do FII, não tendo o condão de tornar temporária, condicionada ou resolúvel a venda dos imóveis operada pela CBD em favor do FII Península.⁷⁸⁴ O conceito de “sócio do empreendimento imobiliário, na figura dos empresários responsáveis por gerir o grupo econômico”, supostamente forjado pela 1ª instância para “salvar o trabalho fiscal”, não teria base legal e, ainda que fosse em tese admitido, não poderia ser aplicado ao caso concreto, pois a CBD e a cotista RECO não pertenciam ao mesmo grupo econômico, nem estavam submetidas ao mesmo controle, nem se sujeitavam à mesma estrutura administrativa.⁷⁸⁵ O FII Península jamais havia investido em qualquer empresa, pois investia direta e exclusivamente em imóveis.⁷⁸⁶ O imóvel destinado ao uso próprio do FII Península não poderia ser considerado

⁷⁷⁸ *Ibidem*, p. 4.

⁷⁷⁹ *Ibidem*, pp. 6-7.

⁷⁸⁰ *Ibidem*, pp. 6-7.

⁷⁸¹ *Ibidem*, p. 7.

⁷⁸² *Ibidem*, p. 8.

⁷⁸³ *Ibidem*, p. 8.

⁷⁸⁴ *Ibidem*, pp. 5 e 8.

⁷⁸⁵ *Ibidem*, pp. 8-9.

⁷⁸⁶ *Ibidem*, p. 8.

um empreendimento imobiliário, justamente por não ser destinado para alienação, locação ou arrendamento.⁷⁸⁷

Em 07/08/2012, por meio do acórdão n. 1301-00.994, por maioria de votos, a 1ª Turma Ordinária da 3ª Câmara da 1ª Seção do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais deu provimento parcial ao recurso voluntário do FII Península.⁷⁸⁸ Restou vencido o Conselheiro Alberto Pinto Souza Junior (auditor-fiscal), que dava provimento integral ao recurso.⁷⁸⁹ Restaram parcialmente vencidos os Conselheiros Wilson Fernandes Guimarães (auditor-fiscal) e Paulo Jakson da Silva Lucas (auditor-fiscal), na parte em que negavam a dedutibilidade de PIS e COFINS da base de cálculo de IRPJ e CSLL.⁷⁹⁰ Venceram integralmente os Conselheiros Valmir Sandri (contribuinte), Edwal Casoni de Paula Fernandes Júnior (contribuinte) e Carlos Augusto de Andrade Jenier (contribuinte).⁷⁹¹

De acordo com a ementa, o art. 2º da Lei n. 9.779/99 permitiria tributar o FII como se fosse pessoa jurídica, pois o empreendimento imobiliário seria integralmente explorado pelo único cotista do fundo. Ademais, PIS e COFINS seriam dedutíveis do Lucro Real e da base de cálculo de CSLL. Por fim, o administrador seria responsável pelo cumprimento das obrigações tributárias principais e acessórias do FII, exceto nas hipóteses em que a legislação responsabilizasse a fonte pagadora pela retenção de IRRF sobre rendimentos.⁷⁹²

O termo “sócio” contido no art. 2º da Lei n. 9.779/99 alcançaria não apenas o titular direto de ações ou cotas da sociedade investida pelo FII, mas também quem controla ou influencia a sociedade ou o empreendimento investido pelo FII, seja na qualidade de sócio indireto, seja na qualidade de administrador.⁷⁹³ É dizer, para a tributação do FII como se fosse pessoa jurídica, bastaria ao cotista relevante do FII pertencer ao mesmo grupo econômico do empreendimento imobiliário investido pelo FII, numa interpretação mais alargada do conceito de “sócio”.⁷⁹⁴

Discordando da interpretação sugerida por Alberto Xavier em parecer juntado aos autos, prevaleceu o entendimento de que o art. 2º da Lei n. 9.779/99 não estaria restrito às construções ou incorporações em curso de execução, mas seria aplicável também às aquisições de imóveis

⁷⁸⁷ *Ibidem*, p. 9.

⁷⁸⁸ *Ibidem*, p. 2.

⁷⁸⁹ *Ibidem*, p. 2.

⁷⁹⁰ *Ibidem*, p. 2.

⁷⁹¹ *Ibidem*, p. 2.

⁷⁹² *Ibidem*, p. 1.

⁷⁹³ *Ibidem*, p. 20.

⁷⁹⁴ *Ibidem*, p. 21.

prontos ou já construídos.⁷⁹⁵ Por fim, restou decidido que, ao menos em 2005, o Sr. Abílio Diniz era sócio do empreendimento imobiliário, pois os 60 imóveis foram adquiridos pelo Sr. Abílio Diniz (empreendedor na aquisição de imóveis prontos para a locação) e, depois de transferidos ao FII Península, geraram benefício para o Sr. Abílio Diniz (cotista exclusivo do FII).⁷⁹⁶

Foi admitida a dedução de PIS e COFINS na apuração de IRPJ e CSLL. Prevaleceu o entendimento de que, como os tributos influenciam no resultado do exercício, sua dedutibilidade somente deveria ser desconsiderada quando houvesse previsão na legislação tributária.⁷⁹⁷ Teria havido um tempo em que os tributos só seriam dedutíveis se pagos no exercício financeiro, conforme o art. 50 da Lei n. 4.506/64. Porém, desde 1978 inexistiria vinculação da dedução ao efetivo pagamento, de acordo com o art. 16 do Decreto-lei n. 1.598/77. Ademais, desde 1995, a dedução só seria vedada se os tributos estivessem com a exigibilidade suspensa, nos termos do art. 41, §1º, da Lei n. 8.981/95. No caso, a dedutibilidade de PIS e COFINS da base de cálculo de IRPJ e CSLL seria possível porque não vedada pela legislação tributária e, adicionalmente, o fato de essas contribuições não serem exigíveis enquanto pendente a discussão administrativa não obstaría a dedução.⁷⁹⁸

No entender da autoridade julgadora, o Sr. Abílio Diniz atuou tanto como empreendedor do negócio (adquirente, via FII Península, dos imóveis a serem locados para a CBD) quanto como beneficiário desse empreendimento imobiliário (cotista único do FII). Ainda, a autoridade julgadora entendeu que a relação entre o empreendimento imobiliário (aquisição de imóveis da CBD para locação à própria CBD) e o único cotista do FII Península (Sr. Abílio Diniz) estaria evidenciada no regulamento do FII, que previa que, na hipótese de rescisão de qualquer contrato de locação celebrado com a CBD ou com empresa integrante do seu grupo econômico, o FII deveria amortizar parcialmente suas cotas, com versão aos cotistas do patrimônio representado pelo imóvel objeto do respectivo contrato de locação rescindido.⁷⁹⁹ Prevaleceu o entendimento de que para ser “*sócio do empreendimento imobiliário*” o cotista não precisaria ter participação societária, bastando figurar sozinho ou por meio de grupo sob seu controle como cotista do FII e, ao mesmo tempo, empreendedor da atividade imobiliária.⁸⁰⁰ Entendeu-se que a atividade imobiliária era integralmente empreendida pelo cotista único (100% do negócio e 100% das cotas).

⁷⁹⁵ *Ibidem*, p. 12.

⁷⁹⁶ *Ibidem*, p. 20.

⁷⁹⁷ *Ibidem*, p. 27.

⁷⁹⁸ *Ibidem*, p. 27.

⁷⁹⁹ *Ibidem*, p. 20.

⁸⁰⁰ *Ibidem*, p. 21.

Em 05/04/22, a 1ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais, de forma inédita, deu provimento ao Recurso Especial do contribuinte.⁸⁰¹ O recurso foi conhecido por unanimidade. O mérito foi provido por maioria. Restaram vencidos os Conselheiros Edeli Pereira Bessa (auditora-fiscal), Fernando Brasil de Oliveira Pinto (auditor-fiscal) e Andrea Duek Simantob (auditora-fiscal). Também participaram dessa decisão os Conselheiros Livia de Carli Germano (contribuinte), Luis Henrique Marotti Toselli (contribuinte), Luiz Tadeu Matosinho Machado (auditor-fiscal), Alexandre Evaristo Pinto (contribuinte) e Gustavo Guimarães da Fonseca (contribuinte / suplente).

O Relator Conselheiro Luis Henrique Marotti Toselli observou que estruturas indevidamente formalizadas por meio de FII podem ser desqualificadas sob a capitulação do art. 149, inciso VII, do Código Tributário Nacional, contanto que haja provas de “*dolo, fraude ou simulação*”, “*indevida redução da carga tributária*”, “*eventual prejuízo econômico ao Erário*”, “*desvio de causa jurídica ou interposição fictícia*”, “*falta de propósito comercial*”, “*abuso de direito*” ou “*ausência de substância econômica*”.⁸⁰² No entanto, no caso do FII Península, talvez por certo preconceito, o fisco não demonstrou esses elementos e, equivocadamente, tentou equiparar o fundo à pessoa jurídica com base no art. 2º da Lei n. 9.779/99.⁸⁰³

O Relator verificou que o art. 2º da Lei n. 9.779/99 vinha sendo aplicado a um caso em que um cotista com mais de 25% das cotas do fundo (Sr. Abílio Diniz) era sócio indireto (sócio da Wilkes, por sua vez sócia da CBD, ao seu turno locatária dos imóveis do fundo) de um empreendimento imobiliário investido pelo fundo (imóveis adquiridos prontos para locação).⁸⁰⁴ No entanto, o Relator discordou desse entendimento que vinha prevalecendo. Para o Relator, o art. 2º da Lei n. 9.779/99 só poderia ser aplicado se o cotista com mais de 25% das cotas do fundo (Sr. Abílio Diniz em 2005; RECO a partir de 2006) fosse ao mesmo tempo coproprietário dos imóveis.⁸⁰⁵ Como, no caso, a totalidade dos imóveis já estava incorporada ao patrimônio do FII Península, seria descabida a desqualificação do fundo.⁸⁰⁶ Ademais, o Relator observou que, relativamente aos imóveis, o fundo não teria feito sociedade nem com a CBD nem com qualquer membro do grupo Diniz.⁸⁰⁷ Em outras palavras, a CBD alienou integralmente os

⁸⁰¹ BRASIL. Câmara Superior de Recursos Fiscais, 1ª Turma, **Acórdão n. 9101-006.005**, Processo n. 16327.001752/2010-25, julgado em 05/04/22.

⁸⁰² *Ibidem*, pp. 14 e 16.

⁸⁰³ *Ibidem*, pp. 14 e 16.

⁸⁰⁴ *Ibidem*, p. 24.

⁸⁰⁵ *Ibidem*, p. 27.

⁸⁰⁶ *Ibidem*, p. 28.

⁸⁰⁷ *Ibidem*, p. 28.

imóveis para o fundo, não tendo mantido consigo qualquer direito sobre os imóveis.⁸⁰⁸ No seu entender, seria irrelevante que o Sr. Abílio Diniz tivesse participação indireta na CBD (mediado pela Wilkes) e no FII Península (mediado pela RECO), pois o art. 2º da Lei n. 9.779/99 não prevê a hipótese do sócio indireto do empreendimento.⁸⁰⁹

O Conselheiro Luiz Tadeu Matosinho Machado declarou seu voto.⁸¹⁰ De um lado, o Conselheiro entendeu que a aquisição de imóveis prontos para locação configuraria um empreendimento imobiliário do FII Península, afinal, o negócio jurídico da alienação dos imóveis já teria nascido sob a condição de locação dos mesmos imóveis para a alienante CBD, a fim de gerar futuras receitas de aluguéis.⁸¹¹ De outro lado, o Conselheiro concluiu ser impossível vislumbrar a CBD como sócia do empreendimento imobiliário pelo simples fato de ter vendido os imóveis e permanecido na sua posse mediante a locação, pois faltaria à CBD o requisito de ser cotista do FII Península.⁸¹² De igual modo, seria irrelevante o fato de o Sr. Abílio Diniz ter 100% das cotas do fundo, pois não teria sido comprovada sua condição de sócio do empreendimento imobiliário.⁸¹³

A Conselheira Edeli Pereira Bessa também declarou seu voto.⁸¹⁴ Divergindo do Relator, a Conselheira votou para que fosse negado provimento ao recurso do contribuinte, por entender que a CBD integraria o empreendimento imobiliário investido pelo FII Península porque não haveria como desvencilhar um do outro.⁸¹⁵ Ou seja, o fundo não poderia nem adquirir imóveis de terceiros nem locar os imóveis para terceiros, que não os integrantes do grupo econômico da CBD.⁸¹⁶ Se o empreendimento imobiliário não pode sobreviver sem a participação da CBD, não haveria como negar o fato de que a CBD seria sócia do empreendimento.⁸¹⁷

O desfecho desta primeira autuação do FII Península comporta críticas e elogios. A primeira crítica diz respeito à demora do contencioso administrativo tributário. Como visto, a discussão já dura mais de uma década, fazendo com que a indefinição sobre a manutenção, a reforma ou o cancelamento do auto de infração de IRPJ e CSLL relativo ao ano-calendário de

⁸⁰⁸ *Ibidem*, p. 28.

⁸⁰⁹ *Ibidem*, p. 29.

⁸¹⁰ *Ibidem*, pp. 30-39.

⁸¹¹ *Ibidem*, p. 34.

⁸¹² *Ibidem*, p. 37.

⁸¹³ *Ibidem*, p. 39.

⁸¹⁴ *Ibidem*, pp. 39-46.

⁸¹⁵ *Ibidem*, p. 44.

⁸¹⁶ *Ibidem*, p. 44.

⁸¹⁷ *Ibidem*, p. 44.

2005 *onere* o FII Península e *represente risco* aos demais FII por período de tempo bastante longo, sem que sequer tenha ingressado na esfera judicial.

A segunda crítica volta-se aos preços de venda e de locação dos imóveis. De acordo com o relatório, a CBD teria vendido 60 imóveis diretamente para o FII Península pelo valor contábil a ser pago durante 20 anos e, concomitantemente, o FII Península teria locado esses 60 imóveis para a CBD pelo prazo de 20 anos. A autoridade fiscal poderia ter questionado esses preços – afinal, embora sejam admitidas a *redução de capital* e a *integralização de capital* por meio da transferência de imóveis avaliados pelo valor contábil, vê-se alguma artificialidade na *venda* de imóveis avaliados pelo valor contábil. Além disso, a autoridade fiscal poderia ter verificado se a diferença positiva entre o valor de mercado e o valor contábil desses imóveis, em vez de ter sido computada como ganho de capital da CBD, teria sido abatida do preço de locação dos 60 imóveis devido pela CBD ao FII Península.

Em paralelo às críticas, as decisões merecem elogios. O conceito de *empreendimento imobiliário* foi corretamente considerado extensivo aos imóveis prontos para locação, não tendo sido restringido aos imóveis em construção ou incorporação, nisso divergindo do parecer apresentado nos autos por Alberto Xavier e convergindo com a definição vigente à época dos fatos (art. 2º da Instrução CVM n. 205/94) e com a definição positivada depois dos fatos (art. 45, inciso I, da Instrução CVM n. 472/08).

A noção de *propriedade fiduciária* foi adequadamente compreendida como propriedade plena, definitiva e não resolúvel, que jamais poderia ser confundida com a *propriedade fiduciária em garantia de bens móveis ou imóveis* (arts. 1.361 a 1.368 do Código Civil de 2002) ou com a *alienação fiduciária de coisa imóvel* (art. 1.368-B do Código Civil de 2002 e Lei n. 9.514/97), o que afastaria qualquer pretensão de considerar a CBD como proprietária de fração ideal dos imóveis vendidos ao FII Península e registrados como propriedade fiduciária da administradora Banco Ourinvest S/A.

O termo *sócio* vinha sendo alargado para contemplar o *empresário responsável por gerir o grupo econômico*, o que evidentemente excedia a noção literal de *titular direto de ações ou cotas da sociedade investida pelo FII*. Para que no caso fosse aplicável o art. 2º da Lei n. 9.779/99, o Sr. Abílio Diniz deveria ser sócio de uma sociedade investida pelo FII Península. Não tendo sido cumprida essa condição, não poderia o FII ser equiparado a uma pessoa jurídica para fins tributários federais. Por isso, entende-se que a CSRF acertou ao rever essa parte da decisão do CARF.

5.4.3 FII Península – Segunda autuação (PIS e COFINS de 2005)

Em 28/10/10, o FII Península tomou ciência dos autos de infração de PIS e COFINS fundamentados na equiparação do fundo às pessoas jurídicas.⁸¹⁸ Para o fisco, em qualquer das composições de cotistas que constituíram o FII Península – dois sócios cotistas ou sociedade unipessoal –, haveria uma característica comum: os cotistas seriam do mesmo grupo econômico da empresa CBD. Logo, os cotistas seriam também sócios do empreendimento imobiliário, na figura dos empresários responsáveis pela gestão comum do grupo econômico.⁸¹⁹

Em 11/08/11, o FII Península foi cientificado do acórdão n. 16-32.415 da 10ª Turma da Delegacia Regional de Julgamento de São Paulo. Em preliminar de decadência, PIS e COFINS são tributos sujeitos ao lançamento por homologação, de modo que, havendo dolo, fraude ou simulação, seria aplicável o art. 173, inciso I, do Código Tributário Nacional.⁸²⁰ O regime da não cumulatividade permitiria o desconto de créditos a título de depreciação de edificações e benfeitorias em imóveis próprios e de terceiros, utilizados nas atividades da empresa, desde que fossem documentadas e comprovadas as condições do crédito.⁸²¹ No mérito, se os cotistas de um FII fossem empresários responsáveis pela gestão comum do grupo econômico do empreendimento imobiliário, o FII seria equiparável às pessoas jurídicas, nos termos do art. 2º da Lei n. 9.779/99.⁸²²

Em 05/09/11, em sua defesa, o FII Península arguiu que o auto de infração não teria conseguido comprovar a cumulação de funções exigida pelo art. 2º da Lei n. 9.779/99.⁸²³

Em 23/07/13, por meio do acórdão n. 3201-001.375, por unanimidade de votos, a 1ª Turma da 2ª Câmara da 3ª Seção declinou sua competência para o julgamento do recurso voluntário do FII Península, porque os fatos cuja apuração serviram para configurar a suposta prática de infração à legislação de PIS e COFINS também serviram para configurar a prática de infração à legislação de IRPJ.⁸²⁴ A competência para esse julgamento seria, pois, da 1ª Seção.

Em 16/02/17, por meio do acórdão n. 1302-002.053, por maioria de votos, a 2ª Turma Ordinária da 3ª Câmara da 1ª Seção do CARF deu provimento ao recurso voluntário do FII

⁸¹⁸ BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, 3ª Seção, 2ª Câmara, 1ª Turma, **Acórdão n. 3201-001.375**, Processo n. 16327.001753/2010-70, julgado em 23/07/13.

⁸¹⁹ *Ibidem*, p. 7.

⁸²⁰ *Ibidem*, p. 2.

⁸²¹ *Ibidem*, p. 3.

⁸²² *Ibidem*, p. 3.

⁸²³ *Ibidem*, p. 6.

⁸²⁴ *Ibidem*, p. 1.

Península.⁸²⁵ Restou vencida a Conselheira Ana de Barros Fernandes Wipprich (auditora-fiscal). Foram vencedores os Conselheiros Luiz Tadeu Matosinho Machado (auditor-fiscal), Alberto Pinto Souza Júnior (auditor-fiscal), Marcos Antônio Nepomuceno Feitosa (contribuinte), Rogério Aparecido Gil (contribuinte) e Talita Pimenta Félix (contribuinte).⁸²⁶

O Conselheiro Alberto Pinto Souza Junior, em seu voto vencedor, verificou que, indubitavelmente, os contratos celebrados entre o Banco Ourinvest S/A e a CBD não eram alienações fiduciárias em garantia, mas verdadeiras operações de compra e venda de imóveis em caráter fiduciário, por meio das quais o Banco Ourinvest S/A passava a deter a propriedade fiduciária dos bens, podendo administrar e dispor dos imóveis conforme o regulamento.⁸²⁷ Além disso, o art. 2º da Lei n. 9.779/99 seria uma norma antielisiva específica, cujo caráter excepcional exigiria uma interpretação estrita.⁸²⁸

A situação visada pelo legislador teria sido a incorporação (isto é, destinação do terreno à propriedade comum de unidades autônomas destinadas à venda antes de concluída a obra) e a construção (edificação das unidades autônomas), de modo que o termo “*sócio*” deveria ser entendido como “*sócio do incorporador*” ou “*sócio do construtor*”. Em outras palavras, o legislador, ao editar a norma antielisiva específica do art. 2º da Lei n. 9.779/99, teria pretendido evitar que alguém que se dedicasse a incorporar ou construir constituísse um FII apenas para se valer do regime tributário benéfico.⁸²⁹

Subsidiariamente, ainda que o termo “*sócio*” designasse “*sócio do empreendimento imobiliário*”, a norma não teria o condão de alcançar imóveis (que no máximo têm coproprietários), mas sociedades (cujas cotas ou ações são detidas por sócios).⁸³⁰ Ainda assim, a norma seria inaplicável porque o FII teria aplicado recursos na aquisição de imóveis da CBD, não para adquirir cotas ou ações da CBD.⁸³¹ Por fim, “*empreendimento imobiliário*” seria a atividade de produção ou circulação de imóveis, não se confundindo com a simples aquisição de massa patrimonial ou ativo imobilizado, nem autorizando que se considerasse o vendedor dos imóveis como sócio do empreendimento imobiliário.⁸³²

⁸²⁵ BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, 1ª Seção, 3ª Câmara, 2ª Turma, **Acórdão n. 1302-002.053**, Processo n. 16327.001753/2010-70, julgado em 16/02/17.

⁸²⁶ *Ibidem*, p. 2.

⁸²⁷ *Ibidem*, p. 19.

⁸²⁸ *Ibidem*, p. 20.

⁸²⁹ *Ibidem*, p. 20.

⁸³⁰ *Ibidem*, p. 21.

⁸³¹ *Ibidem*, p. 21.

⁸³² *Ibidem*, p. 21.

A Conselheira Ana de Barros Fernandes Wipprich, em declaração de voto, assentou que as normas antielisivas não deveriam ser interpretadas literalmente por não estarem previstas dentre as hipóteses taxativas do art. 111 do Código Tributário Nacional, devendo ser interpretadas conforme o art. 108 do mesmo diploma – isto é, na ausência de disposição expressa, a autoridade competente para aplicar a legislação tributária pode utilizar os princípios gerais do Direito Tributário e os princípios do Direito Público.⁸³³ A seu ver, o art. 2º da Lei n. 9.779/99 seria aplicável porque o grupo Diniz, ou o próprio Sr. Abílio Diniz, teria ultrapassado o percentual de 25% em ambos os lados – o lado do FII e o lado do empreendimento imobiliário.⁸³⁴ O fato de o grupo Casino participar da CBD e o fato de que uma pessoa jurídica denominada RECO ter sido interposta em 2006 não afastariam a aplicação do art. 2º da Lei n. 9.779/99, pois o percentual devido pelo grupo Diniz continuaria sendo superior a 25%.⁸³⁵

Embora o sujeito passivo tenha solicitado que a impugnação aos lançamentos de PIS e COFINS fosse julgada juntamente com a impugnação aos lançamentos de IRPJ e CSLL, prevaleceu o entendimento de que as exigências de PIS e COFINS seriam de natureza autônoma.⁸³⁶

Em 04/12/19, por meio do acórdão n. 9101-004.580, por maioria de votos, a 1ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais deu provimento ao recurso da Fazenda Nacional, ordenando o retorno dos autos ao colegiado de origem, para apreciação de remanescentes questões do recuso voluntário.⁸³⁷ Restaram vencidas as Conselheiras Livia de Carli Germano (contribuinte) e Amélia Wakako Morishita Yamamoto (contribuinte). Venceram os Conselheiros André Mendes de Moura (auditor-fiscal), Cristiane Silva Costa (contribuinte), Edeli Pereira Bessa (auditora-fiscal), Demetrius Nichele Macei (contribuinte), Viviane Vidal Wagner (auditora-fiscal) e Andrea Duek Simantob (auditora-fiscal).⁸³⁸

O Conselheiro Demetrius Nichele Macei, em seu voto vencedor, decidiu que os autos deveriam retornar à turma ordinária, pois em relação aos anos de 2006 a 2008 haviam sido lavrados outros autos de infração contra o FII Península, pelas mesmas razões de fato e de direito, tendo sido mantidos pela Câmara Superior de Recursos Fiscais em sede de outro processo julgado havia poucos meses.⁸³⁹

⁸³³ *Ibidem*, p. 22.

⁸³⁴ *Ibidem*, p. 23.

⁸³⁵ *Ibidem*, p. 28.

⁸³⁶ *Ibidem*, p. 14.

⁸³⁷ BRASIL. Câmara Superior de Recursos Fiscais, 1ª Turma, **Acórdão n. 9101-004.580**, Processo n. 16327.001753/2010-70, julgado em 04/12/19.

⁸³⁸ *Ibidem*, p. 2.

⁸³⁹ *Ibidem*, p. 9.

A Conselheira Livia de Carli Germano, em declaração de voto, referiu ao art. 2º da Lei n. 9.779/99 como regra específica antielisiva, destinada à prevenção e ao combate de situações de elusão fiscal, assim entendido o planejamento tributário ilegítimo.⁸⁴⁰ Caberia ao intérprete, exclusivamente, aplicar a norma, estritamente nos termos em que editada.⁸⁴¹ A norma antielisiva específica não poderia ser interpretada de forma a abranger outras hipóteses além das previstas pelo legislador.⁸⁴² O termo “*sócio*” diria respeito àquele que detém *diretamente* participação societária – inclusive, a legislação brasileira não prevê a figura do *sócio indireto*, mas apenas *controlador indireto*, inaplicável porque o enunciado não trata de *controlador*.⁸⁴³ O termo “*empreendimento imobiliário*” designaria a atividade de explorar a propriedade imobiliária e os direitos a ela relativos, visando ao lucro, razão por que não haveria um empreendimento imobiliário quando uma empresa vende e aluga imóveis para uso em sua atividade de supermercados e hipermercados.⁸⁴⁴ O art. 2º da Lei n. 9.779/99 não poderia ser aplicado em situações exceto as expressamente previstas, sob pena de inovação legislativa.⁸⁴⁵ Se a autoridade tributária identificou algum abuso por parte do contribuinte, caberia a ela capitular a prática não na norma específica antielisiva do art. 2º da Lei n. 9.779/99, mas na norma geral que permite desqualificar os negócios jurídicos nos casos de dolo, fraude ou simulação conforme o art. 149, inciso VII, do Código Tributário Nacional.⁸⁴⁶

Em 08/06/21, o FII Península ajuizou procedimento comum em face da União Federal, com o objetivo de suspender a exigibilidade dos créditos tributários de PIS e COFINS, relativos aos anos de 2006 a 2008.⁸⁴⁷

Em 15/09/21, a 2ª Turma da 3ª Câmara da 1ª Seção do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, por unanimidade, por meio do acórdão n. 1302-001.025, converteu o julgamento em diligência, a fim de quantificar os créditos de PIS/COFINS.⁸⁴⁸

Entende-se que essa autuação de PIS e COFINS relativa ao ano-calendário de 2005 deveria ser cancelada pelas mesmas razões que justificaram o cancelamento da autuação de IRPJ e CSLL de igual período. Em outras palavras, se o art. 2º da Lei n. 9.779/99 não se aplica

⁸⁴⁰ *Ibidem*, p. 15.

⁸⁴¹ *Ibidem*, p. 15.

⁸⁴² *Ibidem*, p. 15.

⁸⁴³ *Ibidem*, p. 15.

⁸⁴⁴ *Ibidem*, p. 15.

⁸⁴⁵ *Ibidem*, p. 15.

⁸⁴⁶ *Ibidem*, p. 16.

⁸⁴⁷ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região, 13ª Vara Cível Federal de São Paulo, **Processo n. 5014538-74.2021.4.03.6100**, distribuído em 08/06/21.

⁸⁴⁸ BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, 1ª Seção, 3ª Câmara, 2ª Turma, **Acórdão n. 1302-001.025**, Processo n. 16327.001753/2010-70, julgado em 15/09/21.

porque em 2005 o Sr. Abílio Diniz não era incorporador, construtor ou sócio do empreendimento imobiliário investido pelo FII Península, então deve-se cancelar tanto os lançamentos de IRPJ e CSLL quanto os de PIS e COFINS.

5.4.4 FII Península – Terceira autuação (IRPJ e CSLL de 2006 a 2008)

Em 07/02/11, foi lavrado auto de infração contra o FII Península e o Banco Ourinvest S/A sobre IRPJ e CSLL supostamente devidos em 2006, 2007 e 2008.⁸⁴⁹

Em 04/07/11, a 10ª Turma da Delegacia Regional de Julgamento de São Paulo reputou improcedente a impugnação, nos termos do acórdão n. 16-32416.⁸⁵⁰ Restou decidido que o art. 2º da Lei n. 9.779/99 seria aplicável quando os cotistas do FII são também sócios do empreendimento imobiliário na figura de empresários responsáveis pela gestão comum do grupo econômico.⁸⁵¹

Em 12/08/11, o FII Península e o Banco Ourinvest S/A apresentaram recurso voluntário. Os argumentos de defesa foram repisados.

Em 30/01/12, por meio do acórdão n. 3402-001.991, a 2ª Turma Ordinária da 4ª Câmara da 3ª Seção do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, por unanimidade de votos, acordou não conhecer o recurso, declinando a competência para a 1ª Seção, pois os fatos jurídicos que serviram para a apuração de PIS e COFINS eram conexos aos fatos que configuraram a prática de infração à legislação de IRPJ sob apreciação da 1ª Seção.

Em 04/10/16, por meio do acórdão n. 1402-002.320, a 2ª Turma Ordinária da 4ª Câmara da 1ª Seção do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, por maioria de votos, negou provimento ao recurso voluntário do FII Península.⁸⁵² Restaram vencidos os Conselheiros Caio Cesar Nader Quintella (contribuinte), Lucas Bevilacqua Cabianca Vieira (contribuinte) e Demetrius Nichele Macei (contribuinte).⁸⁵³ Venceram os Conselheiros Fernando Brasil de Oliveira Pinto (auditor-fiscal), Leonardo de Andrade Couto (auditor-fiscal), Leonardo Luís

⁸⁴⁹ BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, 3ª Seção, 4ª Câmara, 2ª Turma, **Acórdão n. 3402-001.991**, Processo n. 16327.720078/2011-62, julgado em 30/01/12.

⁸⁵⁰ *Ibidem*, p. 5.

⁸⁵¹ *Ibidem*, p. 5.

⁸⁵² BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, 1ª Seção, 4ª Câmara, 2ª Turma, **Acórdão n. 1402-002.320**, Processo n. 16327.720078/2011-62, julgado em 04/10/16.

⁸⁵³ *Ibidem*, p. 2.

Pagano Gonçalves (contribuinte), Luís Augusto de Souza Gonçalves (auditor-fiscal) e Paulo Mateus Ciccone (auditor-fiscal).⁸⁵⁴

O Conselheiro Fernando Brasil de Oliveira, em seu voto, afastou supostos vícios da decisão recorrida. No seu entender, não haveria erro de direito na menção que o auto de infração fez à alienação fiduciária em garantia, pois ao mencionar que “*os imóveis ainda seriam de propriedade da CBD*” a fiscalização teria somente constatado a existência de vínculo entre a CBD e o FII.⁸⁵⁵ Também não teria havido erro de fato do fiscal ao afirmar que a CBD e a RECO pertenceriam ao mesmo grupo econômico, estariam sujeitas ao mesmo controle e possuiriam a mesma estrutura administrativa, uma vez que isso seria matéria ligada ao mérito.⁸⁵⁶ De igual modo, inexistiria vício lógico na assertiva de que a CBD era sócia do empreendimento imobiliário investido pelo FII, pois isso seria matéria ligada ao mérito.⁸⁵⁷ Por fim, não teria havido modificação do fundamento da autuação, pois esses argumentos teriam sido explorados tanto no auto de infração quanto na decisão recorrida.⁸⁵⁸

No mérito, discordando do recorrente, o Conselheiro Fernando Brasil de Oliveira entendeu que o art. 2º da Lei n. 9.779/99 seria aplicável ao FII Península. A seu ver, embora a RECO não fosse incorporadora ou construtora do empreendimento imobiliário (afinal, os imóveis estavam prontos), a RECO seria sócio do empreendimento imobiliário (isto é, embora 100% dos imóveis fossem do FII Península, o termo “*sócio*” seria indefinido na lei, comportando inúmeras interpretações, desde sócio participante de SCP, passando por coproprietário dos imóveis, até o interessado no empreendimento imobiliário).⁸⁵⁹

Para o Conselheiro, se comprovado que o Sr. Abílio Diniz controlava a CBD, restaria evidente que ele teria atuado tanto como beneficiário desse empreendimento imobiliário (cotista relevante do FII Península por intermédio da RECO) quanto como empreendedor (aquisição de imóveis prontos para locação).⁸⁶⁰ A recorrente alegou que desde 2005 o controle da CBD seria do grupo Casino (76%) e não seria do Sr. Abílio Diniz (24%) e, além disso, desde 26/11/06 o acordo de acionistas celebrado entre o grupo Diniz e o grupo Casino teria impedido o Sr. Abílio Diniz de votar sobre operações entre o grupo CBD e o grupo Diniz em assembleia geral ou reunião de conselho de administração da SPE Wilkes ou da CBD.⁸⁶¹ Entretanto, no entender do

⁸⁵⁴ *Ibidem*, p. 2.

⁸⁵⁵ *Ibidem*, p. 9.

⁸⁵⁶ *Ibidem*, p. 9.

⁸⁵⁷ *Ibidem*, p. 9.

⁸⁵⁸ *Ibidem*, p. 9.

⁸⁵⁹ *Ibidem*, p. 14.

⁸⁶⁰ *Ibidem*, p. 14.

⁸⁶¹ *Ibidem*, pp. 15-17.

Conselheiro, o Sr. Abílio Diniz teria mantido o poder de administração da CBD, tanto que até 21/06/12 o presidente do conselho de administração da CBD seria o Sr. Abílio Diniz, ou seus herdeiros, ou pessoa por ele nomeada. Matérias jornalísticas corroborariam a afirmação de que só em 2012 o controle teria sido assumido pelo grupo Casino e só em 2013 teria sido aprovada a saída do Sr. Abílio Diniz do capital da CBD.⁸⁶²

Acerca da responsabilidade solidária do Banco Ourinvest S/A, o Conselheiro Fernando Brasil de Oliveira concluiu que seria aplicável o art. 4º da Lei n. 9.779/99 juntamente com o art. 124, inciso II, do Código Tributário Nacional, sendo a administradora responsável solidária pelos débitos tributários do FII Península.⁸⁶³ No seu entender, ao permitir que um sócio do empreendimento imobiliário detivesse mais de 25% das cotas do FII Península, o Banco Ourinvest S/A teria tido uma atuação irregular, o que afastaria o art. 134 do Código Tributário Nacional e atrairia o art. 124, inciso II, do mesmo diploma.⁸⁶⁴

Em 09/04/19, a 1ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais, por maioria de votos, negou provimento ao recurso especial do FII Península.⁸⁶⁵ Restaram vencidos os Conselheiros Luis Fabiano Alves Penteadó (contribuinte) e Livia de Carli Germano (contribuinte). Venceram os Conselheiros André Mendes de Moura (auditor-fiscal), Cristiane Silva Costa (contribuinte), Rafael Vidal de Araújo (auditor-fiscal), Demetrius Nichele Macei (contribuinte), Viviane Vidal Wagner (auditora-fiscal) e Adriana Gomes Rêgo (auditora-fiscal).⁸⁶⁶

A Conselheira Cristiane Silva Costa, em seu voto, entendeu que o art. 2º da Lei n. 9.779/99 não seria restrito ao incorporador, construtor ou sócio do empreendimento imobiliário, mas abrangeria o controle indireto da família Diniz sobre o empreendimento imobiliário consistente na locação de imóveis do FII Península para a CBD.⁸⁶⁷

Vale recordar que o cotista exclusivo do FII Península não foi sempre o mesmo, pois em 2005 era o Sr. Abílio Diniz, e de 2006 em diante passou a ser a RECO. Embora os fatos tenham sido alterados, entende-se que a conclusão deve ser uma só: o FII Península não se sujeita ao art. 2º da Lei n. 9.779/99. De 2006 em diante, para que fosse aplicável o art. 2º da Lei n. 9.779/99, a RECO deveria ser incorporadora, construtora ou sócia dos 60 imóveis detidos pelo FII. No entanto, a RECO não foi incorporadora ou construtora porque os imóveis já

⁸⁶² *Ibidem*, pp. 16-18.

⁸⁶³ *Ibidem*, p. 19.

⁸⁶⁴ *Ibidem*, p. 21.

⁸⁶⁵ BRASIL. Câmara Superior de Recursos Fiscais, 1ª Turma, **Acórdão n. 9101-004.090**, Processo n. 16327.720078/2011-62, julgado em 09/04/19.

⁸⁶⁶ *Ibidem*, p. 2.

⁸⁶⁷ *Ibidem*, p. 8.

estavam prontos quando foram adquiridos pelo FII, e ela também não foi sócia porque os 60 imóveis não eram detidos por uma empresa investida conjuntamente pela RECO e pelo FII. Portanto, a RECO cumpria o critério objetivo de deter mais de 25% das cotas do FII Península, mas descumpria o critério subjetivo de ser incorporadora, construtora ou sócia dos 60 imóveis detidos pelo FII Península.

5.4.5 FII Península – Quarta autuação (PIS e COFINS de 2009 a 2011)

Foi lavrado auto de infração contra o FII Península e o Banco Ourinvest S/A sobre PIS e COFINS de 2009, 2010 e 2011.⁸⁶⁸

Em 05/06/16, a 17ª Turma da Delegacia Regional de Julgamento do Rio de Janeiro manteve o auto de infração por meio do acórdão n. 12-066.106.⁸⁶⁹ O entendimento prevalecente foi o de que a locatária CBD “fazia parte”, “integrava”, “era causa determinante”, “era imprescindível”, “era condição sine qua non” do empreendimento imobiliário do FII Península, tal que os contratos de venda/compra e locação faziam parte de uma única operação econômica.⁸⁷⁰ Ademais, foi assentado que a figura do “sócio” era completamente atípica aos empreendimentos imobiliários, não fazendo sentido sua utilização restrita, sob pena de desvirtuamento do real propósito da lei.⁸⁷¹

Em 29/09/16, por meio do acórdão n. 3401-003.269, a 1ª Turma Ordinária da 3ª Seção do CARF, por maioria de votos, não conheceu o recurso e declinou a competência para a 1ª Seção do CARF.⁸⁷² Restou vencido o Conselheiro Eloy Eros da Silva Nogueira (contribuinte). Venceram os Conselheiros Robson José Bayerl (auditor-fiscal), Rosaldo Trevisan (auditor-fiscal), Augusto Fiel Jorge d’Oliveira (contribuinte), Fenelon Moscoso de Almeida (auditor-fiscal), Rodolfo Tsuboi (contribuinte), Leonardo Ogassawara de Araújo Branco (contribuinte).⁸⁷³

Em 28/01/20, por meio do acórdão n. 3401-007.236, a 1ª Turma Ordinária da 4ª Câmara da 3ª Seção de Julgamento do CARF, por maioria de votos, negou provimento ao recurso do

⁸⁶⁸ BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, 3ª Seção, 4ª Câmara, 1ª Turma, **Acórdão n. 3401-003.269**, Processo n. 16327.721226/2013-28, julgado em 29/09/16.

⁸⁶⁹ *Ibidem*, p. 6.

⁸⁷⁰ *Ibidem*, p. 10.

⁸⁷¹ *Ibidem*, p. 11.

⁸⁷² *Ibidem*, p. 2.

⁸⁷³ *Ibidem*, p. 2.

FII Península.⁸⁷⁴ Restaram vencidos os Conselheiros Leonardo Ogassawara de Araújo Branco (contribuinte), Fernanda Vieira Kotzias (contribuinte) e João Paulo Mendes Neto (contribuinte).⁸⁷⁵ Venceram os Conselheiros Carlos Henrique de Seixas Pantarolli (auditor-fiscal), Mara Cristina Sifuentes (auditora-fiscal), Oswaldo Gonçalves de Castro Neto (contribuinte), Lázaro Antônio Souza Soares (auditor-fiscal) e Larissa Nunes Girard (auditora-fiscal).⁸⁷⁶

O Conselheiro Carlos Henrique de Seixas Pantarolli votou no sentido de que o art. 2º da Lei n. 9.779/99 não poderia ser interpretado de maneira formalista e restritiva, sob pena de não cumprir o desiderato do legislador, qual seja, coibir o uso do FII como mero meio de obter economia de tributos, em prejuízo da concorrência.⁸⁷⁷ Pesou contra o contribuinte o fato de que os 60 imóveis foram adquiridos da CBD e locados exclusivamente para a CBD.⁸⁷⁸ Embora em polos opostos da relação obrigacional, a CBD e a RECO possuiriam interesses negociais comuns no empreendimento imobiliário e, além disso, estariam indiretamente sob o mesmo controle societário.⁸⁷⁹ A CBD, antes proprietária dos imóveis, teria passado à condição de locatária incorrendo em despesas de aluguéis que teriam reduzido o resultado tributável.⁸⁸⁰ Ao seu turno, o FII Península passou a auferir as receitas de aluguéis com isenção.⁸⁸¹ O Conselheiro confirmou a responsabilidade solidária do Banco Ourinvest S/A, com fulcro no art. 4º da Lei n. 9.779/99 e do art. 124, inciso II, do Código Tributário Nacional.⁸⁸²

O Conselheiro Oswaldo Gonçalves de Castro Neto acompanhou o resultado, mas divergiu nas premissas. No seu entender, a RECO seria sócia do empreendimento imobiliário, pois teria aportado capital para a aquisição de patrimônio pelo FII Península e, dali em diante, teria recebido valores de aluguéis dos imóveis.⁸⁸³

O Conselheiro Leonardo Ogassawara de Araújo Branco divergiu do resultado e das premissas jurídicas. A seu ver, o art. 2º da Lei n. 9.779/99 seria uma regra especial antielisiva, cuja aplicação seria restrita às especialíssimas hipóteses em que o cotista relevante seja

⁸⁷⁴ BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, 3ª Seção, 4ª Câmara, 1ª Turma, **Acórdão n. 3401-007.236**, Processo n. 16327.721226/2013-28, julgado em 28/01/20.

⁸⁷⁵ *Ibidem*, p. 2.

⁸⁷⁶ *Ibidem*, p. 2.

⁸⁷⁷ *Ibidem*, p. 13.

⁸⁷⁸ *Ibidem*, p. 14.

⁸⁷⁹ *Ibidem*, p. 15.

⁸⁸⁰ *Ibidem*, p. 16.

⁸⁸¹ *Ibidem*, p. 16.

⁸⁸² *Ibidem*, pp. 18-20.

⁸⁸³ *Ibidem*, pp. 24-25.

incorporador, construtor ou sócio do empreendimento imobiliário.⁸⁸⁴ No período de 2009 até 2011, a RECO era a única cotista do FII Península, porém, a RECO não era incorporadora, construtora ou sócia do empreendimento, tampouco partilhava do resultado do recebimento de haveres, tais como aluguéis.⁸⁸⁵ Pelo contrário, o FII Península figurava como único adquirente dos imóveis, sendo ele o único beneficiário dos frutos do empreendimento.⁸⁸⁶ O Sr. Abílio Diniz era controlador da RECO, todavia, não controla a CBD – em vez disso, compartilha com o grupo Casino o controle de uma SPE, que ao seu turno figura como controladora da CBD.⁸⁸⁷ A figura de “*sócio*” deveria ser entendida como sócio do incorporador ou do construtor.⁸⁸⁸ Desde a operação societária perpetrada em 2005, o Sr. Abílio Diniz teria mantido o domínio de apenas 24% da CBD, estando impedido de votar sobre qualquer assunto relacionado à locação dos imóveis.⁸⁸⁹ O fato de o Sr. Abílio Diniz ser controlador da RECO e sócio indireto da CBD guarda distância da hipótese prevista no art. 2º da Lei n. 9.779/99, por isso, inexistiria amparo legal para a tributação do FII Península como se fosse pessoa jurídica.⁸⁹⁰

Discorda-se do entendimento de que “*sócio*” seria o “*sócio do incorporador*” ou o “*sócio do construtor*”, pois o art. 2º da Lei n. 9.779/99 trata do “*sócio do empreendimento imobiliário*” – ou seja, a lei trata do titular de ações ou cotas de uma sociedade que seja responsável pelo desenvolvimento do empreendimento imobiliário. Essa interpretação não seria formalista e restritiva a ponto de prejudicar o intuito do legislador, mas, pelo contrário, preservaria o alcance possível da norma posta.

5.4.6 FII Grand Plaza Shopping

O FII Grand Plaza Shopping, doravante “Fundo ABCP11” ou “Antigo Fundo”, é proprietário de três imóveis situados na cidade de Santo André: *a*) o Grand Plaza Shopping, que é o principal centro de compras do Grande ABC, figurando entre os maiores do país em área bruta locável; *b*) o edifício comercial Grand Plaza; e *c*) o antigo JK Shopping, que foi incorporado pelo Grand Plaza.⁸⁹¹

⁸⁸⁴ *Ibidem*, p. 26.

⁸⁸⁵ *Ibidem*, p. 26.

⁸⁸⁶ *Ibidem*, p. 26.

⁸⁸⁷ *Ibidem*, p. 26.

⁸⁸⁸ *Ibidem*, p. 26.

⁸⁸⁹ *Ibidem*, p. 27.

⁸⁹⁰ *Ibidem*, p. 27.

⁸⁹¹ B3. Relatório Gerencial de abr/22 do FII Grand Plaza Shopping, p. 13. Disponível em: <<https://fnet.bmfbov>

Esse fundo, que desde 2006 é administrado pela Rio Bravo Investimentos DTVM Ltda. ou simplesmente “Rio Bravo”, há tempos é detido em mais de 25% pela Cyrela Commercial Properties S/A Empreendimentos e Participações, doravante “CCP” ou “Cotista Concentrado”. Suas cotas restantes são detidas por cerca de 20.000 outros cotistas, inclusive pessoas físicas, pessoas jurídicas e investidores institucionais, em conjunto referidos como “Cotistas Pulverizados”.⁸⁹²

Em 03/04/19, a CVM emitiu um ofício para a administradora Rio Bravo, por meio do qual comunicou seu entendimento de que o Fundo ABCP11 deveria ser equiparado às pessoas jurídicas porque 61,41% das cotas eram detidas pela CCP.⁸⁹³ A CVM requereu que a Rio Bravo republicasse as demonstrações financeiras auditadas de 2017 e 2018 do Fundo.⁸⁹⁴

Em 30/04/19, por meio de resposta ofício da CVM, a Rio Bravo buscou demonstrar por que o fundo não poderia ser tributado como pessoa jurídica.⁸⁹⁵ Para tanto, a Rio Bravo informou que a CCP não era construtora, incorporadora ou sócia do empreendimento imobiliário do fundo.⁸⁹⁶ Adicionalmente, a Rio Bravo alertou que a Lei n. 9.779/99 é posterior à constituição do fundo e à construção do empreendimento.⁸⁹⁷

Em 05/08/19, a CVM emitiu novo ofício para a administradora Rio Bravo, reiterando a solicitação para o refazimento das demonstrações financeiras relativas a 2017 e 2018, bem como comunicando o envio de ofício à Receita Federal do Brasil e ao Ministério Público Federal sobre os fatos até então apurados.⁸⁹⁸

Em 07/08/19, a Rio Bravo apresentou recurso contra o posicionamento manifestado pelos ofícios da CVM, tendo pedido efeito suspensivo em relação à obrigação de refazimento e republicação das demonstrações financeiras de 2017 e 2018, pois a republicação das demonstrações financeiras produziria efeitos de denúncia espontânea, ou seja, implicaria a aceitação da equiparação do fundo às pessoas jurídicas, bem como a confissão de um passivo de IRPJ/CSLL e PIS/COFINS sobre as receitas de locação.⁸⁹⁹

espa.com.br/fnet/publico/visualizarDocumento?id=317387&cvm=true>. Acesso em: 03 ju. 2022.

⁸⁹² B3. **Informe Mensal Estruturado dez/21 do FII Grand Plaza Shopping**. Disponível em: <<https://fnet.bmfbovespa.com.br/fnet/publico/visualizarDocumento?id=256043&cvm=true>>. Acesso em: 03 jul. 2022.

⁸⁹³ B3. **Fato Relevante de 07/08/19 do FII Grand Plaza Shopping**. Disponível em: <<https://fnet.bmfbovespa.com.br/fnet/publico/visualizarDocumento?id=55611&cvm=true>>. Acesso em: 03 jul. 2022.

⁸⁹⁴ *Ibidem*.

⁸⁹⁵ *Ibidem*.

⁸⁹⁶ *Ibidem*.

⁸⁹⁷ *Ibidem*.

⁸⁹⁸ *Ibidem*.

⁸⁹⁹ B3. **Fato Relevante de 22/08/19 do FII Grand Plaza Shopping**. Disponível em: <<https://fnet.bmfbovespa.com.br/fnet/publico/visualizarDocumento?id=57432&cvm=true>>. Acesso em: 03 ju. 2022.

Em 28/08/19, o Colegiado da CVM acatou as razões recursais, reconhecendo a competência da Receita Federal do Brasil para avaliar e questionar o enquadramento fiscal do fundo, e dispensando o refazimento e a republicação das demonstrações financeiras de 2017 e 2018.⁹⁰⁰

Em 28/08/2020, o Fundo ABCP11 recebeu auto de infração, por meio do qual o fisco alegou que o fundo deveria ser tributado como uma pessoa jurídica com base no art. 2º da Lei n. 9.779/99, porque supostamente o fundo aplicaria recursos em empreendimento imobiliário cujo incorporador, construtor ou sócio seria cotista com mais de 25% das cotas do fundo.⁹⁰¹

Os autos de infração lançaram débitos de IRPJ/CSLL e PIS/COFINS, bem como multas tributárias pela suposta ausência de entrega da ECD e da ECF relativas aos anos-calendário de 2016, 2017 e 2018, neles constando como responsáveis solidários tanto a Rio Bravo quanto a CCP, respectivamente, administradora e Cotista Concentrado, gerando três processos.⁹⁰²

Precedentes do FII Gran Plaza Shopping	
Tema	Processo
IRPJ/CSLL	16327-720.191/2020-39
PIS/COFINS	16327-720.192/2020-83
Multas ECD/ECF	16327-720.193/2020-28

Em 20/09/20, a Rio Bravo impugnou esses autos de infração.⁹⁰³ Embora até o momento não tenha havido decisão da Delegacia Regional de Julgamento de São Paulo, a peça impugnatória está disponível para consulta pública, tendo sido dela extraídos os fatos e a defesa que seguem narrados.⁹⁰⁴

Em 30/11/95, o Fundo ABCP11 foi constituído.⁹⁰⁵ Em 16/05/96, as cotas do fundo foram subscritas e integralizadas em 21% pela Brazil Realty S/A e em 28% pela Cyrela

⁹⁰⁰ B3. **Fato Relevante de 29/08/19 do FII Grand Plaza Shopping**. Disponível em: <<https://fnet.bmfbovespa.com.br/fnet/publico/visualizarDocumento?id=57790&cvm=true>>. Acesso em: 03 jul. 2022.

⁹⁰¹ B3. **Fato Relevante de 31/08/20 do FII Grand Plaza Shopping**. Disponível em: <<https://fnet.bmfbovespa.com.br/fnet/publico/visualizarDocumento?id=114850&cvm=true>>. Acesso em: 03 jul. 2022.

⁹⁰² *Ibidem*.

⁹⁰³ B3. **Fato Relevante de 05/10/20 do FII Grand Plaza Shopping**. Disponível em: <<https://fnet.bmfbovespa.com.br/fnet/publico/visualizarDocumento?id=120067&cvm=true>>. Acesso em: 03 jul. 2022.

⁹⁰⁴ BRASIL. Delegacia Regional de Julgamento de São Paulo, **Processo n. 16327-720.193/2020-28**, Impugnação do FII Grand Plaza, datada em 29/09/20. Disponível em: <<https://riobravo.com.br/EstrategiasInvestimento/ArquivosProdutos/Imobiliario/FII%20Grand%20Plaza/Auto%20de%20Infra%C3%A7%C3%A3o/Fundo%20Grand%20Plaza%20-%20Impugna%C3%A7%C3%A3o%20Administrativa%20-%20Multas%20ECD%20e%20ECF%20-%20PAF%20n%2016327.7201932020-28.pdf>>. Acesso em: 18 out. 2021.

⁹⁰⁵ *Ibidem*, p. 8.

Empreendimentos Imobiliários Ltda.⁹⁰⁶ Os titulares das restantes 51% das cotas do fundo não estão indicados na impugnação.

Entre 30/05/96 e 30/09/96, o fundo adquiriu os imóveis onde estava instalada a fábrica da B&D Eletrodomésticos Ltda., também conhecida como “Black&Decker”.⁹⁰⁷ Em 10/06/96, o Fundo contratou a Cyrela Construtora Ltda. ou “Cyrela Construtora”, que era detida em 99,99% pela Cyrela Brazil Realty S/A Empreendimentos e Participações, doravante “CBR”.⁹⁰⁸ Foi celebrado um contrato de construção cujo objeto era a reforma do imóvel para viabilizar seu uso como *shopping center*.⁹⁰⁹ É importante consignar que essas sociedades nunca foram cotistas do fundo.⁹¹⁰

Em 23/09/97, o *shopping center* foi inaugurado.⁹¹¹ Desde então, a atividade de locação imobiliária é explorada exclusivamente pelo fundo.⁹¹² O fundo é o único proprietário da matrícula 43.404 e coproprietário das matrículas 113.543 e 113.544, sendo a outra coproprietária a empresa Delima Administração e Participações Ltda., a qual detém uma pequena parcela ideal dos imóveis, mas que não é alvo da fiscalização porque não tem qualquer relação societária com a CCP ou a CBR.⁹¹³

Em 03/05/07, a CCP foi constituída.⁹¹⁴ A CCP nunca foi controlada, controladora ou coligada da Cyrela Construtora ou da CBR.⁹¹⁵ A CCP apenas recebeu o acervo cindido da CBR, razão pela qual desde 2007 a CCP detém aproximadamente 61% das cotas do fundo.⁹¹⁶

O fundo argumentou que um empreendimento inaugurado em 1997 (o Grand Plaza Shopping) claramente não poderia ter como “incorporadora”, “construtora” ou “sócia” uma sociedade constituída dez anos depois, em 2007 (a CCP).⁹¹⁷ Por isso, o auto de infração só poderia estar propondo a equiparação do fundo à pessoa jurídica por supor que a CCP pertenceria ao mesmo grupo econômico que incorporou, construiu e é sócio do empreendimento.⁹¹⁸

⁹⁰⁶ *Ibidem*, p. 9.

⁹⁰⁷ *Ibidem*, p. 8.

⁹⁰⁸ *Ibidem*, p. 8.

⁹⁰⁹ *Ibidem*, p. 8.

⁹¹⁰ *Ibidem*, p. 8.

⁹¹¹ *Ibidem*, p. 9.

⁹¹² *Ibidem*, p. 24.

⁹¹³ *Ibidem*, p. 24.

⁹¹⁴ *Ibidem*, p. 9.

⁹¹⁵ *Ibidem*, p. 9.

⁹¹⁶ *Ibidem*, p. 9.

⁹¹⁷ *Ibidem*, p. 9.

⁹¹⁸ *Ibidem*, p. 10.

Segundo a Rio Bravo, a fiscalização não demonstrou como o art. 2º da Lei n. 9.779/99 alcançaria um cotista com mais de 25% das cotas (a CCP), que não fosse ele próprio incorporador, construtor ou sócio do empreendimento, mas que integrasse um grupo econômico comum ao incorporador, construtor ou sócio do empreendimento (a Cyrela Construtora).⁹¹⁹ Ademais, o auto de infração não traçou a alegada relação societária entre essas sociedades.⁹²⁰

O auto de infração sustentou que a CCP, além de ser cotista com mais de 25% das cotas do fundo, seria “*sócia*” do empreendimento.⁹²¹ A rigor, como o art. 2º da Lei n. 9.779/99 não define o termo “*sócio*”, o Direito Privado seria aplicável para definir “*sócio*” como o titular de direitos de cotista de sociedade limitada ou de acionista de sociedade anônima.⁹²² Assim, se a CCP não é – e nunca foi – sócia de qualquer pessoa jurídica detentora do shopping, não haveria cotista com mais de 25% das cotas do Fundo (a CCP) que fosse sócia do empreendimento (titular de cotas ou ações de uma sociedade detentora do shopping).⁹²³

Ao arripio do texto legal, a fiscalização alargou o sentido do termo “*sócio*” para contemplar também a “*sócia da incorporadora*” e a “*sócia da construtora*”.⁹²⁴ Essa interpretação surgiu no caso do FII Península, especificamente nos lançamentos de PIS/COFINS de 2005 discutidos no acórdão 1302-002.053.⁹²⁵ Ocorre que mesmo essa interpretação alargada e de legalidade questionável não seria aplicável ao caso do FII Grand Plaza Shopping, pois a CCP também não seria sócia de qualquer pessoa jurídica que tenha atuado como incorporadora ou construtora do empreendimento.⁹²⁶

A defesa distinguiu o caso do FII Grand Plaza Shopping do caso do FII Península, a fim de que o resultado desfavorável que se impôs ao FII Península não fosse simplesmente transplantado para o FII Grand Plaza Shopping.⁹²⁷ De um lado, o FII Grand Plaza Shopping é detido por cerca de 21.000 de cotistas na bolsa de valores, adquiriu o imóvel de terceiro independente (Black&Decker), bem como aluga o Grand Plaza Shopping para terceiros.⁹²⁸ De outro lado, o FII Península era detido por um único cotista (a RECO), adquiriu os imóveis de uma pessoa jurídica sujeita ao seu controlador indireto (a CBD, por tempos controlada pelo Sr.

⁹¹⁹ *Ibidem*, p. 10.

⁹²⁰ *Ibidem*, p. 10.

⁹²¹ *Ibidem*, pp. 11; 22-25.

⁹²² *Ibidem*, pp. 11; 22-25.

⁹²³ *Ibidem*, pp. 11; 22-25.

⁹²⁴ *Ibidem*, pp. 25-28.

⁹²⁵ *Ibidem*, pp. 25-28.

⁹²⁶ *Ibidem*, pp. 25-28.

⁹²⁷ *Ibidem*, pp. 25-28.

⁹²⁸ *Ibidem*, pp. 25-28.

Abílio Diniz), bem como alugou as lojas para a sociedade que havia alienado os imóveis (a CBD).⁹²⁹

A fiscalização parece sugerir que em 2007 havia “*controle comum*” entre a controladora da construtora (a CBR) e a cotista com mais de 25% das cotas do Fundo (a CCP).⁹³⁰ Para tanto, a fiscalização indica que, após a cisão parcial da CBR e a versão do acervo cindido para a CCP, a participação societária da CBR foi mantida inalterada, e as ações da CCP foram distribuídas em idêntica proporção das ações da CBR.⁹³¹ À época, a pessoa física do Sr. Elie Horn detinha 33,46% de ambas as sociedades.⁹³² Em resposta, o fundo alerta que o “*controle comum*” não está expressamente previsto no rol de hipóteses caracterizadoras de pessoa ligada pelo art. 2º da Lei n. 9.779/99.⁹³³

O fato de a Cyrela Construtora ter sido a “*construtora*” do empreendimento não ensejaria a aplicação do art. 2º da Lei n. 9.779/99, pois a Cyrela Construtora não é – e nunca foi – cotista do fundo ou pessoa ligada a cotista relevante do fundo.⁹³⁴

A CCP não foi “*incorporadora*” do Grand Plaza Shopping. Para ser incorporadora, a CCP deveria ter compromissado e efetivado a venda de frações ideais do terreno vinculado à futura ou corrente construção do Grand Plaza Shopping, ou pelo menos deveria ter coordenado e levado a termo a incorporação mediante a responsabilidade de entrega conforme um prazo e um preço.⁹³⁵ Além disso, na matrícula do imóvel, a incorporação deveria estar registrada em nome da CCP.⁹³⁶ Isso jamais poderia ter ocorrido, afinal, o Grand Plaza Shopping foi inaugurado em 1997 e a CCP só foi constituída em 2007.⁹³⁷ Pouco importa que a CCP fosse a incorporadora de outros empreendimentos imobiliários, diversos do Grand Plaza Shopping.⁹³⁸

A fiscalização alegou que o art. 2º da Lei n. 9.779/99 seria norma especial antielisiva, cujo propósito seria coibir que as atividades imobiliárias, tradicionalmente exercidas por pessoas jurídicas tributadas, passassem a ser exploradas por FII isento, o que implicaria concorrência desleal entre esses veículos de investimento.⁹³⁹ A defesa negou a aplicabilidade dessa motivação ao presente caso. O fundo seria isento em relação às receitas de locação

⁹²⁹ *Ibidem*, pp. 25-28.

⁹³⁰ *Ibidem*, p. 13.

⁹³¹ *Ibidem*, p. 13.

⁹³² *Ibidem*, p. 13.

⁹³³ *Ibidem*, p. 13.

⁹³⁴ *Ibidem*, pp. 13-14.

⁹³⁵ *Ibidem*, pp. 14; 40-45.

⁹³⁶ *Ibidem*, pp. 14; 40-45.

⁹³⁷ *Ibidem*, pp. 14; 40-45.

⁹³⁸ *Ibidem*, pp. 14; 40-45.

⁹³⁹ *Ibidem*, pp. 15-16; 45-49.

imobiliária, mas geraria tributação sobre os rendimentos distribuídos semestralmente à CCP.⁹⁴⁰ Já uma pessoa jurídica – que de acordo com um relatório de auditoria poderia optar pelo lucro presumido, e em relação à incorporação imobiliária afetada poderia optar pelo Regime Especial de Tributação ou “RET” –, seria pouco tributada e distribuiria dividendos isentos para a CCP.⁹⁴¹ Assim, para a CCP, o fundo não necessariamente teria gerado a menor carga tributária, mas teria sido o veículo escolhido para a captação de recursos de milhares de investidores.⁹⁴²

O auto de infração apurou IRPJ/CSLL com base no Lucro Real trimestral. No entanto, o art. 112 do Código Tributário Nacional prevê que a lei tributária que define infrações deve ser interpretada da maneira mais favorável ao acusado caso haja dúvida quanto a determinadas matérias, tais como a capitulação legal do fato, bem como a natureza e a extensão dos seus efeitos.⁹⁴³ Por isso, de acordo com a defesa, deveria ter sido garantido o direito de o fundo, uma vez equiparado a pessoa jurídica, optar pelo Lucro Presumido ou Lucro Arbitrado, nos termos do art. 1º da Lei n. 9.430/96.⁹⁴⁴

O Lucro Real seria desvantajoso. Pelo contrário, o Lucro Presumido seria a primeira opção desde que o fundo não tivesse receita total anual superior a R\$ 78 milhões ou incorresse em qualquer outra vedação. O Lucro Arbitrado seria a opção subsidiária, implicando uma carga tributária equivalente à do Lucro Presumido, acrescido de 20%, nos termos do art. 47, §1º, da Lei n. 8.981/95. A autoridade fiscal, uma vez convencida de que o fundo deveria ser equiparado à pessoa jurídica, deveria ter oportunizado a opção pelo regime mais vantajoso, tal como se verifica nos casos em que uma pessoa jurídica excluída do Simples Nacional, quando a autoridade fiscal oportuniza a escolha pelo regime de tributação menos oneroso.⁹⁴⁵

O fundo solicitou que, caso fosse mantido o Lucro Real, as despesas devidamente contabilizadas fossem deduzidas da apuração de IRPJ/CSLL e gerassem créditos na apuração de PIS/COFINS.⁹⁴⁶ Por exemplo, benfeitorias (escadas rolantes e elevadores), despesas essenciais (comissão sobre locações e fundo de propaganda) e depreciação do imóvel (edificações e benfeitorias em imóveis utilizados nas atividades).⁹⁴⁷ Sendo tributado como pessoa jurídica, o fundo pleiteou a dedução da apuração de IRPJ/CSLL e PIS/COFINS pelo

⁹⁴⁰ *Ibidem*, pp. 15-16; 45-49.

⁹⁴¹ *Ibidem*, pp. 15-16; 45-49.

⁹⁴² *Ibidem*, pp. 15-16; 45-49.

⁹⁴³ *Ibidem*, p. 19.

⁹⁴⁴ *Ibidem*, p. 19.

⁹⁴⁵ *Ibidem*, p. 20.

⁹⁴⁶ *Ibidem*, p. 54.

⁹⁴⁷ *Ibidem*, p. 54.

valor que seria devido pela exploração do imóvel dos cotistas, bem como requereu que eventuais resultados distribuídos aos cotistas fossem considerados dividendos isentos.⁹⁴⁸

Depois de apresentar a defesa, a Rio Bravo passou a estudar quais providências poderia adotar para mitigar o risco fiscal do fundo. A reestruturação ideal seria a que, a um só tempo, não prejudicasse a defesa em curso sobre os anos-calendário de 2016, 2017 e 2018, não comprometesse a defesa de eventuais autuações sobre os anos-calendário de 2019 e 2020, bem como mitigasse o risco de novas autuações sobre os anos-calendário de 2021 e seguintes.

Alguém poderia alegar que qualquer reestruturação do Fundo fragilizaria a defesa atual e futura sobre períodos vencidos e vincendos, equivalendo à confissão de que a CCP seria incorporadora, construtora ou sócia do empreendimento. Entretanto, entende-se que esse tipo de alegação não merece prosperar diante de razões extrafiscais, inclusive de cunho negocial e mercadológico, causadas pelo contexto da autuação, pela própria autuação, bem como pelo tempo médio de julgamento de demandas no contencioso administrativo e judicial tributário.

Explica-se. O contexto no qual se inseriu a autuação foi de desvalorização das cotas dos FII do setor de *shopping centers*. Desde março de 2020, a pandemia do coronavírus produziu um forte impacto negativo para vários setores, em especial o setor dos *shopping centers* e das lajes corporativas. Embora tenha aumentado a demanda por cotas de FII, essa demanda não se distribuiu de forma igual entre os tipos de FII. Os FII detentores de *shopping centers* experimentaram uma queda brusca da receita de locação devido ao fechamento e às subsequentes restrições ao acesso de shopping centers, o que perdurou por um ano e meio antes da autuação e por mais um ano depois da autuação. Isso comprometeu a geração de resultado e deteriorou os indicadores financeiros desses FII.

Qualquer autuação, quando divulgada por meio de fato relevante, tende a ser mal recebida pelo mercado. Muitos investidores decidem liquidar suas posições no FII, fazendo com que a oferta superasse a demanda pelas cotas, o que derruba seu preço.

A decisão definitiva e irrecorrível acerca da autuação pode demorar muitos anos, especialmente se a defesa percorrer todas as etapas do contencioso tributário administrativo e judicial. A indefinição sobre a procedência ou improcedência das razões da fiscalização, se mantida por anos a fio, pode incrementar sobremaneira o passivo tributário, seja por acréscimos de juros aos lançamentos já realizados, seja por novos lançamentos que possam surgir durante o contencioso tributário.

⁹⁴⁸ *Ibidem*, pp. 54-56.

Portanto, tendo em vista o contexto, a autuação e a realidade do contencioso tributário, a reestruturação é medida que mitiga o passivo tributário atual e eventual do fundo, ainda que a CCP não seja incorporadora, construtora ou sócia do empreendimento e, adicionalmente, ainda que o fundo já cumpra as condições legais para fazer jus à isenção sem ser tributado como pessoa jurídica. Conforme adiante detalhado, a cisão parcial foi a solução encontrada pelo fundo com menor custo para os cotistas.

Em 30/11/20, a Rio Bravo realizou a primeira consulta formal aos cotistas. Naquele momento, a Rio Bravo apresentou a primeira proposta de reestruturação, que envolvia a cisão parcial de 38,59% do patrimônio líquido do FII Grand Plaza *Shopping* e a versão do acervo cindido para um novo fundo denominado FII Grand Plaza *Mall*, doravante “FGPM11” ou “Novo Fundo”.⁹⁴⁹

A aprovação dessa proposta dependeria da aprovação do regulamento do Novo Fundo, da emissão de cotas do Novo Fundo, assim como da autorização para que a Rio Bravo pudesse formalizar a cisão parcial, incorrendo em custos e impostos às expensas no Novo Fundo. Além disso, a cisão parcial não impactaria o número de cotas detidas por cada cotista – isto é, o Cotista Concentrado manteria no Antigo Fundo o original número de cotas, e os Cotistas Pulverizados teriam no Novo Fundo o mesmo número de cotas que tinham no Antigo Fundo. Ademais, o Novo Fundo sucederia o Antigo Fundo apenas em relação à fração ideal do patrimônio que lhe fosse vertida, sem solidariedade, sem qualquer solução de continuidade e/ou interrupção. A sub-rogação do Novo Fundo nos contratos de locação do Antigo Fundo prescindiria de qualquer formalidade e dispensaria a preferência aos locatários.

Em 21/12/20, a Rio Bravo divulgou o resultado da primeira consulta formal: **a)** comunicou a aprovação de todas as matérias por expressiva maioria de votos; **b)** informou que a CCP havia enviado notificação extrajudicial para tornar público seu voto divergente às matérias e sua solicitação de cancelamento dessa primeira consulta formal; e **c)** informou que o voto da CCP não seria computado por manifesto conflito de interesse com o fundo e os demais cotistas, tal que o quórum de aprovação da cisão parcial havia sido 79,28% (excluída a participação da CCP) e 30,59% (incluída a participação da CCP), o que mostraria expressivo desejo dos investidores em seguir com a cisão parcial.⁹⁵⁰

⁹⁴⁹ B3. **Consulta Formal n. 01/21 e n. 02/21 do FII Grand Plaza Shopping**. Disponível em: <https://riobravo.com.br/EstrategiasInvestimento/ArquivosProdutos/Imobiliario/FII%20Grand%20Plaza/Assembleia/ABCP_Proposta_202102.pdf>. Acesso em: 03 jul. 2022.

⁹⁵⁰ B3. **Fato Relevante de 21/12/20 do FII Grand Plaza Shopping**. Disponível em: <<https://fnet.bmfbovespa.com.br/fnet/publico/visualizarDocumento?id=134622&cvm=true>>. Acesso em: 03 jul. 2022.

Cumprido esclarecer qual seria o conflito de interesses apontado pela Rio Bravo. Conforme anteriormente descrito, a causa imediata da autuação do Antigo Fundo foi a elevada participação da CCP, somado à suposição fiscal de que a CCP seria incorporadora, construtora ou sócia do empreendimento. Em outras palavras, o Antigo Fundo foi autuado porque a CCP teve sua posição questionada. Ao se opor à cisão parcial do Antigo Fundo, a CCP, aparentemente, estaria depositando toda a sua esperança na defesa apresentada, torcendo para que não houvesse novos lançamentos. No entanto, sem a cisão parcial, a CCP forçaria os demais cotistas a um risco gerado pela própria CCP, tanto no auto de infração já lavrado em relação a 2016, 2017 e 2018, quanto para eventuais autos de infração por vir. Assim, entende-se que realmente haveria um conflito de interesses entre a CCP e os demais cotistas.

Além disso, com base em casos precedentes, sabe-se que o fisco costuma incluir os administradores no polo passivo como responsáveis solidários pelos tributos lançados a partir da equiparação dos FII às pessoas jurídicas. Por isso, entende-se que a Rio Bravo estaria buscando mitigar essa exposição institucional e o passivo tributário dela decorrente, quando não em relação ao passado sob fiscalização, pelo menos em relação ao futuro. Ou seja, haveria outro conflito de interesses, dessa vez envolvendo a Rio Bravo.

Por outro lado, a CCP argumentou que não estaria em conflito de interesse com os demais cotistas ou a Rio Bravo, pois era cotista detentora de 61% das cotas do Antigo Fundo e, portanto, estaria diretamente interessada em evitar passivos tributários contra o fundo. A ressalva da CCP seria em relação à única proposta apresentada pela Rio Bravo. A fim de encontrar uma solução mais vantajosa para todos os cotistas, a CCP teria consultado especialistas, que teriam validado do ponto de vista tributário uma reestruturação alternativa, em que a CCP manteria 21,24% das cotas do antigo ABCP11 detentor de 49% do imóvel e passaria a ter 100% das cotas do novo FGPM11 detentor de 51% do imóvel. Essa proposta apresentada pela CCP será adiante detalhada.

Outra questão pertinente é saber se a Rio Bravo poderia desconsiderar o voto da CCP. A resposta parece ser afirmativa com ressalvas. O art. 24, §1º, VI, da Instrução CVM n. 472/08 prevê que não pode votar nas assembleias gerais do FII, dentre outros, o cotista cujo interesse seja conflitante com o do FII. A esse respeito, o Ofício-Circular CVM/SIN n. 4/19⁹⁵¹ orienta que o quórum qualificado para a aprovação das matérias especificadas pelo art. 20, §1º, da Instrução CVM n. 472/08 (por exemplo, cisão do fundo) resulta da divisão entre, de um lado, o

⁹⁵¹ BRASIL. **Ofício-Circular CVM/SIN n. 4, de 1º de abril de 2019**. Disponível em: <<https://conteudo.cvm.gov.br/legislacao/oficios-circulares/sin/oc-sin-0419.html>>. Acesso em: 03 jul. 2022.

número de votos favoráveis à matéria e, de outro lado, a diferença entre o total de cotas emitidas pelo fundo e os votos de cotistas conflitados – ou seja, reforça que os votos conflitados devem ser excluídos da apuração do quórum de deliberação. No entanto, quando não é autodeclarado, o conflito de interesses pode ser objeto de discussão. No caso, a CCP pôs em cheque a competência da Rio Bravo para declarar seu suposto conflito de interesses e, por conseguinte, impedir seu voto nas matérias da primeira consulta formal. Por isso, na segunda consulta formal, a Rio Bravo incluiu, dentre as matérias a serem votadas pelos demais cotistas, a manutenção do impedimento ou a aquiescência em relação ao voto da CCP.

Em paralelo à hipótese de conflito de interesse, é pertinente destacar outra hipótese de impedimento ao voto em assembleia do fundo. O art. 24, §1º, IV, da Instrução CVM 472/08 prevê que os prestadores de serviços do fundo não podem votar nas assembleias gerais do fundo. Sendo certo que a CCP é administradora dos imóveis e, por conseguinte, presta serviços diretamente ao Antigo Fundo, a Rio Bravo justificou a desconsideração do voto da CCP com base no conflito de interesses e, subsidiariamente, na qualidade de prestadora de serviços do fundo.

Em 02/02/21, a Rio Bravo realizou a segunda consulta formal para a reorganização do FII Grand Plaza Shopping, que tratava sobre as seguintes matérias: *a*) aquiescência expressa dos demais cotistas para que a CCP pudesse participar da votação de determinadas propostas (em especial, da proposta que a própria CCP havia apresentado na ação judicial, da ratificação da consulta formal realizada em 2020, bem como da autorização para a alienação do Grand Plaza Shopping); *b*) deliberação sobre a proposta apresentada pela CCP na ação judicial, que tratava da cisão parcial do fundo, com a versão do acervo cindido de 51,01% do patrimônio para um novo FII a ser detido exclusivamente pela CCP e a ser submetido ao tratamento tributário de pessoas jurídicas em geral, mantendo no 21,24% das cotas do FII Grand Plaza; *c*) ratificação da cisão parcial e da emissão de novas cotas, conforme propostas pela primeira consulta formal; *d*) ratificação do impedimento do voto da CCP, reiterando a validade da aprovação das matérias que haviam sido propostas na primeira consulta formal; e *e*) autorização para a alienação do empreendimento Grand Plaza Shopping.

Em 19/02/21, foi publicado o resultado da segunda consulta formal. Os demais cotistas representantes de 71,12% (excluída a participação da CCP) e 36,35% (incluída a participação da CCP) do total das cotas emitidas pelo fundo reprovaram a proposta da CCP.

Em 26/02/21, um cotista relevante que detém mais de 5% do total de cotas emitidas pelo fundo solicitou uma terceira consulta formal para submeter à deliberação dos demais cotistas a

convocação de uma audiência de conciliação em que seriam apresentadas as seguintes propostas alternativas: *a*) cisão parcial do fundo para que a CCP deixe integralmente sua participação no fundo e os cotistas pulverizados passem a ter 100% das cotas do fundo; ou *b*) cisão parcial do fundo para que os cotistas pulverizados deixem integralmente sua participação no fundo e passem a integrar um novo fundo. Em todo caso, a parte cindida assumiria obrigações relevantes, tais como a apresentação de garantia para cobrir sua proporção nos débitos lançados pelo auto de infração, se confirmados, e noutros débitos anteriores à cisão que eventualmente viessem a ser lançados contra o fundo, além, é claro, da responsabilidade integral pelo ITBI sobre o acervo cindido.

Em 17/03/21, foi divulgado por fato relevante o resultado dessa terceira consulta formal. Os cotistas representando 73,23% (excluída a participação da CCP) e 42,72% (incluída a participação da CCP) do total das cotas emitidas pelo fundo reprovaram a proposta do cotista solicitante. A CCP enviou voto em que também reprovou a proposta do cotista solicitante.

Em que pese todo o exposto, estão judicialmente suspensos quaisquer efeitos da reorganização do Antigo Fundo.⁹⁵²⁻⁹⁵³

⁹⁵² BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 1ª Vara Empresarial do Foro Central da Comarca de São Paulo, **Tutela Antecipada Antecedente Processo n. 1001084-19.2020.8.26.0228**. Disponível em: <[https://riobravo.com.br/EstrategiasInvestimento/ArquivosProdutos/Imobiliario/FII%20Grand%20Plaza/1001084-19.2020.8.26.0228%20\(9\).pdf](https://riobravo.com.br/EstrategiasInvestimento/ArquivosProdutos/Imobiliario/FII%20Grand%20Plaza/1001084-19.2020.8.26.0228%20(9).pdf)>. Acesso em: 03 jul. 2022.

⁹⁵³ B3. **Fato Relevante de 21/06/22 do FII Grand Plaza Shopping**. Disponível em: <<https://fnet.bmfbovespa.com.br/fnet/publico/visualizarDocumento?id=318022&cvm=true>>. Acesso em: 03 jul. 2022.

6 OS NEGÓCIOS ESTRUTURADOS POR MEIO DO FII

As crescentes autuações fiscais de FII podem desencadear nos cotistas o desejo de reorganizar seus investimentos por meio da incorporação, fusão, cisão ou transformação do FII em outro tipo de fundo de investimento ou em uma sociedade. Em paralelo a isso, o FII pode ser um importante aliado dos interesses públicos e particulares, seja como instrumento das políticas públicas voltadas ao desenvolvimento e à geração de renda a partir dos imóveis de propriedade da administração pública direta e indireta, seja como ferramenta para a governança e a sucessão de imóveis e direitos reais sobre imóveis urbanos e rurais.

6.1 A incorporação, fusão, cisão ou transformação de FII em outro fundo

O art. 13 da Instrução Normativa RFB n. 1.585/15 prevê que a *incorporação, a fusão e a cisão* de fundos de investimento não implicam obrigatoriedade de resgate de cotas desde que três requisitos sejam cumpridos: *a)* transferência, ao mesmo tempo, do patrimônio para o fundo sucessor; *b)* ausência de disponibilidade dos recursos para o cotista e de transferência de titularidade das cotas; e *c)* a carteira do novo fundo não enseje um regime de tributação que preveja alíquotas inferiores às do fundo extinto.

O art. 12 da Instrução Normativa RFB 1585/15 prevê a incidência de IRRF na *transformação* de um fundo com prazo de carência para um fundo sem prazo de carência em dois momentos alternativos: *a)* na data da transformação, se esse evento abranger todos os cotistas, independentemente da data da aplicação de cada um; ou *b)* na data de vencimento da aplicação, se a transformação ocorrer em função de cada certificado ou cota.

Em outras palavras, enquanto o art. 13 da Instrução Normativa RFB n. 1.585/15 prevê os requisitos para a não incidência de IRRF nos casos de incorporação, fusão e cisão de fundos de investimento, o art. 12 do mesmo diploma infralegal estabelece a supressão do prazo de carência como o critério que, na visão do fisco, acarreta a incidência de IRRF na transformação de fundos de investimento.

Entende-se criticável a aplicação dos arts. 12 e 13 da Instrução Normativa RFB 1.585/15 para definir o impacto tributário das operações de incorporação, fusão, cisão ou transformação de FII em outro fundo de investimento.

Em primeiro lugar, os arts. 12 e 13 da Instrução Normativa RFB 1.585/15 carecem de base legal. Na tentativa de suprir essa lacuna normativa, desde 2017, houve pelo menos cinco propostas para introduzir no ordenamento jurídico uma base legal para a incidência de IRRF na incorporação, fusão, cisão e transformação de fundos de investimento.

Em comum, essas propostas previam que na hipótese de cisão, incorporação, fusão ou transformação de fundo de investimento constituído sob a forma de condomínio fechado, seriam considerados pagos ou creditados aos cotistas os rendimentos correspondentes à diferença positiva entre o valor patrimonial da cota na data de sua ocorrência, incluído o valor dos rendimentos apropriados a cada cotista, e o custo de aquisição ou o valor da cota na data da última incidência do IR, ajustados pelas amortizações realizadas e pelos juros e dividendos recebidos.⁹⁵⁴ Contudo, nenhuma proposta foi convertida em lei.

Sem base legal, os arts. 12 e 13 da Instrução Normativa RFB n. 1.585/15 não têm o condão de fazer incidir IRRF na incorporação, fusão, cisão ou transformação de fundos de investimento, sob pena de afronta ao princípio da legalidade em sentido estrito, expressa no art. 150, inciso I, da Constituição Federal de 1988. Portanto, entende-se ser inconstitucional a incidência de IRRF nas operações de reorganização de fundos de investimento, enquanto essa tributação não estiver prevista em lei em sentido estrito, estando meramente regulada por normas infralegais, tais como os arts. 12 e 13 da Instrução Normativa RFB 1.585/15.

Em segundo lugar, a localização topográfica sugere que os arts. 12 e 13 da Instrução Normativa RFB n. 1.585/15 seriam inaplicáveis para FII. Isso porque a Instrução Normativa RFB 1.585/15 é composta por três capítulos, que são divididos em seções, que são subdivididas em subseções. O capítulo I (*“Da tributação das aplicações em fundos de investimento de residentes ou domiciliados no país”*) está subdividido na seção I (*“Das aplicações em fundos de investimento regidos por **norma geral**”*) e na seção II (*“Das aplicações em fundos de investimento regidos por **norma própria**”*). Os arts. 12 e 13 da Instrução Normativa RFB 1.585/15 estão inseridos na seção I do capítulo I – ou seja, são aplicáveis a fundos de investimento regidos por norma geral. No entanto, o FII é um fundo de investimento regido por norma própria. Esse entendimento é corroborado pelo art. 2º do mesmo ato, que exclui da disciplina da seção I os fundos tributados por norma própria, tais como o FII.

Em terceiro lugar, a transformação entre fundos de investimento não está prevista no art. 13 da Instrução Normativa RFB n. 1.585/15 (esse dispositivo se refere só às

⁹⁵⁴ Cf. art. 4º da Medida Provisória n. 806/17; art. 4º do Projeto de Lei n. 10.638/18; art. 4º do Projeto de Lei do Senado n. 336/18; e art. 6º do Projeto de Lei de Conversão n. 3/20.

“reorganizações decorrentes de processos de **incorporação, fusão ou cisão** de fundos ou de instituições autorizadas a funcionar pelo Bacen”), e apenas a transformação de fundos com prazo de carência para fundos *sem* prazo de carência é regulada pelo art. 12 da Instrução Normativa RFB n. 1.585/15. É dizer, a transformação entre fundos sem prazo de carência não é sequer endereçada por esses dispositivos infralegais.⁹⁵⁵

Em todo caso, segue a análise dos requisitos previstos pelos arts. 12 e 13 da Instrução Normativa RFB n. 1.585/15.

6.1.1 A transferência do patrimônio ao mesmo tempo

O primeiro requisito exige que “*o patrimônio do fundo incorporado, cindido ou fundido seja transferido, ao mesmo tempo, para o fundo sucessor*”. As normas tributárias não definem a expressão “*ao mesmo tempo*”, mas as normas regulatórias fornecem o significado possível.

Nos termos do art. 134 da Instrução CVM n. 555/14, as operações de incorporação, fusão e transformação de fundos de investimento podem ocorrer imediatamente após a realização da assembleia geral que a deliberar (se os fundos tiverem políticas de investimento compatíveis) ou após a alteração do regulamento (se os fundos possuírem políticas de investimento diferenciadas).

Dessa feita, no caso de fundos com políticas de investimento compatíveis, a expressão “*ao mesmo tempo*” exigiria a transferência do patrimônio do fundo incorporador, cindido ou fundido para o fundo sucessor imediatamente após a assembleia geral que a deliberar. Já no caso de fundos com políticas de investimento diferenciadas, a expressão “*ao mesmo tempo*” requereria a transferência do patrimônio após a alteração do regulamento.

Cumprir refletir se a incorporação, a fusão e a cisão que envolvessem apenas FII – ou seja, um FII incorporado, fundido ou cindido em outro FII – seriam operações envolvendo fundos com políticas de investimento compatíveis ou diferenciadas, a fim de definir se a transferência do patrimônio deveria ocorrer imediatamente após a assembleia geral que a deliberasse ou após a alteração do regulamento.

O simples fato de essas operações envolverem a mesma classe de fundos – no caso, somente FII – não necessariamente significa que os fundos tenham políticas de investimento

⁹⁵⁵ LEAL, Estevan L. Paredes. **A tributação indevida na transformação de fundos de investimento**. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/tributacao-indevida-na-transformacao-de-fundos-de-investimento-25122017>>. Acesso em: 21 nov. 2021.

compatíveis, pois a política de investimento dos FII varia conforme o objetivo do fundo, o grau de liberdade do administrador, os ativos do patrimônio, os requisitos de diversificação de investimentos, a possibilidade de operar derivativos para fins de proteção, a possibilidade de aquisição de imóveis gravados com ônus reais, bem como a localização geográfica dos imóveis ou direitos que o fundo pretende adquirir, nos termos do art. 15, II, da Instrução CVM 472/08.

Outra reflexão é se a incorporação e a fusão de um FII em outra classe de fundo – por exemplo, FIM ou FIP – seria uma operação envolvendo fundos com políticas de investimento compatíveis ou diferenciadas. Tal como antes, conforme a resposta, a transferência do patrimônio deveria ocorrer imediatamente após a assembleia geral que a deliberasse ou após a alteração do regulamento.

Comparativamente, assim como as operações entre FII podem envolver fundos com políticas de investimento diferenciadas, com ainda mais razão as operações entre um FII e outra classe de fundo podem envolver políticas de investimento diferenciadas. Por exemplo, a incorporação ou a fusão de um FII em um FIM envolve fundos com políticas de investimento diferenciadas – afinal, diferentemente da política de investimento do FII citada anteriormente e prevista no art. 15, II, da Instrução CVM n. 472/08, a política de investimento do FIM deve envolver vários fatores de risco, sem compromisso de concentração em nenhum fator em especial ou em fatores diferentes das demais classes de fundos, nos termos do art. 117 da Instrução CVM n. 555/14.

Portanto, o requisito de que “*o patrimônio do fundo incorporado, cindido ou fundido seja transferido, ao mesmo tempo, para o fundo sucessor*” será cumprido se a transferência do patrimônio ocorrer imediatamente após a realização da assembleia geral que a deliberar (no caso de fundos com políticas de investimento compatíveis) ou, no mais tardar, após a alteração do regulamento (no caso de fundos com políticas de investimento diferenciadas). Esse prazo máximo deve ser definido à luz das circunstâncias de cada caso concreto, pois mesmo as operações entre FII podem envolver políticas de investimento diferenciadas.

6.1.2 A indisponibilidade de recursos e a ausência de transferência de cotas

O segundo requisito é que “*não haja qualquer disponibilidade de recursos para o cotista por ocasião do evento, nem transferência de titularidade das cotas*”. Os efeitos desse segundo requisito variam conforme se trate de fundo exclusivo ou fundo detido por mais do que um cotista.

Preliminarmente, exclusivo é o fundo constituído para receber aplicações exclusivamente de um único cotista, que deve ser investidor profissional, nos termos do art. 130 da Instrução CVM n. 555/14. Investidores profissionais são as pessoas naturais que possuam investimentos financeiros em valor superior a R\$ 10 milhões, os investidores não residentes, dentre outros listados no art. 9º-A da Instrução CVM n. 539/13.

No fundo fechado detido por dois ou mais cotistas, a assembleia geral que deliberar pela incorporação, cisão ou fusão do fundo pode não ser unânime. Em outras palavras, pode haver dissenso, abstenção ou não comparecimento dos cotistas na assembleia geral que deliberar pela reorganização do fundo. Nesses casos, o art. 134, §§1º e 2º, da Instrução CVM n. 555/14 permite que os cotistas dissidentes, absentes ou ausentes solicitem o reembolso de suas cotas, tal que o pedido deve ser formulado em até 10 dias após a comunicação da deliberação aos cotistas, e o pagamento do valor do reembolso deve ser realizado no máximo 10 dias após a solicitação do cotista. Agindo assim, os cotistas adquirirão disponibilidade dos recursos, sendo obrigados ao resgate de cotas e à tributação dos seus rendimentos.

Poderia surgir a dúvida se a disponibilidade de recursos para os cotistas solicitantes do reembolso de cotas “*contaminaria*” os cotistas anuentes, a ponto de obrigar ao resgate de cotas e à tributação dos rendimentos todos os cotistas. A resposta parece ser dada pelo próprio enunciado do art. 13, II, da Instrução Normativa RFB 1.585/15, que veda qualquer disponibilidade de recursos “*para o cotista*”, expressão no singular referente à situação individual de cada cotista. Como os cotistas anuentes não teriam qualquer disponibilidade de recursos para si, eles não poderiam ser obrigados a resgatar suas cotas ou tributar seus rendimentos, independentemente da situação dos demais cotistas solicitantes do reembolso de cotas.

Ao seu turno, no fundo exclusivo, o único cotista decide unanimemente pela incorporação, fusão ou cisão. Dessa feita, o requisito de que “*não haja qualquer disponibilidade de recursos para o cotista por ocasião do evento ou transferência de titularidade das cotas*” será cumprido se o único cotista não tiver a seu favor qualquer crédito/pagamento de recursos e, cumulativamente, não transferir cotas para terceiros.

Na tentativa de tributar os rendimentos acumulados até a incorporação, fusão ou cisão do fundo exclusivo, o fisco poderia argumentar que o único cotista teria controle sobre a destinação dos recursos, cabendo tão somente a ele decidir o destino desses recursos, de modo que o único cotista não poderia se valer da opção de não creditar/pagar esses recursos como artifício para evitar a tributação dos rendimentos.

A autoridade fiscal poderia embasar seu entendimento no Recurso Extraordinário 172.058-1/SC,⁹⁵⁶ no qual o Supremo Tribunal Federal foi instado a se manifestar sobre a constitucionalidade do art. 35 da Lei 7.713/88, o qual previa que o sócio cotista, o acionista ou o titular da empresa individual estava sujeito à incidência de 8% de IRRF sobre o lucro líquido apurado pelas pessoas jurídicas na data do encerramento do período-base.

Em 1995, a dúvida que se tinha era se a mera apuração do lucro líquido pelas pessoas jurídicas configuraria, ou não, a disponibilidade econômica ou jurídica desse lucro para os sócios. Um dos entendimentos firmados pelo Plenário foi de que a incidência do IRRF era constitucional para o titular de empresa individual, pois, apurado o lucro líquido, a destinação ficava ao sabor de manifestação de vontade única do titular, o que demonstrava a disponibilidade jurídica.

Por analogia, a autoridade fiscal poderia ver no único cotista do fundo exclusivo as mesmas características vistas no titular da empresa individual e, portanto, entender que os rendimentos acumulados no fundo deveriam ser tributados por ocasião da incorporação, fusão ou cisão, ainda que não fossem creditados/pagos.

Contudo, entende-se que essa argumentação fiscal não mereceria prosperar, seja por falta de base legal, seja por inocorrência do fato gerador do IRRF (aquisição de disponibilidade jurídica ou econômica sobre a renda). A disponibilidade jurídica exige a realização de todos os atos preparatórios para aperfeiçoar um crédito exigível – ou seja, depende da deliberação da assembleia geral reconhecendo o direito de o cotista exigir do fundo o pagamento do rendimento. A disponibilidade econômica, em que pese não se confunda com o simples trânsito financeiro, depende do efetivo recebimento dos recursos, sendo o regime aplicável às pessoas naturais e aos não residentes – isto é, a assembleia geral deve, além de deliberar pelo crédito dos recursos em conta individual, efetivamente pagar os recursos para o cotista.

Portanto, veem-se bons argumentos para defender que as operações de incorporação, fusão, cisão e transformação não implicam, necessariamente, disponibilidade de recursos para o cotista ou transferência de titularidade das cotas.

6.1.3 A inexistência de alíquotas inferiores na tributação do novo fundo

⁹⁵⁶ BRASIL. Recurso Extraordinário n. 172.058-1/SC, *opus citatum*.

O terceiro requisito exige que “*a composição da carteira do novo fundo não enseje aplicação de regime de tributação que preveja alíquotas inferiores às do fundo extinto*”. Esse requisito será analisado separadamente para dois tipos de operações: as operações de FII para FII, e as operações com FII e outras classes de fundos, tais como FIM ou FIP.

Na incorporação, fusão ou cisão de um FII em outro FII, é possível que o novo FII passe por alguma alteração da composição da carteira em comparação com o antigo FII. Por exemplo, a carteira do antigo FII poderia ser composta por cotas de FIP, ao passo que a carteira do novo FII poderia ser composta somente por imóveis. Além disso, o antigo FII poderia ser concentrado em poucos cotistas e o novo FII pode ser pulverizado entre muitos cotistas.

Nesse cenário hipotético, alguém poderia sugerir que o novo FII ensejaria a aplicação de um regime de tributação com alíquotas inferiores às do antigo FII. Analisando a composição da carteira, o antigo FII estava sujeito à incidência de 15% de IRRF sobre os rendimentos produzidos pelo FIP nos termos do art. 16-A da Lei n. 8.668/93, art. 2º da Lei n. 11.312/06, art. 1º, §3º, inciso I da Lei n. 11.033/04 e art. 2º da Lei n. 12.431/11, ao passo que o novo FII aproveitaria a isenção de IR para rendimentos e ganhos de capital produzidos por imóveis conforme o art. 16 da Lei n. 8.668/93. Analisando a titularidade das cotas, os cotistas concentrados estavam sujeitos a 20% de IRRF sobre os rendimentos distribuídos pelo antigo FII, enquanto os cotistas pulverizados pessoas físicas aproveitariam a isenção de IRRF sobre rendimentos distribuídos pelo novo FII.

No entanto, uma interpretação literal do terceiro requisito do art. 13 da Instrução Normativa RFB n. 1.585/15 conduz a conclusão diversa. Por uma interpretação literal, o “*regime de tributação*” é o arcabouço de normas definidoras da tributação, o que não se confunde com a efetiva tributação. Numa operação entre fundos igualmente classificados como FII, o arcabouço de normas tributárias é o dos FII. Diferenças de composição das carteiras do antigo FII e do novo FII podem ensejar diferentes alíquotas efetivas de tributação no nível do FII, mas não ensejam diferentes regimes de tributação. De igual modo, diferenças na titularidade do antigo FII e do novo FII também podem ensejar diferentes alíquotas efetivas de tributação no nível dos cotistas, mas não alteram o regime de tributação.

Quando quis, o legislador expressamente condicionou o regime de tributação à composição da carteira dos fundos. Um exemplo disso é o art. 2º, §5º, da Lei n. 11.312/06, que substitui a alíquota de 15% de IRRF por alíquotas regressivas de 22,5% até 15% de IRRF sobre os rendimentos auferidos pelo cotista quando da distribuição de valores por FIP que descumprir os limites de diversificação e as regras de investimento da CVM, ou cuja carteira não seja

composta de no mínimo 67% de ações de sociedades anônimas, debêntures conversíveis em ações e bônus de subscrição. Ocorre que, diferentemente desse exemplo do FIP, não há diferenciação do regime de tributação conforme a composição da carteira do FII. Sendo FII, o regime de tributação é um só.

Além disso, o terceiro requisito do art. 13 da Instrução Normativa RFB n 1.585/15 aparentemente se presta a evitar operações cujo único intuito seja substituir a tributação maior do fundo antigo pela tributação menor do fundo novo, especialmente sobre os rendimentos e ganhos de capital acumulados durante a vigência do fundo antigo.

Outras reflexões merecem ser feitas para as operações com FII e outras classes de fundos, tais como FIM ou FIP. A incorporação de um FII por um FIP ensejará a aplicação de um regime de tributação que preveja alíquotas inferiores às do fundo extinto, afinal, 20% é a alíquota de IRRF sobre rendimentos distribuídos pelo FII, e 15% é a alíquota de IRRF sobre a amortização, o resgate ou a alienação de cotas do FIP. Naturalmente, parte-se da premissa de que o FIP cumpra as regras da CVM.

Diversamente, pode ser discutido o efeito da incorporação de um FII por um FIM. O FIM prevê alíquotas regressivas de IRRF conforme o prazo da aplicação: 22,5% até 180 dias; 20% de 181 até 360 dias; 17,5% de 361 até 720 dias; e 15% a partir de 721 dias. Por isso, durante o primeiro ano de aplicação, o FIM não enseja uma tributação por alíquotas inferiores às do FII, porém, do segundo ano em diante, o FIM enseja uma tributação por alíquotas inferiores à do FII.

Alguém poderia argumentar que a incorporação ou a fusão de um FII em um FIM não seria capturada pelo terceiro requisito do art. 13 da Instrução Normativa RFB 1.585/15, porque a tributação por alíquotas inferiores não se dá imediatamente, mas só a partir do segundo ano de aplicação no FIM. Em que pese essa argumentação, a expressão “*regime de tributação*” não parece se referir à efetiva tributação no momento em que a operação é realizada, mas, sim, ao arcabouço de normas definidoras da tributação da aplicação em FIM.

Portanto, o terceiro requisito da Instrução Normativa RFB n. 1.585/15, que exige que “*a composição da carteira do novo fundo não enseje aplicação de regime de tributação que preveja alíquotas inferiores às do fundo extinto*”, parece ser cumprido pelas operações de FII para FII, ao passo que parece ser descumprido pelas operações com FII e outras classes de fundos, tais como FIM ou FIP.

Por fim, embora esse terceiro requisito seja aplicável à incorporação, à fusão e à cisão total, é defensável que esse terceiro requisito seja inaplicável à cisão parcial. Isso porque na

cisão parcial há uma parcela remanescente do antigo fundo e um novo fundo, tal que inexistente “*fundo extinto*” e, por conseguinte, não se aplica propriamente a exigência de que “*a composição da carteira do novo fundo não enseje aplicação de regime de tributação que preveja alíquotas inferiores às do fundo extinto*”.

6.1.4 O desuso do prazo de carência

A carência é o prazo estipulado no regulamento durante o qual o cotista terá restrições para solicitar o resgate de cotas do fundo, conforme o art. 2º, inciso XXXIX, e art. 4º da Instrução CVM 555/14. O termo inicial para a contagem do prazo de carência é a data de emissão da cota, nos termos do item 19 da Solução de Consulta Disit/SRRF08 106/2008.⁹⁵⁷

A carência é uma característica típica de fundos abertos, cujos cotistas podem solicitar o resgate de cotas durante o prazo de duração do fundo. Nos fundos abertos, o resgate de cotas pode ocorrer após o transcurso do prazo de carência (se houver carência) ou a qualquer tempo (se não houver carência).⁹⁵⁸ Comparativamente, a carência não se coaduna com os fundos fechados, cujos cotistas só podem solicitar o resgate de cotas no término do prazo de duração ou na liquidação do fundo.⁹⁵⁹

O FII é sempre um fundo fechado, nos termos do art. 2º da Lei n. 8.668/93. Por isso, o FII não é um fundo de investimento com prazo de carência. Dessa feita, a transformação do FII em outro tipo de fundo de investimento não se sujeita à hipótese de “*transformação de fundo de investimento com prazo de carência para fundo sem prazo de carência*” e, por conseguinte, não se sujeita à incidência de IRRF prevista pelo art. 12 da Instrução Normativa RFB 1.585/15.

6.2 A transformação do FII em uma sociedade

O art. 50 da Lei n. 4.728/65 prevê que “*os fundos em condomínios de títulos ou valores mobiliários poderão converter-se em sociedades anônimas de capital autorizado, a que se refere a Seção VIII, ficando isentos de encargos fiscais os atos relativos à transformação*”.

⁹⁵⁷ BRASIL. Solução de Consulta Disit/SRRF 08 n. 106 de 18 de abril de 2015, *opus citatum*, item 19.

⁹⁵⁸ *Ibidem*, item 19.

⁹⁵⁹ *Ibidem*, item 19.

BRUNO FAJERSZTAJN e RAMON TOMAZELA SANTOS analisaram o art. 50 da Lei n. 4.728/65 tendo em vista os fundos de investimento fechados que, diante da Medida Provisória n. 806/17, cogitaram a conversão em sociedades anônimas, a fim de evitar a tributação dos rendimentos em estoque e a tributação periódica dos rendimentos futuros de sua carteira.⁹⁶⁰

A seguir, o art. 50 da Lei n. 4.728/65 será analisado para as situações em que um FII, estando sujeito à fiscalização por supostamente ser tributável como pessoa jurídica nos termos do art. 2º da Lei n. 9.779/99, deseje se transformar em sociedade anônima para estancar eventual passivo tributário.

6.2.1 A origem do art. 50 da Lei n. 4.728/65

A Lei n. 4.728/65 adveio do Projeto de Lei n. 2.732/65 proposto pelo então Presidente da República Castello Branco, cuja Exposição de Motivos foi assinada pelo então Ministro da Fazenda Octávio Gouveia de Bulhões, o Ministro Extraordinário para o Planejamento e Coordenação Econômica Roberto de Oliveira Campos e o Ministro da Indústria e do Comércio Daniel Faraco.⁹⁶¹

O projeto visou à reorganização dos mercados financeiro e de capitais, que teriam sido fortemente deturpados por abusos, tais como a multiplicação de aplicações improdutivas, desrespeitando o dever de ampla divulgação de informações necessárias, beneficiando apenas os administradores e pessoas ligadas e, por conseguinte, gerando descrédito nas aplicações de poupança popular.⁹⁶²

De acordo com o item 6 da Exposição de Motivos, o projeto propunha estimular a aplicação da poupança popular nas empresas nacionais, por exemplo por meio da previsão da conversibilidade das debêntures em ações, bem como por meio de isenções previstas como incentivos especiais para a compra de ações, uma vez que o progresso do País muito dependia da subscrição de ações e da facilidade de sua transferência no mercado.⁹⁶³

⁹⁶⁰ FAJERSZTAJN, Bruno; SANTOS, Ramon Tomazela. **A transformação de fundo de investimento em sociedade anônima: análise do artigo 50 da Lei n. 4.728/1965**. Disponível em: <<https://www.marizadvogados.com.br/wp-content/uploads/2021/05/Art.07-2021.pdf>>. Acesso em: 28 nov. 2021.

⁹⁶¹ BRASIL. **Dossiê digitalizado do Projeto de Lei n. 2.732/65 da Câmara dos Deputados**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node01df8akq0lsdvv1odhrv379hr3e8697917.node0?codteor=1196652&filename=Dossie+-PL+2732/1965>. Acesso em: 04 nov. 2021.

⁹⁶² *Ibidem*, p. 24.

⁹⁶³ *Ibidem*, p. 26.

O art. 49 do Projeto de Lei n. 2.732/65 previa que os fundos em condomínio de títulos e valores mobiliários *deveriam*, dentro do *prazo de um ano prorrogável por igual período*, a critério do Banco Central, converter-se em sociedades anônimas de capital autorizado, ficando isentos de encargos fiscais os atos relativos à transformação.⁹⁶⁴ Ademais, o parágrafo único do art. 49 do Projeto de Lei n. 2.732/65 previa que as referidas sociedades anônimas *poderiam* contratar com *outra companhia de investimentos* a administração de sua carteira de investimentos, em obediência às normas gerais que seriam traçadas pelo CMN.

A Comissão de Economia, sob a relatoria do Deputado Floriano Rubim, procedeu a um profundo estudo do Projeto de Lei n. 2.732/65, tendo prevalecido o entendimento de que a aprovação do art. 49 com sua redação original poderia provocar consequências desastrosas para o mercado de valores mobiliários, pois os fundos de investimento se extinguiriam em um curto espaço de tempo, de modo que a legislação fiscal que regulava a matéria não deveria ser modificada sem um acurado estudo.⁹⁶⁵

Além disso, a Comissão de Economia salientou que os fundos de investimento vinham desempenhando satisfatoriamente bem as atribuições que lhes competiam e, por conseguinte, não havia razão para substituir uma instituição que estava cumprindo sua função no mercado de capitais (os fundos) por um novo instrumento cuja inocuidade, face à então legislação fiscal, não dava lugar a dúvida (as sociedades).⁹⁶⁶

A Comissão de Economia tornou optativo o que o projeto propunha que fosse compulsório e, além disso, acresceu modificações que a experiência demonstrou necessárias. A Emenda n. 20 propunha a alteração do art. 49 do Projeto de Lei n. 2.732/65, a fim de que a conversão dos fundos de investimento em sociedades anônimas de capital autorizado fosse uma possibilidade, não um dever.⁹⁶⁷ Além disso, a Emenda n. 20 incluiu três previsões: a administração das carteiras dos fundos em condomínio seria sempre contratada com companhias de investimento; os administradores dos fundos em condomínio realizariam, anualmente, assembleia geral para tomar as contas e deliberar sobre o balanço; e os fundos em condomínio seriam obrigados à auditoria independente.⁹⁶⁸

Conforme a justificativa da Emenda n. 20, o dever de conversão de fundos em sociedades seria um fator desestimulante do crescimento desse instrumento tão importante para

⁹⁶⁴ *Ibidem*, p. 21.

⁹⁶⁵ *Ibidem*, p. 114.

⁹⁶⁶ *Ibidem*, p. 114.

⁹⁶⁷ *Ibidem*, p. 281.

⁹⁶⁸ *Ibidem*, p. 281.

o mercado de capitais. Afinal, o fundo transformado em sociedade seria sobrecarregado com o ônus de vários tributos incidentes sobre aquela sociedade, o que prejudicaria diretamente o cotista transformado em acionista.⁹⁶⁹

Na visão da Comissão de Economia, a impossibilidade de adaptação imediata do sistema tributário tornava impraticável que os fundos, então constituídos sob a forma de condomínio, fossem obrigatoriamente transformados em sociedades anônimas de capital autorizado. Se fosse aprovada a redação original do projeto, os fundos em condomínio se veriam na contingência de liquidar seus acervos, jogando nas bolsas de valores uma massa não absorvível de ações, o que redundaria em um colapso inevitável do mercado, prejudicando milhares de acionistas e cotistas.⁹⁷⁰

Portanto, o art. 49 do Projeto de Lei n. 2.732/65 foi alterado pela Emenda n. 20, posteriormente foi substituído pelo art. 50 do Projeto de Lei da Câmara n. 104/65 e, por fim, originou o art. 50 da Lei n. 4.728/65.

6.2.2 A vigência do art. 50 da Lei n. 4.728/65

Cumprir investigar se o art. 50 da Lei n. 4.728/65 continua vigente após mais de cinquenta anos da sua publicação. A resposta é positiva pelas razões que seguem expostas.

A **primeira razão** é que o art. 50 da Lei n. 4.728/65 não é um dispositivo temporário cuja vigência tenha encerrado ou cujos efeitos tenham se exaurido no tempo. Se tivesse sido aprovada a redação original do art. 49 do Projeto de Lei n. 2.732/65, que previa para os fundos o dever de conversão em sociedades dentro do prazo de um ano prorrogável por igual período, claramente se estaria diante de um dispositivo legal temporário cuja vigência expiraria em um período máximo de dois anos e cujos efeitos se limitariam aos fatos perpetrados nesse tempo. No entanto, tendo sido aprovada a redação final do art. 50 da Lei n. 4.728/65 prevendo a possibilidade de os fundos em condomínio serem convertidos em sociedades a qualquer tempo, não há que se falar em dispositivo legal temporário.

A **segunda razão** é que, não se destinando à vigência temporária, o art. 50 da Lei n. 4.728/65 terá vigor até que outra lei o modifique ou o revogue. A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule

⁹⁶⁹ *Ibidem*, p. 281.

⁹⁷⁰ *Ibidem*, p. 281.

inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior, nos termos do art. 2º, §1º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. As leis ou disposições legais revogadas devem ser enumeradas expressamente em cláusula de revogação, de acordo com o art. 9º da Lei Complementar n. 95/98 e o art. 18 do Decreto 9.191/17. No entanto, não consta modificação ou revogação expressa para o art. 50 da Lei n. 4.728/65.

A **terceira razão** é a existência de no mínimo nove dispositivos legais vigentes que fazem remissão expressa ao art. 50 da Lei n. 4.728/65, quais sejam: art. 8º da Lei n. 9.311/96; art. 80 da Lei n. 8.981/95; art. 1º da Lei n. 8.849/94; art. 32 da Lei n. 7.730/89; art. 24 do Decreto-lei n. 2.287/86; art. 1º do Decreto-lei n. 2.285/86; art. 1º do Decreto-lei n. 2.072/83; art. 1º do Decreto-lei n. 1.980/82; e art. 18 do Decreto-lei n. 1.338/74.

A **quarta razão** é que o art. 50 da Lei n. 4.728/65 não foi declarado revogado pelo RIR/18 e constava expressamente do RIR/99, do RIR/94, do RIR/80 e do RIR/75. Vale lembrar que a consolidação das leis deve integrar todas as leis pertinentes a determinada matéria num único diploma legal, declarando a revogação de dispositivos implicitamente revogados por leis posteriores, nos termos do art. 13 da Lei Complementar n. 95/98 e arts. 45 e 46 do Decreto n. 9.191/17. Por isso, se de um lado o RIR/18 não menciona expressamente o art. 50 da Lei n. 4.728/65, de outro lado o RIR/18 também não declarou a revogação desse dispositivo legal que vinha sendo expressamente mencionado no RIR/99 (art. 782), no RIR/94 (arts. 677, 759 e 772), no RIR/80 (arts. 22, inciso XXI; 27, inciso III; 133, incisos II e III; 253, §3º; 514, §1º; 550; 571, inciso VI) e no RIR/75 (arts. 22, alínea “v”; 34, item I; 116; 223, alínea “e”; 359, alínea “f”).

A **quinta razão** consiste em o art. 50 da Lei n. 4.728/65 ter sido utilizado pela CVM no Parecer CVM/PJU n. 2/00⁹⁷¹ para fundamentar sua posição favorável à transformação de clubes de investimento em fundos de investimento em títulos e valores mobiliários. No caso, o Clube de Investimento CCF Brasil, originalmente integrado só por empregados do conglomerado financeiro CCF Brasil, consultou a CVM sobre a possibilidade de se transformar no Fundo de Investimento de Títulos e Valores Mobiliários CCF Valor, a fim de que suas cotas passassem a ser detidas por terceiros, sem se limitar ao máximo de 150 cotistas que na época eram admitidos por clube de investimento.⁹⁷² Ou seja, foi suscitada a dúvida sobre a existência de amparo legal à transformação do clube de investimento em fundo de investimento.

⁹⁷¹ BRASIL. **Parecer/CVM/PJU/Nº 02/00**. Disponível em: <https://www.investidor.gov.br/portaldoinvestidor/export/sites/portaldoinvestidor/galerias/pareceres/2000/Parecer_02_2000.pdf>. Acesso em: 03 jul. 2022.

⁹⁷² *Ibidem*, pp. 1-2.

A CVM reconheceu que na época inexistia legislação que tratasse da transformação pretendida, por isso, admitiu a operação com base em dispositivos legais que tratavam de outras transformações, tais como de fundo em sociedade, bem como de uma sociedade em outra sociedade.⁹⁷³ A CVM se baseou no art. 50 da Lei n. 4.728/65, que prevê a possibilidade de transformação de fundos em sociedades.⁹⁷⁴ A CVM mencionou os arts. 149 a 154 do Decreto-lei n. 2.627/40, que seriam praticamente idênticos aos arts. 220 a 222 da Lei n. 6.404/76, e que no seu entender regeriam a transformação de todos os tipos de sociedades, sem implicar dissolução e liquidação, mas dependendo do consentimento unânime dos sócios, salvo se prevista no estatuto/contrato.⁹⁷⁵

Diante desse arcabouço normativo, a CVM confirmou a possibilidade de transformação de um clube de investimento em um fundo de investimento, tendo feito expressa remissão ao art. 50 da Lei n. 4.728/65.

A **sexta razão** é o precedente da transformação do FII Modal I na empresa LCG Administradora de Imóveis S/A (atualmente denominada LCG Administradora de Imóveis Ltda.). Esse FII foi constituído em 27/05/97, administrado pelo Banco Modal S/A, e cancelado em 19/01/04.⁹⁷⁶ A companhia preservou o CNPJ n. 01.532.445/0001-85.⁹⁷⁷⁻⁹⁷⁸

Diante do exposto, entende-se que o art. 50 da Lei n. 4.728/65 continua vigente e, por isso, pode respaldar uma operação de transformação de FII em S/A.

6.2.3 Os requisitos do art. 50 da Lei n. 4.728/65

O art. 50 da Lei n. 4.728/65, ao tratar da possibilidade de conversão/transformação de fundos em companhias, condiciona a isenção de encargos fiscais ao cumprimento de três requisitos: *a*) a organização do fundo na forma de *condomínio de títulos e valores mobiliários*; *b*) a operação ser realizada como *conversão/transformação*; e *c*) a organização final na forma de *sociedade anônima de capital autorizado*. A seguir, esses requisitos serão analisados.

⁹⁷³ *Ibidem*, p. 6.

⁹⁷⁴ *Ibidem*, p. 3.

⁹⁷⁵ *Ibidem*, p. 3.

⁹⁷⁶ CVM. **Sistema de consulta a fundos cancelados**. Disponível em: <https://cvmweb.cvm.gov.br/SWB/default.asp?sg_sistema=fundoscanc>. Acesso em: 25 jan. 2022.

⁹⁷⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, 10ª Câmara Cível, Rel. Des. Juarez Fernandes Folhes, **Agravo de Instrumento n. 0062178-82.2020.8.19.0000**, julgado em 14/04/21, publicado em 16/04/21.

⁹⁷⁸ BRASIL. **Processo RJ-2002-6711**, Interessado Banco Modal S/A, Requerente FII Modal Corporativo I, abertura em 16/09/02.

Primeiramente, questiona-se: seriam os FII *fundos em condomínio de títulos e valores mobiliários*? Entende-se que sim. De um lado, não restam dúvidas de que o FII seja um *fundo em condomínio* – afinal, os fundos de investimento em geral são condomínios de natureza especial por força do art. 1.368-C do Código Civil de 2002, e o FII é constituído sob a forma de condomínio fechado conforme o art. 2º da Lei n. 8.668/93. De outro lado, deve-se concluir que o FII são *fundos em condomínios de títulos ou valores mobiliários*, pois os FII investem em títulos e valores mobiliários. Aqui, vale recordar o conceito de títulos e valores mobiliários.

Os *títulos* são instrumentos que representam direitos, tais como título de crédito,⁹⁷⁹ título ao portador,⁹⁸⁰ título à ordem,⁹⁸¹ título nominativo,⁹⁸² título de doação, herança ou legado,⁹⁸³ título da obrigação,⁹⁸⁴ título de cessão,⁹⁸⁵ título de arras,⁹⁸⁶ títulos garantidos pela União,⁹⁸⁷ título de habilitação,⁹⁸⁸ títulos de bolsa, mercadorias ou valores,⁹⁸⁹ títulos de renda fixa,⁹⁹⁰ título transmissivo,⁹⁹¹ título hipotecário,⁹⁹² títulos da dívida pública,⁹⁹³ título aquisitivo⁹⁹⁴ e título em geral.⁹⁹⁵

Já os *valores mobiliários* são títulos sujeitos às regras e à fiscalização da CVM. De 1976 até 1997, o art. 2º da Lei n. 6.385/76 continha um rol estrito do que naquela época eram considerados valores mobiliários, a saber: ações; partes beneficiárias; debêntures; cupões e bônus de subscrição; certificados de depósito de valores mobiliários; e outros títulos criados ou emitidos pelas sociedades anônimas, a critério do CMN. Em 1998, o art. 1º da Medida Provisória n. 1.637/98 adotou um conceito amplo de valores mobiliários, que foi positivado pela Lei n. 10.303/01, que ampliou o rol de valores mobiliários do art. 2º da Lei n. 6.385/76, passando a incluir os títulos ou contratos de investimento coletivo, ofertados publicamente, que

⁹⁷⁹ BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**, *opus citatum*, arts. 202, IV; 206, §3º, VIII; 223, parágrafo único; 291; 258; 887-903; 1.395; 1.410, VII; 1.458-1.460.

⁹⁸⁰ *Ibidem*, arts. 904-909.

⁹⁸¹ *Ibidem*, arts. 910-920.

⁹⁸² *Ibidem*, arts. 921-926; 1.713, §2º.

⁹⁸³ *Ibidem*, art. 979.

⁹⁸⁴ *Ibidem*, arts. 244; 386.

⁹⁸⁵ *Ibidem*, art. 292.

⁹⁸⁶ *Ibidem*, art. 417.

⁹⁸⁷ *Ibidem*, art. 29.

⁹⁸⁸ *Ibidem*, art. 606.

⁹⁸⁹ *Ibidem*, art. 816.

⁹⁹⁰ *Ibidem*, art. 1.187, inciso III.

⁹⁹¹ *Ibidem*, art. 1.275, parágrafo único.

⁹⁹² *Ibidem*, art. 1.387, parágrafo único; 1.495.

⁹⁹³ *Ibidem*, art. 1.395, parágrafo único; 1.491; 1.715, parágrafo único.

⁹⁹⁴ *Ibidem*, art. 1.481.

⁹⁹⁵ *Ibidem*, arts. 233; 252, §4º; 321; 324; 501; 525; 529; 668; 850; 880; 1.123; 1.201, parágrafo único; 1.213; 1.228, §5º; 1.238; 1.240, §1º; 1.241, parágrafo único; 1.242; 1.245-1.247; 1.260-1.261; 1.268, §2º; 1.360; 1.361, §1º; 1.362; 1.379; 1.381; 1.389; 1.421; 1.476; 1.485; 1.492; 1.753, §1º; 1.754, II; 1.757; 1.824.

gerassem direito de participação, de parceria ou de remuneração, inclusive resultante de prestação de serviços, cujos rendimentos adviessem do esforço do empreendedor ou de terceiro.

Diante disso, entende-se que o FII é um *fundo em condomínio de títulos e valores mobiliários*, pois o art. 1º da Lei n. 8.668/93 exige que o FII destine recursos à aplicação em empreendimentos imobiliários, e o art. 45 da Instrução CVM n. 472/08 arrola os ativos considerados empreendimentos imobiliários: na categoria dos *títulos*, quaisquer direitos reais sobre bens imóveis; e na categoria dos *valores mobiliários*, os títulos ou contratos de investimento coletivo ofertados publicamente, tais como ações, CRI e FIDC de emissores registrados na CVM.

Em segundo lugar, qual seria o significado dos termos “*converter-se*” e “*transformação*” utilizados no art. 50 da Lei n. 4.728/65? Alguém poderia supor que o art. 50 da Lei n. 4.728/65, ao se valer do termo “*converter-se*”, estaria fazendo referência a um evento diverso da “*transformação*”. No entanto, o art. 50 da Lei n. 4.728/65 emprega os termos “*converter-se*” e “*transformação*” como sinônimos. Essa equivalência semântica aparece também no art. 1.113 do Código Civil de 2002, que primeiro enuncia que “*o ato de transformação independe de dissolução ou liquidação da sociedade*” e depois completa que “*obedecerá aos preceitos reguladores da constituição e inscrição próprios do tipo em que vai converter-se*”.

A transformação é a operação pela qual uma sociedade passa de uma espécie para outra, independentemente de dissolução ou liquidação, conforme atualmente está previsto pelo art. 220 da Lei n. 6.404/76 e pelo art. 1.113 do Código Civil de 2002, e conforme na época da publicação do art. 50 da Lei n. 4.728/65 estava previsto no art. 149 do Decreto-lei n. 2.627/40. Em suma, a transformação é a alteração do tipo societário – por exemplo, uma sociedade anônima pode ser transformada em sociedade limitada, e vice-versa. Logo, em seu conceito geral, a transformação não se destina a um fundo de investimento ou um condomínio, mas somente a sociedades.

ALOYSIO LOPES PONTES⁹⁹⁶ acusa a falta de técnica do legislador de 1965, que por meio do art. 50 da Lei n. 4.728/65 teria expandido o escopo da transformação para os fundos em condomínio de títulos e valores mobiliários, sendo que até então a transformação era destinada só às sociedades. Nas palavras do autor, seria impossível transformar ou converter

⁹⁹⁶ PONTES, Aloysio Lopes. **Instituições Financeiras Privadas**. Rio de Janeiro: Forense, 1973, p. 101.

um fundo em companhia, pois o fundo, além de não ter personalidade jurídica, não constituiria espécie de sociedade, sendo apenas um patrimônio afetado.

Essa posição do autor comporta críticas. A ausência de personalidade jurídica não é razão suficiente para negar a possibilidade de transformação. Não se nega que a transformação era/continua aplicável às sociedades. Tampouco se nega que os fundos sejam condomínios, que não se confundem com as sociedades, a despeito de eventualmente ostentarem elementos societários, tais como a comunhão de escopo entre condôminos e a inexistência de direito sobre os bens e direitos da carteira. O que se defende é que o legislador criou uma realidade própria ao prever no art. 50 da Lei n. 4.728/65 que os fundos em condomínio de títulos e valores mobiliários são passíveis de transformação em companhias de capital autorizado. Em outras palavras, antes do art. 50 da Lei n. 4.728/65 a transformação era restrita às sociedades, mas desde o art. 50 da Lei n. 4.728/65 a transformação pode ser realizada também por fundos, contanto que sejam atendidos os requisitos legais.

A possibilidade de conversão de um ente diverso da sociedade foi recentemente prevista em ato infralegal, afinal, os arts. 84 e 85 da Instrução Normativa DREI n. 81/20⁹⁹⁷ preveem os trâmites para a conversão de associação em sociedade empresária, e vice-versa. Portanto, entende-se que a previsão, pelo art. 50 da Lei n. 4.728/65, da conversão de um fundo em uma sociedade, embora possa ter causado estranheza na década de 60, guarda semelhança com outras operações admitidas na atualidade.

Em terceiro lugar, o que seriam “*sociedades anônimas de capital autorizado, a que se refere a Seção VIII*”? Conforme remissão feita pelo próprio art. 50 da Lei n. 4.728/65, as sociedades anônimas de capital autorizado foram positivadas nos arts. 45 a 48 da Lei n. 4.728/65. Esses dispositivos legais ainda estão em vigor, tendo sido complementados pelos arts. 24, III; 59, §2º; 75; 138, §2º; 168; todos da Lei n. 6.404/76.

Tratam-se de sociedades anônimas cujo capital subscrito é inferior ao autorizado pelo estatuto social. Em outras palavras, o estatuto social autoriza o aumento do capital social independentemente de reforma estatutária dentro de determinado limite. Essa autorização deve delimitar o aumento do capital (número de ações ou valor de capital, a ser corrigido anualmente), as características das ações (espécie e classe), o órgão competente para essa deliberação (assembleia geral ou conselho de administração) e as condições da emissão (com ou sem preferência).

⁹⁹⁷ BRASIL. **Instrução Normativa DREI n. 81, de 10 de junho de 2020**. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/instrucao-normativa-n-81-de-10-de-junho-de-2020-261499054>>. Acesso em: 04 jul. 2022.

O capital autorizado pode estar presente em companhias fechadas ou abertas, conferindo liberdade para aumentar o capital dentro do limite preestabelecido, sem convocar assembleia geral ou alterar o estatuto social. São exemplos de companhias de capital autorizado o Banco Santander (Brasil) S/A, a Magazine Luiza S/A, a AES Brasil Energia S/A, a Movida Participações S/A, a Simpar S/A, a Oi S/A, a Ultrapar Participações S/A, a Suzano S/A, dentre outras.

Uma vez que sejam cumpridos os três requisitos acima expostos, o art. 50 da Lei n. 4.728/65 garante a isenção de encargos fiscais nos atos relativos à transformação dos fundos em companhias de capital autorizado. Quais seriam esses *encargos fiscais*? Seria isso realmente uma *isenção*?

O art. 50 da Lei n. 4.728/65 entrou em vigor em 16/07/65, durante a vigência da Constituição Federal de 1946. No entanto, o sistema tributário foi redesenhado dali a seis meses pela Emenda Constitucional n. 18/65 e, posteriormente, foi detalhado pelo Código Tributário Nacional. Por isso, o sentido da expressão “*encargos fiscais*” será construído a partir dos tributos que existiam em 1965.

O primeiro encargo fiscal em análise é o atual *ITBI*. Conforme segue descrito, de 1965 até hoje, o ITBI foi alterado em sua materialidade e na sua competência tributária. Porém, a incidência de ITBI sempre esteve condicionada à transmissão de imóveis, o que inexistia na transformação. Consequentemente, não incide ITBI sobre a mera transformação.

Em 1965, os Municípios eram competentes para instituir os impostos sobre a transmissão de propriedade imobiliária *inter vivos* e sua incorporação ao capital de sociedades, de acordo com o art. 29, inciso III, da Constituição Federal de 1946, com a redação dada pela Emenda Constitucional n. 5/61.

Em 1966, os Estados passaram a ser competentes para instituir o imposto sobre a transmissão de bens imóveis por natureza ou por cessão física, e de direitos reais sobre imóveis exceto os de garantia, bem como cessão de direitos à sua aquisição, excluída da incidência a transmissão dos bens e direitos para incorporação ao capital das pessoas jurídicas, salvo se sua atividade preponderante fosse venda ou a locação de propriedade imobiliária ou a cessão de direitos relativos à sua aquisição, conforme o art. 9º da Emenda Constitucional n. 18/65.

Em 1988, os Municípios retomaram a competência para instituir esse imposto, cuja materialidade exclui tanto a transmissão de bens ou direitos incorporados ao patrimônio da pessoa jurídica em realização de capital, quanto a transmissão de bens e direitos decorrentes de fusão, incorporação, cisão ou extinção de pessoa jurídica, salvo se nesses casos a atividade

preponderante do adquirente for a compra e venda desses bens ou direitos, locação de bens imóveis ou arrendamento mercantil, consoante o art. 156, inciso II, §2º, inciso I, da Constituição Federal de 1988.

Logo, o ITBI foi alterado na sua materialidade (em 1965, o ITBI poderia incidir sobre a transmissão de imóveis em incorporação ao capital de sociedades; desde 1966, o ITBI não incide sobre a transmissão de imóveis em incorporação ao capital de sociedades, salvo se a pessoa jurídica tiver atividade preponderantemente imobiliária; desde 1988, o ITBI não incide na transmissão de imóveis em fusão, incorporação, cisão ou extinção, salvo se a pessoa jurídica tiver atividade preponderantemente imobiliária) e na sua competência (em 1965, os Municípios; de 1966 até 1988, os Estados; desde 1988, os Municípios).

Em que pesem essas alterações, desde 1965 o ITBI incide sobre a transmissão de bens imóveis, assim entendida a transferência jurídica da propriedade imobiliária, o que inexistente na transformação. A preservação do CNPJ é prova adicional de que a transformação mantém inalterada a titularidade dos imóveis. Portanto, como a transformação não implica transferência jurídica dos imóveis, não incide ITBI sobre a transformação. Esse fato é ainda reforçado pelo art. 50 da Lei n. 4.728/65, que genericamente assegura a isenção de encargos fiscais sobre os atos relativos à transformação.

O segundo encargo fiscal em análise é o atual *IR*. Conforme segue detalhado, desde 1965 não foi alterada a materialidade e a competência tributária do *IR*. No entanto, o fato gerador do *IR* é a aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica sobre a renda, o que não se verifica na transformação, sem que haja crédito ou pagamento de recursos aos titulares do ente original transformado.

Desde 1965, a União é competente para instituir o imposto sobre renda e proventos de qualquer natureza, consoante o art. 15, inciso III, da Constituição Federal de 1946, o art. 8º, inciso II, da Emenda Constitucional n. 18/65, e atualmente o art. 153, inciso III, da Constituição Federal de 1988. Em 1966, foi positivado o fato gerador como a aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica da renda (produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos) e dos proventos de qualquer natureza (outros acréscimos patrimoniais), de acordo com o art. 43 do Código Tributário Nacional. Logo, a questão relevante é se a transformação de um fundo em companhia é fato gerador do *IR*.

A transformação não implica dissolução ou liquidação, conforme expresso pelo art. 1.113 do Código Civil de 2002 e pelo art. 220 da Lei n. 6.404/76. A transformação é uma

solução de continuidade e, por conseguinte, não implica extinção ou resolução do ente original, mas mera alteração de sua forma jurídica.

A transformação tampouco se confunde com a alienação, assim entendida a compra e venda, a permuta, a adjudicação, a desapropriação, a dação em pagamento, a doação, a procuração em causa própria, a promessa de compra e venda, a cessão de direitos, a promessa de cessão de direitos, e os contratos afins, a teor do art. 3º, §3º, da Lei n. 7.713/88. A mudança de titularidade jurídica de um bem ou direito é um elemento típico da alienação, mas não está presente na transformação, que preserva a titularidade do ente original, alterando apenas sua forma jurídica.

Alguém poderia supor que a transformação acarreta a devolução do patrimônio aos cotistas do fundo em condomínio de títulos e valores mobiliários, seguida da contribuição de bens e direitos para o capital social da sociedade anônima de capital autorizado. Contudo, por ocasião da transformação do condomínio de títulos e valores mobiliários em sociedade anônima de capital autorizado, os cotistas não adquirem controle sobre os recursos, não podem exigir quaisquer pagamentos, tampouco recebem caixa ou equivalentes de caixa. Inexiste realização da renda propriamente dita, o que afasta a configuração do fato gerador do IR.

Não se pode simplesmente transpor, para a transformação de fundo em sociedade, os efeitos tributários imputados pelos tribunais administrativos⁹⁹⁸ e judiciais⁹⁹⁹ para a desmutualização da BM&F e da BOVESPA. Se de um lado os tribunais concluíram que uma associação registrada no Registro Civil não poderia ser só transformada em uma sociedade anônima registrada na Junta Comercial, mas estaria obrigada a devolver seu patrimônio aos associados para subsequente aumento de capital social e consequente incidência de IR, de outro lado a isenção de encargos da conversão de fundos em companhias é expressamente garantida pelo art. 50 da Lei n. 4.728/65 – logo, aqui há base legal para a neutralidade tributária na transformação.

Portanto, o art. 50 da Lei n. 4.728/65, além de permitir expressamente a transformação de um fundo de investimento em companhia de capital autorizado, assegura a isenção de encargos fiscais dessa transformação, o que previne qualquer discussão sobre a incidência de ITBI ou IR.

⁹⁹⁸ BRASIL. Câmara Superior de Recursos Fiscais, 1ª Turma, **Acórdão n. 9101-002.462**, Processo n. 16327.000002/2010-36, julgado em 19/10/16.

⁹⁹⁹ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região, **Apelação Cível n. 0008522-15.2009.4.03.6100/SP**, Rel. Des. Fed. Márcio Moraes, julgado em 19/07/12.

6.3 Novos negócios com FII

Novos negócios podem ser desenvolvidos por meio dos FII. Os *FII de imóveis públicos*, cujos primeiros exemplares já foram constituídos, podem auxiliar o desenvolvimento de políticas voltadas ao uso social de imóveis públicos residenciais e ao desenvolvimento dos entornos de imóveis públicos comerciais. Os *FII com patrimônios segregados por classe de cotas*, tão logo sejam regulamentados, viabilizarão o investimento coletivo em imóveis fora dos eixos tradicionalmente visados pelos mercados financeiro e de capitais. Os *FII com ativos gravados com ônus reais* já estão disponíveis para quem pretenda organizar a sucessão. Por fim, o *Fiagro*, cujo regramento jurídico e tributário se assemelha ao do FII, poderá gerar novas linhas de crédito rural.

6.3.1 O FII de imóveis públicos

Durante os meses de julho a dezembro de 2021, o BNDES e a FGV uniram esforços para promover a Jornada de Direito dos Imóveis Públicos, que reuniu especialistas atuantes em diversas frentes (governo, advocacia privada e pública, órgãos de controle e academia), a fim de discutir e propor soluções jurídicas para o aproveitamento dos imóveis do setor público por meio de FII.¹⁰⁰⁰ Ao final, foram publicados enunciados e um relatório, cujo teor se passa a analisar criticamente.¹⁰⁰¹

O FII pode oferecer uma gestão eficiente dos imóveis públicos.¹⁰⁰² Isso porque o gestor profissional tem melhores condições de definir a vocação dos imóveis, aprovar o projeto de construção ou parcelamento do solo, obter a licença ambiental, e antecipar recursos por meio da negociação de cotas, o que é especialmente útil para imóveis cuja alienação imediata seja inviável ou imponha um desconto significativo no preço de venda, tais como os imóveis com potencial de desenvolvimento, indevidamente ocupados, com risco de invasão ou deterioração física, pendentes de regularização fundiária, subsidiados para venda ou locação social, dentre

¹⁰⁰⁰ BNDES. **Jornada de Direito dos Imóveis Públicos**. Disponível em: <<https://www.bndes.gov.br/wps/portal/site/home/conhecimento/seminarios/jornada-de-direito-de-imoveis-publicos>>. Acesso em: 15 jun. 2022.

¹⁰⁰¹ BNDES. **Enunciados da Jornada de Direito dos Imóveis Públicos**. Disponível em: <https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/bitstream/1408/21763/3/BNDES_Enunciados%20Jornada%20Direito%20im%c3%b3veis%20P%c3%bablicos_215377.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2022.

¹⁰⁰² *Ibidem*, p. 18.

outros.¹⁰⁰³ Essas vantagens devem ser comparadas com os custos adicionais do FII, sendo útil realizar um prévio estudo de viabilidade econômico-financeira.¹⁰⁰⁴

Questiona-se: um FII de imóveis públicos estaria sujeito ao regime jurídico do Direito Público ou do Direito Privado? Entende-se aplicável o regime jurídico do Direito Privado.¹⁰⁰⁵ Ainda que o FII seja desprovido de personalidade jurídica, e mesmo que um ente público seja o único ou maior cotista, o FII não “*emprestaria*” do ente público a natureza jurídica de Direito Público.¹⁰⁰⁶ Na realidade, os imóveis públicos, uma vez transferidos para o FII, seriam desvinculados do regime público, passando a ser regidos pelo regime privado.¹⁰⁰⁷ Consequentemente, o FII de imóveis públicos sujeita-se à incidência de ITBI e IPTU, porque a ele não se aplica a imunidade recíproca que veda a instituição de impostos sobre patrimônio, renda e serviços dos entes federados, autarquias e fundações públicas, conforme o art. 150, inciso VI, alínea “a”, da Constituição Federal de 1988.¹⁰⁰⁸

A integralização do patrimônio do FII com bens públicos da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas sujeita-se à devida justificação do interesse público, a avaliação prévia e a autorização legislativa, conforme o art. 17, inciso I, da Lei n. 8.666/93 (antiga Lei das Licitações) e o art. 76, inciso I, da Lei n. 14.133/21 (nova Lei das Licitações).¹⁰⁰⁹ A autorização legislativa pode ser genérica (alienação de imóveis públicos), mas, se possível, deve ser específica (integralização de cotas de FII com imóveis públicos).¹⁰¹⁰

Já existem alguns exemplos de leis específicas sobre esse tema. A Lei n. 13.240/15 autorizou a alienação de imóveis da União, das autarquias federais e das fundações públicas federais para a constituição de fundos.¹⁰¹¹ A Lei Paulista n. 16.338/16 autorizou a alienação de imóveis da Fazenda do Estado de São Paulo para a integralização de cotas de um FII.¹⁰¹² Ademais, a Lei Paulista n. 16.499/17 autorizou a participação da São Paulo Previdência,

¹⁰⁰³ *Ibidem*, p. 18.

¹⁰⁰⁴ *Ibidem*, p. 19.

¹⁰⁰⁵ *Ibidem*, p. 19.

¹⁰⁰⁶ *Ibidem*, p. 19.

¹⁰⁰⁷ *Ibidem*, p. 19.

¹⁰⁰⁸ *Ibidem*, p. 19.

¹⁰⁰⁹ BNDES. **Enunciados da Jornada de Direito dos Imóveis Públicos**, *opus citatum*, p. 21.

¹⁰¹⁰ *Ibidem*, p. 13.

¹⁰¹¹ BRASIL. **Lei n. 13.240, de 30 de dezembro de 2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/113240.htm>. Acesso em: 16 jun. 2022.

¹⁰¹² BRASIL. **Lei Paulista n. 16.338, de 14 de dezembro de 2016**. Disponível em: <<https://www.al.sp.gov.br/norma/180243>>. Acesso em: 16 jun. 2022.

também denominada SPPREV, como cotista de FII.¹⁰¹³ A Lei Mineira n. 22.606/17 autorizou a alienação de imóveis do Estado de Minas Gerais para dois FII.¹⁰¹⁴

A integralização do patrimônio do FII com bens públicos das empresas públicas, das sociedades de economia mista e das suas subsidiárias sujeita-se à avaliação prévia e autorização legislativa, conforme o art. 173, §1º, da Constituição Federal de 1988 e o art. 49 da Lei n. 13.303/16 (Lei das Estatais).¹⁰¹⁵ Há precedentes exitosos sobre essa matéria. A Caixa Econômica Federal, que é uma empresa pública, transferiu várias agências em integralização do capital do FII Agências Caixa em 2012, foi renomeado para FII Rio Bravo Renda Varejo em 2018.¹⁰¹⁶ O Banco do Brasil S/A, que é uma sociedade de economia mista, transferiu várias agências em integralização do capital de dois fundos de investimento: o FII BB Progressivo em 2004;¹⁰¹⁷ e o FII BB Progressivo II em 2011.¹⁰¹⁸

Questão controvertida diz respeito à licitação para a incorporação de cotas de FII com imóveis públicos. Seria a licitação necessária, dispensada ou inexigível?

Tratando-se da alienação de imóveis da administração direta, das autarquias e das fundações públicas, a licitação é geralmente exigida nas modalidades de concorrência e/ou leilão, mas é dispensada no caso de dação em pagamento, nos termos do art. 17, inciso I, alínea “a”, da Lei n. 8.666/93 e do art. 76, inciso I, alínea “a”, da Lei n. 14.133/21.¹⁰¹⁹ Ocorre que a incorporação de cotas de FII com imóveis públicos não é exatamente uma dação em pagamento, pois o credor (FII) não consente em receber do devedor (ente público) prestação diversa da que lhe é devida (por exemplo, imóveis em vez de dinheiro), mas recebe exatamente o que lhe é devido (imóveis, tal qual previsto no regulamento do FII), nisso divergindo do art. 356 do Código Civil de 2002. Por isso, até que a questão seja pacificada, é compreensível a cautela de alguns entes públicos ao preverem a licitação para a alienação dos imóveis públicos, nos termos do art. 6º da Lei Paulista n. 16.338/16.

¹⁰¹³ BRASIL. **Lei Paulista n. 16.499, de 21 de julho de 2017**. Disponível em: <<https://www.al.sp.gov.br/norma/?id=182521>>. Acesso em: 18 jun. 2022.

¹⁰¹⁴ BRASIL. **Lei Mineira n. 22.606, de 20 de julho de 2017**. Disponível em: <http://www.fazenda.mg.gov.br/governo/contadoria_geral/legislacao/tipolegis/_leie.html>. Acesso em: 16 jun. 2022.

¹⁰¹⁵ BRASIL. **Enunciados da Jornada de Direito dos Imóveis Públicos**, *opus citatum*, p. 21.

¹⁰¹⁶ B3. **Demonstrações financeiras do FII Rio Bravo Renda Varejo em 12/20**. Disponível em: <<https://fnet.bmfbovespa.com.br/fnet/publico/visualizarDocumento?id=160357&cvm=true>>. Acesso em: 16 jun. 2022.

¹⁰¹⁷ B3. **Demonstrações financeiras do FII BB Progressivo em 12/20**. Disponível em: <<https://fnet.bmfbovespa.com.br/fnet/publico/visualizarDocumento?id=157276&cvm=true>>. Acesso em: 16 jun. 2022.

¹⁰¹⁸ B3. **Demonstrações financeiras do FII BB Progressivo II em 12/20**. Disponível em: <<https://fnet.bmfbovespa.com.br/fnet/publico/visualizarDocumento?id=123354&cvm=true>>. Acesso em: 16 jun. 2022.

¹⁰¹⁹ BNDES. **Enunciados da Jornada de Direito dos Imóveis Públicos**, *opus citatum*, p. 12.

Tratando-se da alienação de imóveis por empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias, a licitação é geralmente necessária, mas é dispensada se a escolha do parceiro estiver associada a suas características particulares, vinculada a oportunidades de negócio definidas e específicas, assim como justificada a inviabilidade do procedimento competitivo, a teor dos arts. 49 e 28, §3º, inciso II, da Lei n. 13.303/16 (Lei das Estatais). A dispensa de licitação na integralização das cotas do FII BB Progressivo e FII BB Progressivo II foi validada pelo Tribunal de Contas da União, que reconheceu a possibilidade de sociedades de economia mista que explorem atividade econômica prescindirem da realização de licitação para a contratação de bens e serviços que constituam sua atividade fim, nas hipóteses em que a realização de licitação constitua óbice intransponível à persecução dos objetivos da entidade.¹⁰²⁰ Entende-se que foi acertada essa decisão, pois o Banco do Brasil S/A transferiu seus imóveis pelo valor de mercado ou justo, sem prejuízo ao Erário, sem enriquecimento ilícito ou favorecimento indevido de outrem, atendendo aos níveis mínimos de capital e patrimônio líquido constantes do Acordo de Basileia e, com isso, preservando a competitividade perante outras instituições financeiras que já tinham adotado a estratégia de *sale and lease back*.¹⁰²¹

A licitação é inexigível para a contratação dos serviços de modelagem, constituição, administração e gestão do FII, porque são serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual, conforme o art. 25, inciso II, da Lei n. 8.666/93 (antiga Lei das Licitações), o art. 74, inciso III, da Lei n. 14.133/21 (nova Lei das Licitações) e o art. 30, inciso II, da Lei n. 13.303/16 (Lei das Estatais). A União está dispensada da licitação na contratação de instituições financeiras oficiais federais para prestar os serviços supracitados, bem como na contratação do BNDES para realizar estudos e executar o plano de desestatização de ativos imobiliários, conforme o art. 20, §3º, da Lei n. 13.240/15 e art. 24-D da Lei n. 9.636/98.¹⁰²²

Por força do art. 150, inciso VI, alínea “a”, da Constituição Federal de 1988, a administração pública direta, as autarquias e as fundações são imunes de IRRF sobre rendimentos distribuídos pelo FII e, ademais, são imunes de IR sobre ganhos líquidos ou de capital auferidos na alienação de cotas de FII¹⁰²³ – isto é, no máximo, esses entes públicos

¹⁰²⁰ BRASIL. Tribunal de Contas da União, Plenário, **Acórdão 493/17**, julgado em 22/03/2017. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*KEY%253AACORDAO-COMPLETO-2030465/DTRELEVANCIA%2520desc/0/sinonimos%253Dfalse>. Acesso em: 16 jun. 2022.

¹⁰²¹ BRASIL. **Enunciados da Jornada de Direito dos Imóveis Públicos**, *opus citatum*, p. 6.

¹⁰²² *Ibidem*, p. 30.

¹⁰²³ *Ibidem*, p. 38.

estarão sujeitos à incidência de CSLL, PIS e COFINS sobre rendimentos e ganhos decorrentes de cotas do FII, pois a imunidade prevista para impostos não se estende às contribuições.¹⁰²⁴

Entende-se que, especialmente nos municípios e regiões metropolitanas, o FII de imóveis públicos possa contribuir para a associação entre as isenções tributárias do FII e as configurações desejadas de ocupação urbana, tanto para a construção/locação de unidades habitacionais destinadas à moradia social com o objetivo de democratizar o acesso às já instaladas redes públicas de infraestrutura, quanto para a construção/locação de unidades comerciais ou indústrias voltadas ao desenvolvimento de novos centros urbanos de comércio e serviço.¹⁰²⁵

6.3.2 O FII com classes de cotas e patrimônios segregados

O ordenamento jurídico brasileiro recepcionou as inovações introduzidas pela Lei n. 13.874/19 (Lei da Liberdade Econômica). Uma das novidades foi o art. 1.368-D, inciso III e §3º, do Código Civil de 2002, que prevê que os fundos de investimento poderão estabelecer classes de cotas com patrimônios segregados, tal que o patrimônio segregado só responderá por obrigações vinculadas à respectiva classe de cotas.

Diante dessa novidade introduzida pelo legislador, a CVM publicou o Edital de Audiência Pública SDM n. 08/20, submetendo à audiência pública uma minuta da resolução para modernizar a regulação dos fundos de investimento brasileiros.¹⁰²⁶ Os interessados puderam se manifestar até 15/04/21 e, desde então, a matéria está em análise na CVM. Supondo que seja aprovada a redação original da minuta de resolução, já é possível antecipar a regulação que será aplicada aos fundos de investimento com patrimônios segregados por classes de cotas, com base no item 3.3 do edital e dos arts. 4º, 7º, 44, 59, 60, 63, 64 e 65 da minuta da resolução.¹⁰²⁷

O regulamento do fundo de investimento poderá prever a existência de diferentes classes de cotas com direitos e obrigações distintos, e o administrador deverá constituir um patrimônio

¹⁰²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 1ª Turma, **Agravo Regimental no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 831.381/PR**, julgado em 09/03/2018.

¹⁰²⁵ FRANCO, Fernando Túlio Salva Rocha. **Tijolos de papel: dimensões territoriais da isenção tributária dos fundos de investimento imobiliário no Brasil**. Dissertação de Mestrado em Gestão e Políticas Públicas pela Escola de Administração de Empresas de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas. São Paulo: 2019, pp. 105-106.

¹⁰²⁶ CVM. **Edital de Audiência Pública SDM n. 08/20**. Disponível em: <https://conteudo.cvm.gov.br/export/sites/cvm/audiencias_publicas/ap_sdm/anexos/2020/SDM0820_Edital_20201203.pdf>. Acesso em: 16 jun. 2022.

¹⁰²⁷ *Ibidem*, pp. 9-11; 33; 34; 48; 54; 55.

segregado para cada classe de cotas.¹⁰²⁸ Todas as classes de cotas deverão pertencer à mesma categoria do fundo – ou seja, não será permitida a emissão de classes de cotas que alterem o tratamento tributário do fundo.¹⁰²⁹ Cada patrimônio segregado responderá somente por obrigações vinculadas à respectiva classe de cotas.¹⁰³⁰ O fundo de investimento que tiver uma só classe de cotas poderá constituir subclasses, mas não poderá constituir patrimônio segregado para as subclasses.¹⁰³¹ Cada classe de cotas deverá obter seu registro de funcionamento, que poderá ser requerido à CVM após a obtenção do registro pelo fundo.¹⁰³² O regulamento deverá definir se o fundo contará com classe única de cotas ou diferentes classes de cotas.¹⁰³³ O rateio das despesas comuns e as decisões da assembleia não deverão resultar em transferência indevida de riqueza entre as classes de cotas.¹⁰³⁴ Cada patrimônio deverá ter escrituração contábil e demonstrações financeiras próprias, além de auditoria independente.¹⁰³⁵ As matérias específicas com relação a determinada classe de cotas serão deliberadas em assembleia especial de cotistas.¹⁰³⁶

A regulamentação dos patrimônios segregados por classes de cotas poderá estimular a constituição de novos FII. Atualmente, um FII destinado exclusivamente a investidores qualificados pode, em seu regulamento, prever a existência de classes de cotas, com direitos ou características especiais quanto à ordem de preferência na distribuição de rendimentos e no resgate de cotas, assim como com distintos critérios quanto à fixação da taxa de administração e de performance.¹⁰³⁷ No entanto, ainda não está regulamentada a possibilidade de segregação do patrimônio para cada classe de cotas. Entende-se que a futura regulamentação desse tema poderá estimular a constituição de novos FII, pois, ainda que as cotas do FII sejam integralizadas com imóveis diferentes em localização, destinação e retorno financeiro (ou seja, zona urbana ou rural; capitais ou cidades interioranas/litorâneas; desenvolvimento ou locação; classe de imóvel AAA até C), será possível assegurar a cada investidor o retorno do investimento equivalente aos seus próprios imóveis.

¹⁰²⁸ *Ibidem*, p. 33 (art. 4º, *caput*).

¹⁰²⁹ *Ibidem*, p. 33 (art. 4º, §1º).

¹⁰³⁰ *Ibidem*, p. 33 (art. 4º, §2º).

¹⁰³¹ *Ibidem*, p. 33 (art. 4º, §3º).

¹⁰³² *Ibidem*, p. 34 (art. 7º, §2º).

¹⁰³³ *Ibidem*, p. 48 (art. 44, §1º, inciso V).

¹⁰³⁴ *Ibidem*, p. 50 (art. 44, §2º, inciso III); p. 55 (art. 64, parágrafo único).

¹⁰³⁵ *Ibidem*, p. 54 (arts. 59, 60 e 63).

¹⁰³⁶ *Ibidem*, p. 55 (art. 65).

¹⁰³⁷ BRASIL. Instrução CVM n. 472, de 31 de outubro de 2008, *opus citatum*, art. 55, incisos V e VI.

6.3.3 O FII de ativos gravados com ônus reais

O art. 7º, inciso VI, da Lei n. 8.668/93 veda que sejam constituídos quaisquer ônus reais sobre os imóveis mantidos sob a propriedade fiduciária da instituição administradora do FII. Mas poderia o FII adquirir bens imóveis previamente gravados com ônus reais? A resposta é positiva.

Em 2002, por meio do Parecer/CVM/PJU/n. 014/02,¹⁰³⁸ doravante Parecer n. 14/02, a CVM divulgou o entendimento de que um FII pode adquirir, de um enfiteuta, o domínio útil de um imóvel enfiteutico.

O Parecer n. 14/02 fixou uma série de premissas. A enfiteuse, também denominada aforamento ou emprazamento, é um direito real sobre coisa alheia, em que o proprietário ou senhorio de um imóvel mantém consigo o domínio direto, mas transfere perpetuamente para o enfiteuta ou foreiro o domínio útil. Anualmente, o proprietário faz jus a uma pensão ou foro por valor certo e invariável. A cada transferência do domínio útil pelo enfiteuta, o proprietário que não exercer o direito de preferência faz jus a um laudêmio de 2,5% do valor de alienação, se outro valor não tiver sido fixado no título da enfiteuse. Novas enfiteuses não podem ser constituídas, mas as já existentes subsistem até sua extinção. A extinção da enfiteuse pode se dar por natural deterioração do prédio, quando não valha o correspondente a um inteiro e um quinto do foro; não pagamento do foro por três anos consecutivos; ou falecimento do enfiteuta, sem herdeiros ou credores. Todas as enfiteuses são resgatáveis pelo enfiteuta, após certo prazo e mediante pagamento. Esse instituto é regido pelos arts. 678 a 694 do Código Civil de 1916 e pelo art. 2.038 do Código Civil de 2002.

O Parecer n. 14/02 concluiu pela possibilidade de um FII adquirir um imóvel gravado com enfiteuse, desde que esse gravame fosse informado no prospecto, e contanto que o fundo fosse classificado como de risco, ainda que moderado.¹⁰³⁹ É dizer, o FII não poderia constituir enfiteuse sobre seus imóveis, mas poderia perfeitamente adquirir imóveis gravados com enfiteuse. A constituição de ônus sobre o imóvel após o ingresso do imóvel no fundo poderia comprometer a destinação dos recursos para a aplicação em empreendimentos imobiliários e, por isso, poderia frustrar a justa expectativa dos cotistas.¹⁰⁴⁰ De outro modo, a prévia constituição de ônus sobre o imóvel permitiria ao administrador e aos investidores avaliarem e

¹⁰³⁸ BRASIL. **Parecer/CVM/PJU/n. 014/02**. Disponível em: <<http://d1ao0r2iuz522v.cloudfront.net/b0d9213cddcb1564dfc2857f5e15937e.pdf>>. Acesso em: 14 jun. 2022.

¹⁰³⁹ *Ibidem*, p. 5.

¹⁰⁴⁰ *Ibidem*, p. 6.

concluírem que o gravame não obsta a realização do empreendimento imobiliário.¹⁰⁴¹ Essa orientação foi ampliada para outros direitos reais, tais como anticrese e usufruto.¹⁰⁴²

Entende-se que a CVM acertou no Parecer n. 14/02. Desde a década de 90, é vedada a constituição de quaisquer ônus reais sobre os imóveis integrantes do patrimônio do FII, por força do art. 7º, inciso VI, da Lei n. 8.668/93, cujo teor era na época reproduzido pelo art. 14, inciso I, alínea “f”, da Instrução CVM n. 205/94, e atualmente pelo art. 15, inciso II, alínea “e”, da Instrução CVM n. 472/08. No entanto, só em 2008, com o advento do art. 15, inciso II, alínea “e” e do art. 35, §1º, da Instrução CVM n. 472/08, foi expressamente autorizada a aquisição, pelo FII, de imóveis sobre os quais tenham sido constituídos ônus reais anteriormente ao seu ingresso no patrimônio do fundo, desde que assim disposto no regulamento do FII. Portanto, seis anos depois da divulgação do Parecer n. 14/02, seu teor foi confirmado pela Instrução CVM n. 472/08, o que reafirma seu acerto.

O próprio Parecer n. 14/02 expande suas conclusões para outros direitos reais sobre bens imóveis, por isso, passa-se ao estudo dos limites e dos efeitos da formação do patrimônio de um FII com usufruto de imóveis.

O FII não pode instituir usufruto sobre seus imóveis, pois, como visto, o FII não pode constituir ônus real sobre imóvel integrante do seu patrimônio. No entanto, o FII pode perfeitamente ter em seu favor instituído o usufruto de imóveis. Nesse sentido, o art. 45, inciso I, da Instrução CVM n. 472/08 engloba quaisquer direitos reais sobre bens imóveis no rol de empreendimentos imobiliários aos quais se destinam recursos do FII. Ademais, conforme anteriormente exposto, o Parecer n. 14/02 e o art. 15, inciso II, alínea “e” e do art. 35, §1º, da Instrução CVM n. 472/08, autorizam que o FII adquira imóveis com ônus reais, desde que previsto em seu regulamento.

O usufruto é o direito real de fruir as utilidades e os frutos de uma coisa, enquanto temporariamente destacado da propriedade. O nu-proprietário reserva para si a faculdade de dispor da coisa e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha. Já o usufrutuário tem direito à posse, ao uso, à administração e à percepção dos frutos. Seu objeto pode ser bem móvel, bem imóvel ou um patrimônio inteiro. Seus direitos podem ser frutos e utilidades, no todo ou em parte. A instituição se dá por meios variados conforme o objeto e o instituidor – por exemplo, o usufruto de bem imóvel deve ser registrado no Cartório de Registro de Imóveis. A extinção pode ter causas variadas, tais como término do prazo de

¹⁰⁴¹ *Ibidem*, p. 6.

¹⁰⁴² *Ibidem*, p. 6.

duração, extinção da pessoa jurídica usufrutuária, ou decurso de 30 anos do usufruto em favor da pessoa jurídica usufrutuária. O instituto é regulado pelos arts. 1.390 a 1.411 do Código Civil de 2002. Tendo em vista essas premissas, colocam-se algumas questões.

O usufrutuário pode transferir ao FII o usufruto? A resposta é negativa por razões cíveis. O art. 1.393 do Código Civil de 2002 prevê que o usufruto não pode ser transferido por alienação, embora seu exercício possa ser cedido a título gratuito ou oneroso. Isso significa que o usufrutuário não pode transferir para terceiro o direito real do usufruto, mas pode ceder para terceiro o direito pessoal aos frutos, que é um direito de crédito. Assim, se a carteira de um FII for constituída do direito real de usufruto, é seguro afirmar que o proprietário instituiu o usufruto diretamente em favor do FII, porque não é possível que o usufruto constituído em favor do usufrutuário seja transferido ao FII.

O usufrutuário pode ceder ao FII o *exercício* do usufruto de bens imóveis? A resposta é negativa por razões regulatórias. O art. 45, inciso I, da Instrução CVM n. 472/08 permite que o FII adquira *direitos reais* sobre bens imóveis. Trocando em miúdos, inexistente autorização regulatória para que o FII adquira *direitos pessoais* sobre bens imóveis, tais como o exercício do usufruto. Parece possível argumentar que o diploma regulatório seria nesse ponto ilegal, pois teria feito distinção sem base legal, haja vista que a lei faz referência indistinta a “*bens e direitos*”, conforme os arts. 6º e 7º da Lei nº 8.668/93. Corroborando com esse argumento, o art. 11 da Instrução CVM n. 472/08 admite a integralização das cotas do FII com “*direitos relativos a imóveis*”. No entanto, uma interpretação literal do diploma regulatório conduz à conclusão de que o usufrutuário não pode transferir nem o direito real do usufruto de bens imóveis (vedação cível) nem o direito pessoal ao exercício do usufruto de bens imóveis (vedação regulatória), tal que apenas o proprietário pode instituir em favor do FII o direito real do usufruto de bens imóveis.

O proprietário pode instituir em favor do FII o usufruto de *bens móveis*? E o usufrutuário pode ceder ao FII o exercício do usufruto de *bens móveis*? A resposta parece ser positiva. O art. 45, incisos II a X, da Instrução CVM n. 472/08 prevê que o patrimônio do FII pode ser constituído de bens móveis relacionados com empreendimentos imobiliários, tais como ações/cotas de sociedades, cotas de fundos de investimento e aplicações financeiras. A norma trata da aquisição desses bens móveis, sem detalhar direitos reais ou pessoais. Como quem pode mais pode menos, entende-se que a carteira do FII pode ser constituída tanto do direito real do usufruto que lhe seja transferido pelo proprietário de bens móveis, quanto do direito pessoal do exercício do usufruto que lhe seja cedido pelo usufrutuário de bens móveis.

Quais são os impactos tributários de *instituir* usufruto de imóveis em favor do FII? A resposta varia conforme as partes e os valores envolvidos na operação, mas três instâncias devem ser analisadas: ITBI a cargo do FII adquirente do usufruto; IRPF ou IRPJ/CSLL a cargo do proprietário instituidor do usufruto; e IRRF a cargo dos cotistas do FII beneficiário do usufruto. Esses impactos tributários serão detalhados a seguir.

A transmissão onerosa *inter vivos* de bens imóveis e direitos reais sobre imóveis para uma pessoa jurídica adquirente cuja atividade preponderante seja a venda, a locação ou o arrendamento de imóveis sujeita-se à incidência de ITBI, salvo se os bens e direitos forem transmitidos em conjunto com a totalidade do patrimônio da pessoa jurídica alienante, nos termos do art. 156, inciso II, §2º, da Constituição Federal de 1988 e o art. 37 do Código Tributário Nacional. Na instituição de usufruto, o ITBI geralmente incide sobre a base reduzida de 1/3 do valor venal do imóvel. Só incidirá ITBI sobre a base complementar de 2/3 do valor venal do imóvel na transmissão da nua-propriedade, se houver.

A instituição do usufruto pode se dar com ou sem acréscimo patrimonial para o proprietário. Há acréscimo patrimonial para o proprietário que instituir o usufruto pelo valor justo ou de mercado. No entanto, não há acréscimo patrimonial para o proprietário que instituir o usufruto pelo valor histórico ou de custo, o que se dá sob três condições: se o FII for destinado exclusivamente a investidores qualificados; se seu regulamento dispensar a elaboração de laudo de avaliação; e se a assembleia de cotistas aprovar o valor histórico ou de custo, nos termos do art. 55, inciso IV, da Instrução CVM n. 472/08.

No caso de uma pessoa física, eventual acréscimo patrimonial auferido na instituição de usufruto de bem imóvel pode ser reduzido em função da data de aquisição, nos termos do art. 18 da Lei n. 7.713/88 e art. 40 da Lei n. 11.196/05, e a parcela remanescente é tributável por alíquotas regressivas de 15% até 22,5% de IRPF, conforme o art. 21 da Lei n. 8.981/95. No caso de uma pessoa jurídica no lucro real, eventual acréscimo patrimonial auferido na instituição de usufruto de bem imóvel não precisa ser computado na determinação do lucro real e do resultado ajustado para fins de IRPJ/CSLL, desde que evidenciado contabilmente em subconta vinculada às cotas do FII, conforme o art. 17 da Lei n. 12.973/14, e, ainda que o usufruto se refira a imóvel classificado no ativo circulante, o ganho decorrente da avaliação desse ativo com base no valor justo não integra a base de cálculo de PIS/COFINS pelo regime não cumulativo, conforme o art. 1º, §3º, inciso IV, da Lei n. 10.637/02 e o art. 1º, §3º, inciso VIII, da Lei n. 10.833/03.

A receita de locação do imóvel pode ter sua tributação reduzida após a instituição do usufruto em favor do FII. Se mantida na pessoa física, a receita de locação do imóvel, deduzida de determinadas despesas, sujeita-se a alíquotas progressivas de 0% até 27,5% de IRPF. Se mantida na pessoa jurídica tributada pelo lucro presumido, a receita de locação do imóvel sujeita-se a até 14,53% de IRPJ/CSLL e PIS/COFINS pelo regime cumulativo, e atualmente os dividendos são isentos de IRRF. Se transferida para o FII, a receita de locação do imóvel é isenta na carteira do fundo e, embora 95% dos lucros auferidos apurados segundo o regime de caixa devam ser distribuídos semestralmente, a receita pode ser deduzida pelas despesas do fundo, e só a parcela remanescente compõe os rendimentos a serem distribuídos. Os rendimentos distribuídos pelo FII são em regra tributados a 20% de IRRF, mas podem ser isentos de IRRF se o cotista for um FIM ou, ainda, se o cotista for pessoa física com direito a menos de 10% das cotas e até 10% dos rendimentos do FII (nesse último caso, a isenção depende de o FII ter no mínimo 50 cotistas e de suas cotas serem admitidas à negociação exclusivamente em bolsa ou balcão organizado).

Tempos depois da instituição do usufruto, a nua-propriedade e o usufruto podem ser transmitidos concomitantemente, isto é, em uma mesma operação, tendo como adquirente um terceiro, nos termos do item 9 do Parecer Normativo Cosit n. 4/95.¹⁰⁴³ O nu-proprietário e o usufrutuário devem apurar ganho de capital. A pessoa física nua-proprietária pode aproveitar melhores fatores de redução do ganho de capital sobre a nua-propriedade por tempo adicional desde a instituição do usufruto. A pessoa jurídica nua-proprietária no lucro real deverá tributar o valor da venda da nua-propriedade e, além disso, deverá tributar o valor da subconta vinculada proporcionalmente à realização do usufruto pelo FII, conforme o art. 17, §1º, inciso II, da Lei n. 12.973/14. O FII apurará ganho de capital na venda do usufruto, o que será isento no nível da carteira do fundo, mas será computado na apuração do lucro distribuível, tendo o tratamento tributário cabível a cada cotista.

Como visto, entende-se que o patrimônio do FII pode ser constituído de direitos reais sobre bens imóveis, tais como enfiteuse e usufruto. A instituição do usufruto de bens imóveis em favor do FII pode ser mais eficiente do ponto de vista tributário do que a transferência integral da propriedade para o FII por três razões: incidência de ITBI sobre 1/3 do valor venal do imóvel, em vez de sobre a totalidade do valor venal do imóvel; possível isenção de IRRF sobre rendimentos distribuídos pelo FII aos cotistas, em vez de até 27,5% de IRPF na pessoa

¹⁰⁴³ BRASIL. **Parecer Normativo Cosit n. 4, de 03 de novembro de 1995**. Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=30892>>. Acesso em: 15 jun. 2022.

física ou até 14,53% de IRPJ/CSLL e PIS/COFINS na pessoa jurídica lucro presumido; e possível redução do IRPF sobre o ganho de capital da pessoa física na futura alienação da sua propriedade.

6.3.4 O Fiagro em três categorias

O Fiagro foi instituído no primeiro semestre de 2021, quando o Projeto de Lei n. 5.191/20¹⁰⁴⁴ foi convertido na Lei n. 14.130/21,¹⁰⁴⁵ que alterou a Lei n. 8.668/93. Conforme segue exposto, há semelhanças e diferenças no tratamento jurídico do Fiagro e do FII.

Não incide IRRF sobre as aplicações efetuadas pelo Fiagro nos ativos relacionados nos incisos IV e V do art. 3º da Lei n. 11.033/04, quais sejam, CDA, WA, CDCA, LCA, CRA e CPR.¹⁰⁴⁶ Essa disposição assemelha-se à não incidência de IRRF sobre as aplicações efetuadas por FII nos ativos relacionados nos incisos II e III do art. 3º da Lei n. 11.033/04, isto é, LH, CRI, LCI e FII/Fiagro cujas cotas sejam admitidas à negociação exclusivamente em bolsas de valores ou no mercado de balcão organizado.¹⁰⁴⁷ No entanto, essa disposição não constava da versão original do Projeto de Lei n. 5.191/20, tendo sido proposta por meio da Emenda n. 2 apresentada pelo Deputado Alceu Moreira do Movimento Democrático Brasileiro do Rio Grande do Sul, sob a justificativa de se conferir ao Fiagro o mesmo tratamento tributário existente para o FII.¹⁰⁴⁸ Ademais, essa disposição foi objeto de veto presidencial porque, tratando da concessão de benefício tributário do IRRF, acarretaria renúncia de receita que deveria ser acompanhada do cancelamento de despesa obrigatória equivalente, da estimativa do impacto orçamentário e financeiro, assim como de uma cláusula com prazo máximo de vigência de cinco anos, nos termos do art. 113 do Ato de Disposições Constitucionais Transitórias e do art. 14 da Lei Complementar n. 101/00 (Lei de Responsabilidade Fiscal).¹⁰⁴⁹ Por isso, essa

¹⁰⁴⁴ BRASIL. **Projeto de Lei n. 5.191, de 18 de novembro de 2020**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node01i75p983x0ag37sjsqh8406k119047208.node0?codteor=1942280&filename=PL+5191/2020>. Acesso em: 17 jun. 2022.

¹⁰⁴⁵ BRASIL. **Lei n. 14.130, de 29 de março de 2021**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14130.htm#art3>. Acesso em: 17 jun. 2022.

¹⁰⁴⁶ BRASIL. **Lei n. 8.668, de 25 de junho de 1993**, *opus citatum*, art. 16-A, §5º.

¹⁰⁴⁷ BRASIL. **Lei n. 8.668, de 25 de junho de 1993**, *opus citatum*, art. 16-A, §1º.

¹⁰⁴⁸ BRASIL. **Emenda n. 2 ao Projeto de Lei n. 5.191/20**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1955640&filename=EMP+2+%3D%3E+PL+5191/2020>. Acesso em: 17 jun. 2022.

¹⁰⁴⁹ BRASIL. **Mensagem n. 111, de 29 de março de 2021**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/Msg/VEP/VEP-111.htm>. Acesso em: 17 jun. 2022.

disposição só foi promulgada em 11/06/21, após a derrubada do veto presidencial pelo Congresso Nacional, conforme o art. 66, §§4º e 5º, da Constituição Federal de 1988.

O Fiagro destina-se à aplicação nos seguintes ativos, isolada ou conjuntamente: *a*) imóveis rurais; *b*) participação em sociedades que explorem atividades integrantes da cadeia produtiva agroindustrial; *c*) ativos financeiros, títulos de crédito ou valores mobiliários cujo emitente integre a cadeia produtiva agroindustrial; *d*) direitos creditórios relativos a imóveis rurais ou ao agronegócio e títulos de securitização emitidos com lastro nesses direitos creditórios, inclusive CRA, FIDC e FIDC-NP que apliquem mais de 50% do seu patrimônio nesses direitos creditórios; e *e*) fundos de investimento que apliquem mais de 50% do seu patrimônio nesses ativos.¹⁰⁵⁰ Em que pese o texto legal admita que o Fiagro aplique *conjuntamente* nesses ativos, entende-se haver limitações. O art. 2º da Resolução CVM n. 39/21 prevê que o Fiagro deve ser registrado em *somente uma* dentre três categorias (“Imobiliário”, “Participações” ou “Direitos Creditórios”), e que a política de investimentos deve ser *plenamente aderente* às regras de composição e diversificação de carteira de ativos aplicáveis à categoria na qual o Fiagro foi registrado.¹⁰⁵¹ Em outras palavras, enquanto a CVM não editar uma norma específica para disciplinar a constituição e o funcionamento do Fiagro, permanecerá em vigor o regime experimental temporário previsto pela Resolução CVM n. 39/21, que restringe os ativos elegíveis conforme a categoria do Fiagro.

O Fiagro pode ser constituído sob a forma de condomínio aberto ou fechado.¹⁰⁵² Vale recordar que o FII é sempre um condomínio fechado.¹⁰⁵³ O condomínio fechado é aquele cujas cotas somente são resgatadas ao término do prazo de duração do fundo, enquanto o condomínio aberto permite aos cotistas resgatarem suas cotas conforme o regulamento.¹⁰⁵⁴ Entende-se que essa diferença sutil na forma dos condomínios – FII sendo fechado; Fiagro podendo ser fechado ou aberto – pode ser um estímulo adicional ao desenvolvimento do mercado financeiro voltado ao agronegócio, pois os investidores de um Fiagro que seja condomínio aberto poderão se socorrer do resgate de cotas pelo próprio fundo, em vez de ter que alienar suas cotas para terceiros.

Os ganhos de capital auferidos na alienação de cotas do Fiagro sujeitam-se à incidência de IR à alíquota de 20%, e os rendimentos auferidos no resgate de cotas do Fiagro sujeitam-se

¹⁰⁵⁰ BRASIL. Lei n. 8.668, de 25 de junho de 1993, *opus citatum*, art. 20-A.

¹⁰⁵¹ BRASIL. Resolução CVM n. 39, de 13 de julho de 2021. Disponível em: <<https://conteudo.cvm.gov.br/expor/sites/cvm/legislacao/resolucoes/anexos/001/resol039.pdf>>. Acesso em: 17 jun. 2022.

¹⁰⁵² BRASIL. Lei n. 8.668, de 25 de junho de 1993, *opus citatum*, art. 20-B.

¹⁰⁵³ BRASIL. Lei n. 8.668, de 25 de junho de 1993, *opus citatum*, art. 2º.

¹⁰⁵⁴ BRASIL. Instrução CVM n. 555, de 17 de dezembro de 2014, *opus citatum*, art. 4º.

à incidência de IRRF à alíquota de 20%.¹⁰⁵⁵ A versão original do Projeto de Lei n. 5.191/20 previa a alíquota de 15%.¹⁰⁵⁶ No entanto, a alíquota foi majorada de 15% para 20% pelas Emendas n. 1¹⁰⁵⁷ e n. 2¹⁰⁵⁸ apresentadas, respectivamente, pelo Deputados Alessandro Molon do Partido Socialista Brasileiro do Rio de Janeiro, e pelo Deputado Alceu Moreira do Movimento Democrático Brasileiro do Rio Grande do Sul. A primeira emenda justificou essa majoração da alíquota pelo risco que o Fiagro supostamente representaria de especulação imobiliária, avanço do cultivo agrícola sobre áreas de proteção ambiental, e grilagem de terras.¹⁰⁵⁹ Apesar da boa intenção do legislador, entende-se haver pouca – se alguma – relação entre a alíquota do IRRF e esses desafios do agronegócio. A justificativa mais adequada parece ser estender ao Fiagro, na maior medida possível, o regime jurídico bem-sucedido do FII, conforme justificado pela segunda emenda.¹⁰⁶⁰

Os rendimentos e ganhos de capital, quando distribuídos pelo Fiagro, sujeitam-se à incidência de IRRF à alíquota de 20%.¹⁰⁶¹ Se cumpridos três requisitos – é dizer, se as cotas do Fiagro forem admitidas à negociação exclusivamente em bolsas de valores ou no mercado de balcão organizado; se o Fiagro possuir, no mínimo, 50 cotistas; e se o cotista for pessoa física titular de menos de 10% das cotas e até 10% dos rendimentos do Fiagro –, os rendimentos e ganhos de capital distribuídos pelo Fiagro são isentos de IRRF e IRPF.¹⁰⁶² A isenção foi mantida tal qual prevista na versão original do Projeto de Lei n. 5.191/20, mas só veio a ser promulgada depois da derrubada do veto presidencial, conforme o rito detalhado em parágrafos anteriores. Ao seu turno, a incidência de IRRF sobre rendimentos e ganhos de capital distribuídos pelo Fiagro teve sua alíquota majorada por emendas, conforme trâmites descritos no parágrafo imediatamente anterior.

A pessoa física ou jurídica poderá diferir o pagamento do “*imposto sobre a renda*” decorrente do ganho de capital sobre as cotas integralizadas com imóvel rural para o momento da venda ou do resgate dessas cotas.¹⁰⁶³ Esse diferimento tributário constava da versão original do Projeto de Lei n. 5.191/20, mas só foi promulgada após a derrubada do veto presidencial. A

¹⁰⁵⁵ BRASIL. Lei n. 8.668, de 25 de junho de 1993, *opus citatum*, art. 20-D.

¹⁰⁵⁶ BRASIL. Projeto de Lei n. 5.191, de 18 de novembro de 2020, *opus citatum*.

¹⁰⁵⁷ BRASIL. Emenda n. 1 ao Projeto de Lei n. 5.191/20. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1955533&filename=EMP+1+%3D%3E+PL+5191/2020>. Acesso em: 17 jun. 2022.

¹⁰⁵⁸ BRASIL. Emenda n. 2 ao Projeto de Lei n. 5.191/20, *opus citatum*.

¹⁰⁵⁹ BRASIL. Emenda n. 1 ao Projeto de Lei n. 5.191/20, *opus citatum*.

¹⁰⁶⁰ BRASIL. Emenda n. 2 ao Projeto de Lei n. 5.191/20, *opus citatum*.

¹⁰⁶¹ BRASIL. Lei n. 8.668, de 25 de junho de 1993, *opus citatum*, art. 20-C.

¹⁰⁶² BRASIL. Lei n. 11.033, de 21 de dezembro de 2004, *opus citatum*, art. 3º, inciso III e parágrafo único.

¹⁰⁶³ BRASIL. Lei n. 8.668, de 25 de junho de 1993, *opus citatum*, art. 20-E.

esse respeito, é possível a pessoa jurídica diferir também a CSLL? Uma interpretação literal do texto da lei conduziria à negativa de diferimento da CSLL, restringindo o diferimento ao IRPJ, que é propriamente o “*imposto sobre a renda*”. No entanto, a interpretação teleológica e sistemática conduziria a conclusão diversa, isto, pela possibilidade de uma pessoa jurídica diferir também a CSLL e demais contribuições sociais, ainda que incidentes sobre a receita. A explicação teleológica consta da versão original do Projeto de Lei n. 5.191/20 pelo Deputado Arnaldo Jardim do Cidadania de São Paulo, qual seja: o diferimento visa a elevar a arrecadação tributária resultante de negócios rurais que, sem o Fiaagro, não ocorreriam ou seriam irregulares. A explicação sistemática decorre da noção de que a pessoa física ou jurídica que permuta imóveis rurais por cotas de Fiaagro meramente troca bens similares em valor e, por conseguinte, não realiza renda e só deve ser tributado no momento da futura alienação das cotas do Fiaagro.¹⁰⁶⁴⁻¹⁰⁶⁵⁻¹⁰⁶⁶

O Fiaagro foi instituído para aproximar o agronegócio e os mercados financeiro e de capitais.¹⁰⁶⁷ O Fiaagro pode colaborar para a evolução do crédito rural, proporcionando um sistema de financiamento privado e, assim, permitindo a redução de subvenções e subsídios governamentais.¹⁰⁶⁸ O Fiaagro também pode viabilizar a participação indireta de investidores estrangeiros em imóveis rurais brasileiros, satisfazendo a legislação vigente, que por receios ligados à segurança nacional, limita a aquisição e o arrendamento de propriedade rural por pessoa física ou jurídica estrangeira, nos termos do art. 190 da Constituição Federal de 1988,¹⁰⁶⁹ disciplinado pela Lei n. 5.709/71,¹⁰⁷⁰ e regulamentado pelo Decreto n. 74.965/74.¹⁰⁷¹ O Fiaagro permite a concretização de operações que, sem ele, não ocorreriam ou seriam irregulares, fato que em grande medida se deve à previsão de diferimento da tributação do ganho de capital

¹⁰⁶⁴ BRASIL. **Parecer Normativo CST n. 504, de 3 de agosto de 1971, item 3.** Disponível em: <[¹⁰⁶⁵ BRASIL. **Instrução Normativa SRF n. 107, de 14 de julho de 1988, item 2.1.1.** Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=14681&visao=original>>. Acesso em: 17 jun. 2022.](https://www.norbras.com.br/norma/parecer-normativo-504-1971_91760.html#:~:text=Para%20as%20pessoas%20f%C3%AAsicas%20residentes,n%C3%A3o%20alcan%C3%A7ada%20pela%20tributa%C3%A7%C3%A3o%20(V.>. Acesso em: 17 jun. 2022.</p>
</div>
<div data-bbox=)

¹⁰⁶⁶ BRASIL. **Despacho PGFN n. 167, de 08 de abril de 2022.** Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?naoPublicado=&idAto=123595&visao=compilado>>. Acesso em: 17 jun. 2022.

¹⁰⁶⁷ BRASIL. **Projeto de Lei n. 5.191, de 18 de novembro de 2020, opus citatum, p. 8.**

¹⁰⁶⁸ *Ibidem*, p. 8.

¹⁰⁶⁹ *Ibidem*, p. 9.

¹⁰⁷⁰ BRASIL. **Lei n. 5.709, de 07 de outubro de 1971.** Disponível em: <[¹⁰⁷¹ BRASIL. **Decreto n. 74.965, de 26 de novembro de 1974.** Disponível em: <\[http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/D74965.htm\]\(http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/D74965.htm\)>. Acesso em: 23 jun. 2022.](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15709.htm#:~:text=LEI%20No%205.709%2C%20DE%207%20DE%20OUTUBRO%20DE%201971.&text=Re%20gula%20a%20Aquisi%C3%A7%C3%A3o%20de%20Im%C3%B3vel,Brasil%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20Provid%C3%AAscias.>. Acesso em: 23 jun. 2022.</p>
</div>
<div data-bbox=)

auferido pelo proprietário que integralizar cotas do Fiagro com imóveis rurais.¹⁰⁷² Dentre outras externalidades positivas, o Fiagro pode incrementar a liquidez do mercado de terras nacionais e dos títulos atrelados ao agronegócio.¹⁰⁷³

Atualmente, os FII geralmente investem em territórios já valorizados ou de iminente de valorização, em forte correspondência com territórios em que se observam intervenções agenciadas pelo poder público nas formas de operações urbanas consorciadas e parcerias público-privadas. Nesse contexto, entende-se que os Fiagro possam proporcionar a dispersão do financiamento agropecuário, a fim de criar novas frentes de expansão, visando a um projeto de longo prazo de desenvolvimento das zonas rurais.

¹⁰⁷² *Ibidem*, p. 10.

¹⁰⁷³ *Ibidem*, p. 10.

7 CONCLUSÃO

Os fundos de investimento brasileiros são tradicionalmente organizados sob a forma de condomínio isento de tributação. A prevalência da forma de condomínio resultou de uma série de eventos, tais como a adoção inaugural da forma condominial pelo Fundo Crescincos em 1957, a regulamentação conjunta dos fundos em conta de participação e dos fundos em condomínio pela Portaria MF n. 309/59, a normatização das sociedades de investimento e dos fundos em condomínio pelos arts. 49 e 50 da Lei n. 4.728/65, a liquidação de todos os fundos de investimento por força do item IV da Resolução Bacen n. 103/68, e desde 1969 a constituição de todos os fundos de investimento sob a forma de condomínio. Analogamente, a isenção da carteira dos fundos de investimento deita raízes históricas, pois até 1974 era prevista pelo art. 82 do Decreto-lei n. 3.470/58 e pelo art. 57 da Lei n. 4.728/65, e atualmente está assegurada pelo art. 18 do Decreto-lei n. 1.338/74, art. 68, inciso I, e art. 73, §2º, da Lei n. 8.981/95, art. 28, §10, da Lei n. 9.532/97 e art. 6º, §4º, da Medida Provisória n. 2.189-49/01.

Em 1993, seguindo a tradição dos demais fundos de investimento, os FII foram instituídos sob a forma de condomínio e, adicionalmente, os rendimentos e os ganhos de capital auferidos pelos FII ficaram isentos de IR, de acordo com os arts. 2º e 16 da Lei n. 8.668/93. Essas características já eram previstas na redação original do Projeto de Lei n. 2.204/91 proposto pelo então Presidente da República Fernando Collor de Mello, tendo sido mantidas até os dias atuais, sem nenhuma alteração, nem pelas 26 emendas analisadas entre 1991 e 1993, nem pela atividade legislativa realizada entre 1993 até 2022.

Por muito tempo se discutiu a natureza jurídica dos fundos de investimento em geral e dos FII em especial. Houve quem defendesse que os FII estariam mais distantes dos condomínios e mais próximos das sociedades, seja porque os cotistas não têm direito real sobre os bens e direitos dos FII, seja porque os cotistas não respondem pessoalmente por qualquer obrigação relativas ao FII, seja ainda porque o ordenamento jurídico brasileiro já está familiarizado com sociedades sem personalidade jurídica, tais como as SCP. No entanto, prevaleceu o entendimento de que os FII são condomínios, afinal, sua principal característica é a comunhão de recursos com o fito de auferir rendimentos/ganhos (uso da coisa pelos condôminos), em detrimento da reunião de pessoas para o desempenho de uma atividade comum (*affectio societatis*). O debate foi pacificado pelo próprio legislador, que em 1993 estipulou a forma condominial dos FII no art. 2º da Lei n. 8.668/93, e que em 2019 consagrou

a forma de condomínio de natureza especial para os fundos de investimento em geral a teor do art. 1.368-C do Código Civil de 2002.

O tratamento tributário do investimento em cotas de FII varia conforme cinco eventos. O primeiro evento é a carteira do FII auferir rendimentos e ganhos: em regra, há isenção de IR, mas excepcionalmente pode haver tributação (por exemplo, se o FII for equiparado a pessoa jurídica, assim como se o FII realizar aplicações financeiras de renda fixa ou variável não relacionadas com o mercado imobiliário). O segundo evento é a distribuição de lucros pelo FII: em regra, incide 20% de IRRF, mas excepcionalmente pode haver isenção de IRRF (por exemplo, se o FII tiver no mínimo 50 cotistas, se as cotas forem admitidas à negociação exclusivamente em bolsas de valores ou no mercado de balcão organizado e, cumulativamente, se o cotista for pessoa física com menos de 10% das cotas e até 10% dos rendimentos). O terceiro evento é o resgate ou a amortização de cotas do FII, cujo rendimento sujeita-se à incidência de 20% de IRRF. O quarto evento é a alienação de cotas do FII, cujo ganho sujeita-se à incidência de 20% de IR. O quinto evento é o rendimento ou o ganho auferido pelo investidor não residente, sujeito a um tratamento tributário variável conforme as condições do investimento, a residência fiscal do investidor e o tipo de operação.

Os FII brasileiros e os institutos estrangeiros assemelhados, quando comparados, apresentam uma série de convergências e divergências. As formas de organização dos veículos são divergentes, pois os FII brasileiros são sempre condomínios, enquanto os institutos estrangeiros tendem a ser empresas: os US-REIT têm regime de *corporation* embora sejam geralmente constituídos como *trust*; os UK-REIT são *corporation*; as SIIC francesa são *société*; as SOCIMI espanholas são *sociedade*; e as SIGI portuguesas é *società*. A isenção tributária aplicável às rendas e ganhos imobiliários é comum a todos os veículos, ao passo que a tributação dos veículos que descumprirem determinados requisitos de pulverização é prevista nos UK-REIT e nas SIIC francesas. A obrigatoriedade de distribuição periódica de lucros é comum a todos os veículos, mas a tributação agravada do veículo em caso de distribuição de lucros em montante inferior ao mínimo exigido não é expressa para os FII brasileiros, sendo expressa para os US-REIT. A tributação dos rendimentos e dos ganhos auferidos pelos cotistas em geral é comum a todos os veículos, embora a isenção tributária sobre rendimentos e ganhos auferidos por *funds of funds* seja aplicável aos FII brasileiros (na parte dos rendimentos), aos UK-REIT e às SIIC francesas. Esses fatos sugerem que o tratamento tributário dos FII brasileiros é assemelhado ao dos institutos estrangeiros, embora melhorias possam ser implementadas, tais como a isenção integral para *funds of funds*.

A obrigatoriedade de distribuição semestral dos lucros não nasceu junto com os FII em 1993, mas foi introduzida *a posteriori* em 1999. O legislador cumpriu, assim, seu propósito arrecadatário de impedir o infinito diferimento da tributação da renda gerada pelos FII. No entanto, por quinze anos pairou a dúvida sobre a forma de cálculo dos lucros distribuíveis. Essa dúvida foi sanada entre 2014 e 2015, quando a CVM propôs que os lucros sujeitos à distribuição deveriam ser calculados por um regime misto entre a competência e o caixa, ressalvada a possibilidade de os cotistas, por maioria, deliberarem pelo não recebimento dos lucros distribuídos pelo FII. De um lado, entende-se que essa orientação está condizente com a noção tributária de regime de caixa, que não se confunde com o simples dinheiro em mãos, mas que exige a anterior ou concomitante aquisição do direito ao numerário. De outro lado, entende-se que o IRRF não deveria incidir automaticamente na distribuição de lucros, mas só por ocasião do efetivo recebimento dos rendimentos, quando então o cotista minoritário, vencido pela maioria que deliberou pelo não recebimento dos lucros distribuídos pelo FII, adquire a disponibilidade econômica ou jurídica sobre a renda.

Entre 2020 e 2022, a CVM propôs que os lucros distribuíveis jamais poderiam exceder o lucro contábil – ou seja, quaisquer valores pagos pelos FII aos cotistas em excesso ao lucro contábil ou em correspondência a prejuízo contábil não seriam lucros distribuídos, mas retorno de principal ou amortização de cotas. Essa orientação da CVM foi duramente criticada, pois deixou de prever sua eficácia no tempo (retroativa ou prospectiva), sua abrangência sobre os sujeitos passivos (só o FII fiscalizado ou todos os FII), assim como as providências cabíveis (reclassificação dos lucros distribuídos, republicação das demonstrações financeiras, recolhimento de IRRF sobre rendimentos sob a responsabilidade das administradoras, e recolhimento de IR sobre ganhos sob a responsabilidade dos cotistas). Ao final, a CVM retificou sua orientação, passando a exigir que os FII só informassem aos investidores os valores que estivessem distribuindo em excesso ao lucro contábil (dever informacional), mas continuassem tratando esses valores como lucros distribuídos (efeito tributário). Entende-se acertada a decisão final da CVM. Se o legislador quisesse tratar os FII como as sociedades, poderia ter limitado os lucros distribuíveis aos lucros contábeis, mas não o fez – isto é, os lucros distribuíveis pelos FII não teriam sido limitados aos lucros contábeis, mas teriam sido definidos como os lucros caixa. Assim, não poderia a CVM avançar em matéria legislativa para restringir os lucros distribuíveis aos lucros contábeis, quando maiores fossem os lucros caixa.

Três condições devem ser cumpridas para a isenção de IRRF sobre rendimentos distribuídos pelos FII: o FII dever ter no mínimo 50 cotistas; as cotas do FII devem ser admitidas

à negociação exclusivamente em bolsas de valores e no mercado de balcão organizado; e o cotista deve ser uma pessoa física titular de menos de 10% das cotas e com direito a até 10% dos rendimentos. A legislação não detalha tampouco adiciona condições além dessas previstas pelo art. 3º, *caput*, inciso III, parágrafo único, da Lei n. 11.033/04. Tratando-se de isenção, essas condições devem ser interpretadas literalmente conforme o art. 111, inciso II, do Código Tributário Nacional. Por isso, não se pode exigir a oferta ampla das cotas (deve-se admitir a oferta com esforços restritos) e, além disso, não se pode condicionar a isenção à independência dos cotistas (deve-se admitir que os cotistas sejam pessoas ligadas, inclusive menores de idade, desde que devidamente representados). Conclusão diversa só seria possível se houvesse uma norma antielisiva específica (se algum dispositivo legal condicionasse a isenção à independência entre os cotistas, de forma análoga ao art. 2º da Lei n. 9.779/99) ou geral (se tivesse sido editada a lei ordinária referida pelo art. 116, parágrafo único, do Código Tributário Nacional).

Os FII que tenham cotas de outros FII, também denominados *funds of funds* ou FoF de FII, deveriam ser sempre isentos de tributação sobre as rendas e ganhos provenientes dos outros FII. Essa isenção está prevista em lei, seja porque o art. 16 da Lei n. 8.668/93 prevê a isenção de IR sobre rendimentos e ganhos auferidos pelos FII (nessa parte a norma continua vigente), seja porque o art. 16-A, §1º, da Lei n. 8.668/93 prevê a isenção de IRRF sobre os rendimentos distribuídos aos FoF pelos FII cujas cotas sejam admitidas à negociação exclusivamente em bolsas de valores e no mercado de balcão organizado. Contudo, entendimento diverso tem sido adotado pelo fisco, que em caráter vinculante manifestou-se pela incidência de 20% de IR sobre ganhos auferidos por FoF na venda de cotas de FII com base no art. 18 da Lei n. 8.668/93, e que em caráter regional manifestou-se pela incidência de 20% de IRRF sobre rendimentos distribuídos por FII a um FoF com base no art. 17 da Lei n. 8.668/93. Até o momento, os tribunais judiciais não enfrentaram adequadamente essas duas problemáticas. O ganho auferido pelo FoF na alienação de cotas de FII não se sujeita à incidência de 20% de IR, seja porque o art. 18 da Lei n. 8.668/93 não se aplica a *todo* beneficiário (por exemplo, não se aplica aos investidores não residentes), seja porque o art. 28, §12, alínea “a”, da Lei n. 9.532/97 não se aplica a *todo* FoF (aplica-se apenas aos FoF constituídos sob a forma de fundos de investimento em geral cujos cotistas auferam rendimentos dispensados da retenção de IRRF, ou seja, não se aplica aos FoF de FII, ainda que o FoF tenha cotistas isentos). O rendimento distribuído ao FoF pelo FII não se sujeita à retenção de 20% de IRRF, seja porque o art. 17 da Lei n. 8.668/93 não se aplica a *todo* beneficiário (por exemplo, não se aplica à pessoa física que invista conforme

as condições do art. 3º, *caput*, inciso III, e parágrafo único, da Lei n. 11.033/04), seja ainda porque outra conclusão não pode ser alcançada com o art. 16-A, §1º, da Lei n. 8.668/93.

O FII só deveria ser equiparado às pessoas jurídicas se o incorporador, o construtor ou o sócio do empreendimento imobiliário fosse cotista relevante do FII, assim entendido o cotista que isoladamente ou com pessoa a ele ligada tenha mais de 25% das cotas do FII. Por se tratar de norma específica antielisiva, essa norma deveria ser aplicada em seus exatos termos, mas na prática as autoridades fiscais têm alargado as hipóteses contempladas pela lei. Ora, o art. 2º da Lei n. 9.779/99 não impede que o incorporador, o construtor ou o sócio do empreendimento imobiliário seja pessoa ligada ao cotista relevante, desde que eles próprios não sejam cotistas. Em outras palavras, o teste de ligação serve só para definir o percentual de cotas detidas pelos cotistas ligados, os quais não podem, eles próprios, serem incorporadores, construtores ou sócios do empreendimento imobiliário.

O FII Península foi equiparado às pessoas jurídicas a despeito de o cotista relevante (em 2005, o Sr. Abílio Diniz; a partir de 2006, a RECO controlada pelo Sr. Abílio Diniz) não ser incorporador ou construtor do empreendimento imobiliário (os 60 imóveis estavam prontos quando adquiridos pelo FII), nem ser sócio do empreendimento imobiliário (os 60 imóveis foram integralmente transferidos pela CBD para o FII, inexistindo qualquer sociedade investida pelo FII). Os precedentes que mantiveram as autuações fiscais basearam-se no fato de que o Sr. Abílio Diniz detinha mais de 25% das cotas do FII (em 2005, diretamente; a partir de 2006, indiretamente por meio da RECO) e, no entender do fiscal, o Sr. Abílio Diniz controlava indiretamente a CBD (locatária dos 60 imóveis do FII). No entanto, entende-se que o art. 2º da Lei n. 9.779/99 só poderia ser aplicado ao FII Península se o cotista relevante fosse o incorporador, construtor ou sócio dos 60 imóveis detidos pelo fundo – fato que não foi demonstrado pelo fisco.

O FII Grand Plaza Shopping foi equiparado às pessoas jurídicas a despeito de o cotista relevante (a CCP) nunca ter sido incorporador ou construtor do empreendimento imobiliário (o *shopping center* foi construído pela Cyrela Construtora, que era controlada pela CBR, que apenas pertencia ao mesmo grupo da CCP e posteriormente teve seu acervo cindindo e vertido para a CCP), nem nunca foi sócio do empreendimento imobiliário (a CCP não foi sócia de alguma empresa proprietária do *shopping center*). No entender do fiscal, em 2007 havia “*controle comum*” entre a controladora da construtora (a CBR) e a cotista com mais de 25% das cotas do Fundo (a CCP). Todavia, entende-se que o art. 2º da Lei n. 9.779/99 só poderia ser

aplicado ao FII Grand Plaza Shopping se o cotista relevante fosse incorporador, construtor ou sócio do *shopping center* – fato que não foi demonstrado pelo fisco.

As reestruturações podem ser realizadas para mitigar o risco tributário de equiparação dos FII às pessoas jurídicas. As operações de incorporação, fusão, cisão e transformação de um FII em outro fundo de investimento só poderiam se sujeitar à incidência de IRRF ou IR se houvesse previsão legal (atualmente só existe previsão infralegal) e se fossem realizadas sob determinadas circunstâncias (a incidência de IR na transformação de um fundo com prazo de carência para um fundo sem prazo de carência de que trata o art. 12 da Instrução Normativa RFB n. 1.585/15 é inaplicável aos FII, os quais são sempre fundos fechados sem prazo de carência; e a incidência de IRRF na incorporação, fusão ou cisão de fundos de que trata o art. 13 da Instrução Normativa RFB n. 1.585/15 pode ser aplicável ou inaplicável aos FII, conforme cada caso). A operação de transformação de FII em companhia é isenta de encargos fiscais por força do art. 50 da Lei n. 4.728/65.

Novos negócios podem ser desenvolvidos por meio dos FII. Os FII podem propiciar uma gestão mais eficiente dos imóveis públicos, já havendo casos de sucesso na administração pública direta (FII do Estado de São Paulo) e na administração pública indireta (FII Agências Caixa e FII BB Progressivo I e II). Os FII, a partir do momento em que puderem ter classes de cotas com patrimônio segregados, poderão auxiliar investimentos coletivos em imóveis de diferentes localizações, destinações e retornos financeiros, pois será possível assegurar a cada investidor o retorno do investimento equivalente aos seus próprios imóveis. Os FII podem investir em direitos reais sobre bens imóveis como o usufruto, fato que pode facilitar a sucessão de imóveis e, adicionalmente, pode ser eficiente do ponto de vista tributário. Por fim, os Fiagro poderão incrementar o financiamento privado às cadeias produtivas agroindustriais e, conseqüentemente, reduzir subsídios governamentais.

8 BIBLIOGRAFIA

ANBIMA. **Consolidado histórico de fundos de investimento**. São Paulo: abril/2022, p. 14. Disponível em: <https://www.anbima.com.br/pt_br/informar/estatisticas/fundos-de-investimento/fi-consolidado-historico.htm>. Acesso em: 20 jun. 2022.

ABE, Cesar Henrique Shogi. **Disponibilidade econômica da renda**. Revista de Direito Tributário Atual. São Paulo: Dialética, v. 21, 2007, pp. 191-210.

ALONSO, Félix Ruiz. **Os fundos de investimento. Condomínios mobiliários**. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo 660 (janeiro 1, 1971): 223-271. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66628/69238>>. Acesso em: 19 jun. 2022.

ALONSO, Félix Ruiz. **Os fundos de investimento**. In. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 1, ano X, 1971, p. 71 e ss.

AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 13ª ed., 2007, p. 307 e ss.

AMARO, Luciano. **Imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza**. In. O fato gerador do imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza. Coord. MARTINS, Ives Gandra da Silva. São Paulo: Centro de estudos de extensão universitária e resenha tributária, 1986, p. 388 e ss.

AMARO, Luciano. **Questões sobre a periodicidade da apuração do imposto de renda**. In. Imposto de Renda e ICMS – Problemas jurídicos. ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). São Paulo: Dialética, 1995, p. 45.

ANBIMA. **Estudos Especiais. Produtos de Captação. Fundos de Investimento Imobiliário**. Disponível em: <https://www.anbima.com.br/data/files/A7/B7/A5/67/9DB675106582A275862C16A8/estudos-especiais-produtos-de-captacao-fundos-de-investimento-imobiliario_1_.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2021.

ANBIMA. **Informe de legislação. Receita Federal edita regra sobre Imposto de Renda**. Disponível em: <https://www.anbima.com.br/en_us/informar/regulacao/informe-de-legislacao/receita-federal-edita-regra-sobre-imposto-de-renda.htm>. Acesso em: 18 jun. 2021.

ARRAES, Ronaldo A.; OLIVEIRA, Sérgio Luiz C. de. **Fundos de investimento e dívida pública brasileira no período pós-real**. In. Planejamento e Política Pública, n. 30, 2009, p. 101. Disponível em: <<https://www.ipea.gov.br/ppp/index.php/PPP/article/viewFile/37/37>>. Acesso em: 12 out. 2020.

ASCARELLI, Túlio. **Problemas das sociedades anônimas e direito comparado**. São Paulo: Saraiva, 2ª ed., 1969, p. 400.

ASHTON, Peter Walter. **Companhias de investimentos**. Rio de Janeiro: Edições Financeiras S/A, 1ª ed., 1963, p. 40 e ss.

AVVAD, Pedro Elias. **Direito imobiliário – Teoria Geral dos Negócios Imobiliários**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 113.

BARRETO FILHO, Oscar. **Regime jurídico das sociedades de investimento (“investment trust”)**. São Paulo: Max Limonad, 1956, p. 97.

BARRETO, Paulo Ayres. **Imposto sobre a renda e preços de transferência**. São Paulo: Dialética, 2001, p. 62.

BIANCO, João Francisco; FERREIRA, Diogo Olm. **Afinal, pode um Condomínio ser Contribuinte do IRPJ?** Revista de Direito Tributário Atual n. 50. Ano 40. P. 215-249. São Paulo: IBDT, 1º quadrimestre 2022. Disponível em: <<https://revista.ibdt.org.br/index.php/RDTA/article/view/2140/1940>>. Acesso em: 29 jun. 2022.

BNDES. **Enunciados da Jornada de Direito dos Imóveis Públicos**. Disponível em: <https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/bitstream/1408/21763/3/BNDES_Enunciados%20Jornada%20Direito%20im%c3%b3veis%20P%c3%bablicos_215377.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2022.

BNDES. **Jornada de Direito dos Imóveis Públicos**. Disponível em: <<https://www.bndes.gov.br/wps/portal/site/home/conhecimento/seminarios/jornada-de-direito-de-imoveis-publicos>>. Acesso em: 15 jun. 2022.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Brasília: Editora UnB, 1996, 7ª ed., pp. 97-99.

BONATELLI, Circe. **Fundo imobiliário inspirado em modelo americano de gestão inicia captação**. Disponível em: <<https://economia.estadao.com.br/blogs/coluna-do-broad/fundo-imobiliario-inspirado-em-modelo-americano-de-gestao-inicia-captacao/>>. Acesso em: 31 out. 2020.

BRANCO, Carlos Eduardo Castello; MONTEIRO, Eliane de Mello Alves Rebouças. **Um estudo sobre a indústria de Fundos de Investimentos Imobiliários no Brasil**. In. Revista do BNDES. Rio de Janeiro: 2003, v. 10, n. 20, pp. 261-296. Disponível em: <https://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/revista/rev2009.pdf>. Acesso em: 17 fev. 2021.

BRASIL. **Anteprojeto do Decreto-lei n. 1.598, de 26 de dezembro de 1977 apud POLIZELLI, Victor Borges. O Princípio da Realização da Renda e sua Aplicação no Imposto de Renda de Pessoas Jurídicas**. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo. São Paulo: 2009, p. 70.

BRASIL. **Ata da Reunião do Colegiado da CVM n. 22, de 08 de setembro de 1993**. Disponível em: <http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/publicacao/decisooes_antigas/anexos/decisooes-1993.pdf>. Acesso em: 08 dez. 2020.

BRASIL. **Ato Declaratório Interpretativo RFB n. 5, de 17 de dezembro de 2019**. Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=105652>>. Acesso em: 22 jun. 2022.

BRASIL. **Ato Declaratório Interpretativo SRF n. 14, de 04 de maio de 2004**. Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=5654>>. Acesso em: 02 jul. 2022.

BRASIL. Câmara Superior de Recursos Fiscais, 1ª Turma, **Acórdão n. 9101-002.462**, Processo n. 16327.000002/2010-36, julgado em 19/10/16.

BRASIL. Câmara Superior de Recursos Fiscais, 1ª Turma, **Acórdão n. 9101-004.090**, Processo n. 16327.720078/201162, julgado em 09/04/19.

BRASIL. Câmara Superior de Recursos Fiscais, 1ª Turma, **Acórdão n. 9101-004.580**, Processo n. 16327.001753/201070, julgado em 04/12/19.

BRASIL. Câmara Superior de Recursos Fiscais, 1ª Turma, **Acórdão n. 9101-006.005**, Processo n. 16327.001752/2010-25, julgado em 05/04/22.

BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, 1ª Seção, 3ª Câmara, 1ª Turma, Processo n. 16327.001752/201025, **Acórdão n. 1301-000.994**, julgado em 07/08/12, p. 23.

BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, 1ª Seção, 3ª Câmara, 2ª Turma, **Acórdão n. 1302-001.025**, Processo n. 16327.001753/201070, julgado em 15/09/21.

BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, 1ª Seção, 3ª Câmara, 2ª Turma, **Acórdão n. 1302-002.053**, Processo n. 16327.001753/201070, julgado em 16/02/17.

BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, 1ª Seção, 4ª Câmara, 1ª Turma Ordinária, **Acórdão n. 1401-001.136**, Processo n. 16327.000973/200942, julgado em 12/03/14, publicado em 14/01/15.

BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, 1ª Seção, 4ª Câmara, 2ª Turma, **Acórdão n. 1402-002.320**, Processo n. 16327.720078/201162, julgado em 04/10/16.

BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, 3ª Seção, 2ª Câmara, 1ª Turma, **Acórdão n. 3201-001.375**, Processo n. 16327.001753/2010-70, julgado em 23/07/13.

BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, 3ª Seção, 4ª Câmara, 1ª Turma, **Acórdão n. 3401-003.269**, Processo n. 16327.721226/201328, julgado em 29/09/16.

BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, 3ª Seção, 4ª Câmara, 1ª Turma, **Acórdão n. 3401-007.236**, Processo n. 16327.721226/201328, julgado em 28/01/20.

BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, 3ª Seção, 4ª Câmara, 2ª Turma, **Acórdão n. 3402-001.991**, Processo n. 16327.720078/201162, julgado em 30/01/12.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 25 jun. 2022.

BRASIL. **Consulta Pública RFB n. 3/15**. Disponível em: <<http://receita.economia.gov.br/sobre/consultas-publicas-e-editoriais/consulta-publica/arquivos-e-imagens/consulta-publica-rfb-03-2015.pdf/view>>. Acesso em: 19 jun. 2021.

BRASIL. **Decisão do Colegiado da CVM de 17 de maio de 2022**. Disponível em: <https://conteudo.cvm.gov.br/decisoes/2022/20220517_R1.html>. Acesso em: 25 jun. 2022.

BRASIL. **Decisão do Colegiado da CVM de 21 de dezembro de 2021**. Disponível em: <https://conteudo.cvm.gov.br/decisoes/2021/20211221_R1/20211221_D2388.html>. Acesso em: 24 jun. 2022.

BRASIL. **Decisão do Colegiado de 31 de janeiro de 2022**. Disponível em: <https://conteudo.cvm.gov.br/decisoes/2022/20220131_R1/20220131_D2388.html>. Acesso em: 25 jun. 2022.

BRASIL. **Decreto n. 61.899, de 14 de dezembro de 1967**. Disponível em: <<https://www.gov.br/receitafederal/pt-br/aceso-a-informacao/legislacao/acordos-internacionais/acordos-para-evitar-a-dupla-tributacao/japao/decreto-no-61-899-de-14-de-dezembro-de-1967>>.

BRASIL. **Decreto n. 74.965, de 26 de novembro de 1974**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/d74965.htm>.

BRASIL. **Decreto n. 9.580, 22 de novembro de 2018**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/D9580.htm>. Acesso em: 22 jun. 2022.

BRASIL. **Decreto-lei n. 1.338, de 23 de julho de 1974**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1338-74.htm>. Acesso em: 19 jun. 2022.

BRASIL. **Decreto-lei n. 157, de 10 de fevereiro de 1967**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/del0157.htm>. Acesso em: 04 fev. 2021.

BRASIL. **Decreto-lei n. 2.064, de 19 de outubro de 1983**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/Del2064.htm>. Acesso em: 19 jun. 2022.

BRASIL. **Decreto-lei n. 2.065, de 26 de outubro de 1983**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2065.htm>. Acesso em: 19 jun. 2022.

BRASIL. **Decreto-lei n. 2.285, de 23 de julho de 1986**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/Del2285.htm>. Acesso em: 22 jun. 2022.

BRASIL. **Decreto-lei n. 2.303, de 21 de novembro de 1986**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/Del2303.htm>. Acesso em: 19 fev. 2021.

BRASIL. **Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 02 jul. 2022.

BRASIL. **Decreto-lei n. 5.844, de 23 de setembro de 1943**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5844.htm>. Acesso em: 29 jun. 2022.

BRASIL. **Decreto-lei n. 7.583, de 25 de maio de 1945**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/del7583.htm>. Acesso em: 04 fev. 2021.

BRASIL. **Decreto-lei n. 9.603, de 16 de agosto de 1946**. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-9603-16-agosto-1946-452206-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 04 fev. 2021.

BRASIL. **Despacho PGFN n. 167, de 08 de abril de 2022.** Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?naoPublicado=&idAto=123595&visao=compilado>>. Acesso em: 17 jun. 2022.

BRASIL. **Dossiê digitalizado do Projeto de Lei n. 2.732/65 da Câmara dos Deputados.** Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node01df8akq0lsdvv1odhrv379hr3e8697917.node0?codteor=1196652&filename=Dossie+-PL+2732/1965>. Acesso em: 04 nov. 2021.

BRASIL. **Emenda n. 1 ao Projeto de Lei n. 5.191/20.** Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1955533&filename=EMP+1+%3D%3E+PL+5191/2020>. Acesso em: 17 jun. 2022.

BRASIL. **Emenda n. 2 ao Projeto de Lei n. 5.191/20.** Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1955640&filename=EMP+2+%3D%3E+PL+5191/2020>. Acesso em: 17 jun. 2022.

BRASIL. **Emenda n. 30 à Medida Provisória n. 460, de 30 de março de 2009.** Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=647509&filename=EMC+30/2009+MPV46009+%3D%3E+MPV+460/2009>. Acesso em: 27 jun. 2022.

BRASIL. **Exposição de Motivos n. 532, 04 de novembro de 1991.** Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node01ka234prxyu21kxxikm7vixo17530268.node0?codteor=1139600&filename=Dossie+-PL+2204/1991>. Acesso em: 06 fev. 2021.

BRASIL. **Exposição de Motivos n. 644, de 14 de novembro de 1997.** Diário do Congresso Nacional de 02 de dezembro de 1997, página 18021. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/diarios/ver/14400?sequencia=335>>. Acesso em: 29 jun. 2022.

BRASIL. **Exposição de Motivos n. 834-A/MF.** Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/medpro/1998/medidaprovisoria-1788-29-dezembro-1998-369851-exposicaodemotivos-1-pe.html>>. Acesso em: 18 jun. 2021.

BRASIL. **Guia CVM do investidor: Fundos de Investimento Imobiliário.** Disponível em: <<https://www.investidor.gov.br/galerias/publicacao/CVM-Guia-01-FII.pdf>>. Acesso em: 28 out. 2020.

BRASIL. **Instrução CVM n. 205, de 14 de janeiro de 1994.** Disponível em: <<http://conteudo.cvm.gov.br/legislacao/instrucoes/inst205.html>>. Acesso em: 05 fev. 2021.

BRASIL. **Instrução CVM n. 206, de 14 de janeiro de 1994.** Disponível em: <<http://conteudo.cvm.gov.br/legislacao/instrucoes/inst206.html>>. Acesso em: 05 fev. 2021.

BRASIL. **Instrução CVM n. 400, de 29 de dezembro de 2003.** Disponível em: <<http://conteudo.cvm.gov.br/legislacao/instrucoes/inst400.html>>. Acesso em: 18 jun. 2021.

BRASIL. **Instrução CVM n. 409, de 18 de agosto de 2004.** Disponível em: <<https://conteudo.cvm.gov.br/legislacao/instrucoes/inst409.html>>. Acesso em: 20 jun. 2022.

BRASIL. **Instrução CVM n. 438, de 12 de julho de 2006.** Disponível em: <<https://conteudo.cvm.gov.br/legislacao/instrucoes/inst438.html>>. Acesso em: 20 jun. 2022.

BRASIL. **Instrução CVM n. 461, de 23 de outubro de 2007.** Disponível em: <<https://conteudo.cvm.gov.br/legislacao/instrucoes/inst461.html>>. Acesso em: 25 jun. 2022.

BRASIL. **Instrução CVM n. 472, de 31 de outubro de 2008.** Disponível em: <<http://conteudo.cvm.gov.br/legislacao/instrucoes/inst472.html>>. Acesso em: 05 fev. 2021.

BRASIL. **Instrução CVM n. 476, de 16 de janeiro de 2009.** Disponível em: <<http://conteudo.cvm.gov.br/legislacao/instrucoes/inst476.html>>. Acesso em: 18 jun. 2021.

BRASIL. **Instrução CVM n. 516, de 29 de dezembro de 2011.** Disponível em: <<http://conteudo.cvm.gov.br/legislacao/instrucoes/inst516.html>>. Acesso em: 05 fev. 2021.

BRASIL. **Instrução CVM n. 539, de 13 de novembro de 2013.** Disponível em: <<http://conteudo.cvm.gov.br/legislacao/instrucoes/inst539.html>>. Acesso em: 18 de jun. 2021.

BRASIL. **Instrução CVM n. 555, de 17 de dezembro de 2014.** Disponível em: <<https://conteudo.cvm.gov.br/legislacao/instrucoes/inst555.html>>. Acesso em: 20 jun. 2022.

BRASIL. **Instrução CVM n. 577, de 07 de julho de 2016.** Disponível em: <<https://conteudo.cvm.gov.br/legislacao/instrucoes/inst577.html>>. Acesso em: 20 jun. 2022.

BRASIL. **Instrução Normativa DREI n. 81, de 10 de junho de 2020.** Disponível em: <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/instrucao-normativa-n-81-de-10-de-junho-de-2020-261499054>>. Acesso em: 04 jul. 2022.

BRASIL. **Instrução Normativa RFB n. 1.022, de 05 de abril de 2010.** Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=15987&visao=original>>. Acesso em: 19 jun. 2021.

BRASIL. **Instrução Normativa RFB n. 1.037, de 04 de junho de 2010.** Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=16002>>. Acesso em: 22 jun. 2022.

BRASIL. **Instrução Normativa RFB n. 1.183, de 19 de agosto de 2011.** Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?naoPublicado=&idAto=16156&visao=anotado>>. Acesso em: 02 jul. 2022.

BRASIL. **Instrução Normativa RFB n. 1.252, de 01 de março de 2012.** Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=37466>>. Acesso em: 02 jul. 2022.

BRASIL. **Instrução Normativa RFB n. 1.455, de 06 de março de 2014.** Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=50414&visao=anotado>>. Acesso em: 22 jun. 2022.

BRASIL. **Instrução Normativa RFB n. 1.470, de 30 de maio de 2014.** Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?naoPublicado=&idAto=52901&visao=anotado>>. Acesso em: 02 jul. 2022.

BRASIL. **Instrução Normativa RFB n. 1.585, de 31 de agosto de 2015.** Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=67494>>. Acesso em: 21 jun. 2022.

BRASIL. **Instrução Normativa RFB n. 1.700, de 14 de março de 2017.** Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=81268>>. Acesso em: 25 jun. 2022.

BRASIL. **Instrução Normativa RFB n. 1.863, de 27 de dezembro de 2018.** Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=97729>>. Acesso em: 02 jul. 2022.

BRASIL. **Instrução Normativa RFB n. 1.990, de 18 de novembro de 2020.** Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=113850>>. Acesso em: 02 jul. 2022.

BRASIL. **Instrução Normativa RFB n. 2.003, de 18 janeiro de 2021.** Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=114965>>. Acesso em: 02 jul. 2022.

BRASIL. **Instrução Normativa RFB n. 2.004, de 18 de janeiro de 2021.** Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=114966>>. Acesso em: 22 jul. 2022.

BRASIL. **Instrução Normativa RFB n. 2.005, de 29 de janeiro de 2021.** Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=115131>>. Acesso em: 02 jul. 2022.

BRASIL. **Instrução Normativa RFB n. 2.021, de 16 de abril de 2021.** Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=116968#2247767>>. Acesso em: 20 jun. 2021.

BRASIL. **Instrução Normativa SRF n. 107, de 14 de julho de 1988.** Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=14681&visao=original>>. Acesso em: 17 jun. 2022.

BRASIL. **Instrução Normativa SRF n. 179, de 30 de dezembro de 1987.** Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=15042&visao=anotado>>. Acesso em: 02 jul. 2022.

BRASIL. **Lei Complementar n. 104, de 10 de janeiro de 2001.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp104.htm>. Acesso em: 25 jun. 2022.

BRASIL. **Lei Complementar n. 7, de 7 de setembro de 1970.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp07.htm>. Acesso em: 29 jun. 2022.

BRASIL. **Lei Complementar n. 70, de 30 de dezembro de 1991.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp70.htm>. Acesso em: 29 jun. 2022.

BRASIL. **Lei Complementar n. 95, de 26 de fevereiro de 1998.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp95.htm>. Acesso em: 17 fev. 2021.

BRASIL. **Lei Mineira n. 22.606, de 20 de julho de 2017.** Disponível em: <http://www.fazenda.mg.gov.br/governo/contadoria_geral/legislacao/tipolegis/_leie.html>. Acesso em: 16 jun. 2022.

BRASIL. **Lei n. 1.598, de 26 de dezembro de 1977.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1598.htm>. Acesso em: 25 jun. 2022.

BRASIL. **Lei n. 10.303, de 31 de outubro de 2001.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110303.htm>. Acesso em: 19 jun. 2022.

BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 19 jun. 2022.

BRASIL. **Lei n. 10.892, de 13 de julho de 2004.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/110.892.htm>. Acesso em: 22 jun. 2022.

BRASIL. **Lei n. 11.033, de 21 de dezembro de 2004.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/111033.htm>. Acesso em: 21 jun. 2022.

BRASIL. **Lei n. 11.053, de 29 de dezembro de 2004.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/111053.htm>. Acesso em: 22 jun. 2022.

BRASIL. **Lei n. 11.196, de 21 de novembro de 2005.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111196.htm>. Acesso em: 25 jun. 2022.

BRASIL. **Lei n. 11.312, de 27 de junho de 2006.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111312.htm>. Acesso em: 22 jun. 2022.

BRASIL. **Lei n. 11.727, de 23 de junho de 2008.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/111727.htm>. Acesso em: 22 jun. 2022.

BRASIL. **Lei n. 12.431, de 24 de junho de 2011.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12431.htm#art1>. Acesso em: 22 jun. 2022.

BRASIL. **Lei n. 13.240, de 30 de dezembro de 2015.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/113240.htm>. Acesso em: 16 jun. 2022.

BRASIL. **Lei n. 13.874, de 20 de setembro de 2019.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13874.htm#art7>. Acesso em: 19 jun. 2022.

BRASIL. **Lei n. 14.130, de 29 de março de 2021.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14130.htm#art3>. Acesso em: 17 jun. 2022.

BRASIL. **Lei n. 3.470, de 28 de novembro de 1958.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/13470.htm>. Acesso em: 04 fev. 2021.

BRASIL. **Lei n. 4.591, de 16 de dezembro de 1964.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14591.htm>. Acesso em: 20 jun. 2021.

BRASIL. **Lei n. 4.728, de 14 de julho de 1965.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14728.htm>. Acesso em: 19 jun. 2022.

- BRASIL. **Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172compilado.htm>. Acesso em: 25 jun. 2022.
- BRASIL. **Lei n. 5.709, de 07 de outubro de 1971.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15709.htm>. Acesso em: 23 jun. 2022.
- BRASIL. **Lei n. 556, de 25 de junho de 1850.** Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim556.htm>. Acesso em: 02 jul. 2022.
- BRASIL. **Lei n. 6.385, de 07 de dezembro de 1976.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16385.htm>. Acesso em: 24 jun. 2022.
- BRASIL. **Lei n. 7.689, de 15 de dezembro de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17689.htm>. Acesso em: 29 jun. 2022.
- BRASIL. **Lei n. 7.713, de 22 de dezembro de 1998.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17713.htm>. Acesso em: 25 jun. 2022.
- BRASIL. **Lei n. 8.383, de 30 de dezembro de 1991.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18383.htm>. Acesso em: 22 jun. 2022.
- BRASIL. **Lei n. 8.668, de 25 de junho de 1993.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18668.htm>. Acesso em: 19 jun. 2022.
- BRASIL. **Lei n. 8.894, de 21 de junho de 1994.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8894.htm#art10>. Acesso em: 27 jun. 2022.
- BRASIL. **Lei n. 8.981, de 20 de janeiro de 1995.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18981.htm>. Acesso em: 21 jun. 2022.
- BRASIL. **Lei n. 9.430, de 27 de dezembro de 1996.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19430.htm>. Acesso em: 22 jun. 2022.
- BRASIL. **Lei n. 9.514, de 20 de novembro de 1997.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19514.htm>. Acesso em: 02 jul. 2022.
- BRASIL. **Lei n. 9.532, de 10 de dezembro de 1997.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19532.htm>. Acesso em: 21 jun. 2022.
- BRASIL. **Lei n. 9.779, de 19 de janeiro de 1999.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19779.htm>. Acesso em: 21 jun. 2022.
- BRASIL. **Lei n. 9.959, de 27 de janeiro de 2000.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19959.htm>. Acesso em: 22 jun. 2022.
- BRASIL. **Lei Paulista n. 16.338, de 14 de dezembro de 2016.** Disponível em: <<https://www.al.sp.gov.br/norma/180243>>. Acesso em: 16 jun. 2022.
- BRASIL. **Lei Paulista n. 16.499, de 21 de julho de 2017.** Disponível em: <<https://www.al.sp.gov.br/norma/?id=182521>>. Acesso em: 18 jun. 2022.
- BRASIL. **Medida Provisória n. 1.602, de 14 de novembro de 1997.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/MPV/Antigas/1602.htm>. Acesso em: 26 jun. 2022.
- BRASIL. **Medida Provisória n. 1.788, de 29 de dezembro de 1998.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/Antigas/1788.htm#:~:text=dezembro%20de%201976.-,Art.,Par%C3%A1grafo%20%C3%BAnico.>. Acesso em: 22 jun. 2022.

BRASIL. **Medida Provisória n. 2.189-49, de 23 de agosto de 2001.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/MPV/Antigas_2001/2189-49.htm#art6>. Acesso em: 21 jun. 2022.

BRASIL. **Medida Provisória n. 255, de 1º de julho de 2005.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Mpv/255.htm>.

BRASIL. **Medida Provisória n. 66, de 29 de agosto de 2002.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/antigas_2002/66.htm>. Acesso em: 25 jun. 2022.

BRASIL. **Medida Provisória n. 685, de 21 de julho de 2015.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/mpv/mpv685.htm>. Acesso em: 25 jun. 2022.

BRASIL. **Medida Provisória n. 694, de 30 de setembro de 2015.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/mpv/mpv694.htm>. Acesso em: 22 jun. 2022.

BRASIL. **Medida Provisória n. 806, de 30 de outubro de 2017.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/mpv/mpv806.htm>. Acesso em: 22 jun. 2022.

BRASIL. **MEMO/CVM/SIN/SNC/Nº 1/2015.** Disponível em: <<https://conteudo.cvm.gov.br/export/sites/cvm/legislacao/oficios-circulares/sin-snc/anexos/oc-sin-snc-0115-2.pdf>>. Acesso em: 22 jun. 2022.

BRASIL. **Mensagem n. 111, de 29 de março de 2021.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/Msg/VEP/VEP-111.htm>. Acesso em: 17 jun. 2022.

BRASIL. **Ofício-Circular CVM/SIN n. 4, de 1º de abril de 2019.** Disponível em: <<https://conteudo.cvm.gov.br/legislacao/oficios-circulares/sin/oc-sin-0419.html>>. Acesso em: 03 jul. 2022.

BRASIL. **Ofício-Circular CVM/SIN/SNC/N. 01, de 18 de março de 2015.** Disponível em: <<http://conteudo.cvm.gov.br/legislacao/oficios-circulares/sin-snc/oc-sin-snc-0115.html>>. Acesso em: 12 fev. 2021.

BRASIL. **Ofício-Circular CVM/SIN/SNC/N. 01, de 2 de maio de 2014.** Disponível em: <<http://conteudo.cvm.gov.br/legislacao/oficios-circulares/sin-snc/oc-sin-snc-0114.html>>. Acesso em: 11 fev. 2021.

BRASIL. **Ofício-Circular n. 2/2021-CVM/SSE.** Disponível em: <<http://conteudo.cvm.gov.br/legislacao/oficios-circulares/sse1/oc-sse-0221.html>>. Acesso em: 23 jan. 2022.

BRASIL. **Ofício-Interno n. 1/2022/CVM/SSE/SSE-Assessoria de 10 de abril de 2022.** Disponível em: <https://conteudo.cvm.gov.br/export/sites/cvm/decisooes/anexos/2022/20220517/2388_21.pdf>. Acesso em: 24 jun. 2022.

BRASIL. **Ofício-Interno n. 4/2021/CVM/SSE/SSE-Assessoria de 17 de novembro de 2021.** Disponível em: <https://conteudo.cvm.gov.br/export/sites/cvm/decisooes/anexos/2021/20211221/2388_21.pdf>. Acesso em: 24 jun. 2022.

BRASIL. **Parecer Normativo Cosit n. 4, de 03 de novembro de 1995.** Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=30892>>. Acesso em: 15 jun. 2022.

BRASIL. **Parecer Normativo CST n. 132, de 08 de julho de 1970.** Disponível em: <https://www.normasbrasil.com.br/norma/parecer-normativo-132-1970_91613.html>. Acesso em: 25 jun. 2022.

BRASIL. **Parecer Normativo CST n. 504, de 3 de agosto de 1971.** Disponível em: <[https://www.normasbrasil.com.br/norma/parecer-normativo-504-1971_91760.html#:~:text=Para%20as%20pessoas%20f%C3%ADsicas%20residentes,n%C3%A3o%20alcan%C3%A7ada%20pela%20tributa%C3%A7%C3%A3o%20\(V.>](https://www.normasbrasil.com.br/norma/parecer-normativo-504-1971_91760.html#:~:text=Para%20as%20pessoas%20f%C3%ADsicas%20residentes,n%C3%A3o%20alcan%C3%A7ada%20pela%20tributa%C3%A7%C3%A3o%20(V.>)>. Acesso em: 17 jun. 2022.

BRASIL. **Parecer Normativo CST n. 85, de 16 de dezembro de 1977.** Disponível em: <<https://www legisweb.com.br/legislacao/?id=93039>>. Acesso em: 25 jun. 2022.

BRASIL. **Parecer ao Substitutivo do Senado ao Projeto de Lei de Conversão n. 25/05.** Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=351999&filena me=PSS+1+MPV25505+%3D%3E+MPV+255/2005>. Acesso em: 18 jun. 2021.

BRASIL. **Parecer/CVM/PJU/n. 014/02.** Disponível em: <<http://d1ao0r2iuz522v.cloudfront.net/b0d9213cddcb1564dfc2857f5e15937e.pdf>>. Acesso em: 14 jun. 2022.

BRASIL. **Parecer/CVM/PJU/Nº 02/00.** Disponível em: <https://www.investidor.gov.br/portaldoinvestidor/export/sites/portaldoinvestidor/galerias/pa receres/2000/Parecer_02_2000.pdf>. Acesso em: 03 jul. 2022.

BRASIL. **PARECER/Nº 381/2015/PFE-CVM/PGF/AGU.** Disponível em: <<https://conteudo.cvm.gov.br/export/sites/cvm/deciso es/anexos/2015/20150317/9595-Parecer.pdf>>. Acesso em: 22 jun. 2022.

BRASIL. **Portaria do Ministério da Fazenda n. 309, de 30 de novembro de 1959.** Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/pre/acordos_e_convenios/Portaria_MF_309-1959.pdf>. Acesso em: 04 fev. 2021.

BRASIL. **Processo CVM/RJ n. 2005/2345.** Rel. Presidente Marcelo Fernandez Trindade. Disponível em: <<http://conteudo.cvm.gov.br/export/sites/cvm/deciso es/anexos/0002/4755-0.pdf>>. Acesso em: 18 jun. 2021.

BRASIL. **Processo RJ-2002-6711,** Interessado Banco Modal S/A, Requerente FII Modal Corporativo I, abertura em 16/09/02.

BRASIL. **Projeto de Lei de Conversão n. 28, de 2005.** Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=351710&filena me=PLV+28/2005+%3D%3E+MPV+255/2005>. Acesso em: 18 jun. 2021.

BRASIL. **Projeto de Lei de Conversão n. 3, de 3 de março de 2020.** Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1865022>. Acesso em: 22 jun. 2022.

BRASIL. **Projeto de Lei do Senado n. 336, de 11 de julho de 2018**. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/133941>>. Acesso em: 22 jun. 2022.

BRASIL. **Projeto de Lei n. 10.638, de 30 de julho de 2018**. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2182107>>. Acesso em: 22 jun. 2022.

BRASIL. **Projeto de Lei n. 2.204, de 28 de novembro de 1991**. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=200935>>. Acesso em: 06 fev. 2021.

BRASIL. **Projeto de Lei n. 2.204-A, de 12 de agosto de 1992**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node01ka234prxyu21kxxikm7vixo17530268.node0?codteor=1139600&filename=Dossie+-PL+2204/1991>. Acesso em: 19 jun. 2022.

BRASIL. **Projeto de Lei n. 2.337, de 08 de setembro de 2021**. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=9012837&ts=1652893700681&disposition=inline>>. Acesso em: 18 jun. 2022.

BRASIL. **Projeto de Lei n. 2.337, de 25 de junho de 2021**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node0f03w1m9i1v7padnhm0ts3nxj27001724.node0?codteor=2034420&filename=PL+2337/2021>. Acesso em: 24 jan. 2022.

BRASIL. **Projeto de Lei n. 5.191, de 18 de novembro de 2020**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node01i75p983x0ag37sjsqh8406k119047208.node0?codteor=1942280&filename=PL+5191/2020>. Acesso em: 17 jun. 2022.

BRASIL. **Recurso Especial n. 2003/0177169-4**, Quarta Turma, Rel. Min. Raul Araújo, julgado em 19/02/2013, publicado no DJe 26/02/2013.

BRASIL. **Recurso Especial n. 2010/0058796-1**, Quarta Turma, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, julgado em 22/05/2014, publicado no DJe 25/08/2014.

BRASIL. **Recurso Extraordinário n. 172.058-1/SC**, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 30/06/95, publicação em 13/10/95.

BRASIL. **Resolução Bacen n. 103, de 10 de dezembro de 1968**. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/res/1968/pdf/res_0103_v9_1.pdf>. Acesso em: 04 fev. 2021.

BRASIL. **Resolução Bacen n. 145, de 14 de abril de 1970**. Disponível em: <<https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/exibenormativo?tipo=Resolu%C3%A7%C3%A3o&numero=145>>. Acesso em: 04 fev. 2021.

BRASIL. **Resolução CMN n. 1.022, de 05 de junho de 1985**. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/res/1985/pdf/res_1022_v2_1.pdf>. Acesso em: 19 jun. 2022.

BRASIL. **Resolução CMN n. 1.280, de 20 de março de 1987.** Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/res/1987/pdf/res_1280_v7_L.pdf>. Acesso em: 05 fev. 2021.

BRASIL. **Resolução CMN n. 1.286, de 20 de março de 1987.** Disponível em: <https://normativos.bcb.gov.br/Lists/Normativos/Attachments/42602/Res_1286_v7_P.pdf>. Acesso em: 05 fev. 2021.

BRASIL. **Resolução CMN n. 1.787, de 01 de fevereiro de 1991.** Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/res/1991/pdf/res_1787_v3_L.pdf>. Acesso em: 19 jun. 2022.

BRASIL. **Resolução CMN n. 1.787, de 1º de fevereiro de 1991.** Disponível em: <<https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/exibenormativo?tipo=Resolu%C3%A7%C3%A3o&numero=1787>>. Acesso em: 05 fev. 2021.

BRASIL. **Resolução CMN n. 2.183, de 21 de julho de 1995.** Disponível em: <https://normativos.bcb.gov.br/Lists/Normativos/Attachments/46147/Res_2183_v4_P.pdf>. Acesso em: 19 jun. 2022.

BRASIL. **Resolução CMN n. 2.551, de 24 de setembro de 1998.** Disponível em: <https://normativos.bcb.gov.br/Lists/Normativos/Attachments/45277/Res_2551_v2_L.pdf>. Acesso em: 19 jun. 2022.

BRASIL. **Resolução CMN n. 2.689, de 26 de janeiro de 2000.** Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/res/2000/pdf/res_2689_v3_P.pdf>. Acesso em: 22 jun. 2022.

BRASIL. **Resolução CMN n. 4.373, de 29 de setembro de 2014.** Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/48650/Res_4373_v1_O.pdf>. Acesso em: 22 jun. 2022.

BRASIL. **Resolução CMN n. 817 de 07 de abril de 1983.** Disponível em: <<https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/exibenormativo?tipo=Resolu%C3%A7%C3%A3o&numero=817>>. Acesso em: 04 fev. 2021.

BRASIL. **Resolução CMN n. 961, de 12 de setembro de 1984.** Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/res/1984/pdf/res_0961_v2_1.pdf>. Acesso em: 19 jun. 2022.

BRASIL. **Resolução CVM n. 39, de 13 de julho de 2021.** Disponível em: <<https://conteudo.cvm.gov.br/export/sites/cvm/legislacao/resolucoes/anexos/001/resol039.pdf>>. Acesso em: 17 jun. 2022.

BRASIL. **Solução de Consulta Cosit n. 121, de 27 de maio de 2014.** Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=52912>>. Acesso em: 02 jul. 2022.

BRASIL. **Solução de Consulta Cosit n. 137, de 08 de dezembro de 2020.** Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=114728>>. Acesso em: 18 jun. 2022.

BRASIL. **Solução de Consulta Cosit n. 168, de 26 de dezembro de 2016.** Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=81717>>. Acesso em: 25 jun. 2022.

BRASIL. **Solução de Consulta Cosit n. 181, de 25 de junho de 2014.** Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=53794>>. Acesso em: 14 fev. 2021.

BRASIL. **Solução de Consulta Cosit n. 218, de 29 de novembro de 2018.** Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=97289>>. Acesso em: 22 jun. 2022.

BRASIL. **Solução de Consulta Cosit n. 28, de 03 de março de 2018.** Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=95374>>. Acesso em: 02 jul. 2022.

BRASIL. **Solução de Consulta Cosit n. 38, de 27 de março de 2018.** Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=91740>>. Acesso em: 18 jun. 2022.

BRASIL. **Solução de Consulta Cosit n. 56, de 25 de fevereiro de 2019.** Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=99645>>. Acesso em: 02 jul. 2022.

BRASIL. **Solução de Consulta Cosit n. 575, de 20 de dezembro de 2017.** Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=88968>>. Acesso em: 22 jun. 2022.

BRASIL. **Solução de Consulta Cosit n. 59, de 27 de fevereiro de 2019.** Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=99170>>. Acesso em: 29 jun. 2022.

BRASIL. **Solução de Consulta Disit 08 n. 489, de 28 de dezembro de 2009, apud, BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 1ª Turma, Agravo no Recurso Especial n. 1.357.255/SP, Rel. Min. Gurgel de Faria, baixa definitiva em 19/05/22.**

BRASIL. **Solução de Consulta Disit/SRRF 08 n. 106 de 18 de abril de 2015.** Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=85921>>. Acesso em: 22 jun. 2022.

BRASIL. **Solução de Consulta Disit/SRRF04 n. 52, de 16 de setembro de 2010.** Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=77237>>. Acesso em: 22 jun. 2022.

BRASIL. **Solução de Consulta Disit/SRRF05 n. 43, de 14 de setembro de 2011.** Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=54883>>. Acesso em: 02 jul. 2022.

BRASIL. **Solução de Consulta Disit/SRRF06 n. 141, de 08 de outubro de 2002.** Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=109797>>. Acesso em: 02 jul. 2022.

BRASIL. **Solução de Consulta Disit/SRRF08 n. 212, de 07 de agosto de 2012.** Disponível em: <<https://www.amecbrasil.org.br/wp-content/uploads/2019/01/IRRF.pdf>>. Acesso em: 22 jun. 2022.

BRASIL. **Solução de Consulta Disit/SRRF08 n. 389, de 05 de novembro de 2010.** Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=59384>>. Acesso em: 22 jun. 2022.

BRASIL. **Solução de Consulta Interna Cosit n. 15, de 13 de setembro de 2011.** Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=50601>>. Acesso em: 25 jun. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 1ª Turma, **Agravo no Recurso Especial n. 1.357.255/SP**, Rel. Min. Gurgel de Faria, baixa definitiva em 19/05/22.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 1ª Turma, **Recurso Especial n. 884.845/SC**, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 05/02/09, DJe 18/02/09.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 1ª Turma, **Agravo Regimental no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 831.381/PR**, julgado em 09/03/2018.

BRASIL. Tribunal de Contas da União, Plenário, **Acórdão 493/17**, julgado em 22/03/2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 1ª Vara Empresarial do Foro Central da Comarca de São Paulo, **Tutela Antecipada Antecedente Processo n. 1001084-19.2020.8.26.0228.** Disponível em: <[https://riobravo.com.br/EstrategiasInvestimento/ArquivosProdutos/Imobiliario/FII%20Grand%20Plaza/1001084-19.2020.8.26.0228%20\(9\).pdf](https://riobravo.com.br/EstrategiasInvestimento/ArquivosProdutos/Imobiliario/FII%20Grand%20Plaza/1001084-19.2020.8.26.0228%20(9).pdf)>. Acesso em: 03 jul. 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, 10ª Câmara Cível, Rel. Des. Juarez Fernandes Folhes, **Agravo de Instrumento n. 0062178-82.2020.8.19.0000**, julgado em 14/04/21, publicado em 16/04/21.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região, 11ª Vara Cível Federal de São Paulo, **Mandado de Segurança n. 5021626-66.2021.4.03.6100**, Juíza Federal Regilena Emy F. Bolognesi, julgado em 09/12/21.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região, 12ª Vara Cível Federal de São Paulo, **Mandado de Segurança n. 5000382-81.2021.4.03.6100**, Juíza Federal Marisa Cláudia Gonçalves Cucio, julgado em 02/06/21.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região, 12ª Vara Cível Federal de São Paulo, **Mandado de Segurança n. 5027030-35.2020.4.03.6100**, Juíza Federal Marisa Cláudia G. Cucio, julgado em 07/10/21.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região, 13ª Vara Cível Federal de São Paulo, **Procedimento Comum Cível n. 5005956-56.2019.4.03.6100**, Juiz Federal Fernando Marcelo Mendes, julgado em 29/05/20.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região, 13ª Vara Cível Federal de São Paulo, **Processo n. 5014538-74.2021.4.03.6100**, distribuído em 08/06/21.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região, 14ª Vara Cível Federal de São Paulo, **Procedimento Comum Cível n. 5005138-07.2019.4.03.6100**, Juiz Federal José Carlos Francisco, julgado em 22/10/19.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região, 21ª Vara Cível Federal de São Paulo, **Mandado de Segurança n. 5025163-07.2020.4.03.6100**, Juiz Federal Caio José Bovino Greggio, julgado em 14/06/21.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região, 26ª Vara Cível Federal de São Paulo, **Mandado de Segurança n. 5025165-74.2020.4.03.6100**, Juíza Federal Sílvia Figueiredo Marques, julgado em 06/03/21.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região, 3ª Turma, **Apelação Cível n. 5000308-27.2021.4.03.6100**, Desembargador Federal Nelton dos Santos, pendente de julgamento.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região, 3ª Turma, **Apelação Cível n. 5025165-74.2020.4.03.6100**, Desembargador Federal Nery Júnior, pendente de julgamento.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região, 4ª Turma, **Apelação Cível n. 5000095-21.2021.4.03.6100**, Desembargador Federal André Nabarrete, pendente de julgamento.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região, 4ª Turma, **Apelação Cível n. 5005138-07.2019.4.03.6100**, Desembargadora Federal Mônica Nobre, pendente de julgamento.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região, 4ª Turma, **Apelação Cível n. 5005139-89.2019.4.03.6100**, Desembargadora Federal Marli Ferreira, pendente de julgamento.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região, 4ª Turma, **Apelação Cível n. 5005956-56.2019.4.03.6100**, Desembargador André Nabarrete, julgado em 01/10/21.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região, 4ª Turma, **Apelação Cível n. 5021626-66.2021.4.03.6100**, Desembargadora Federal Marli Ferreira, pendente de julgamento.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região, 4ª Turma, **Apelação Cível n. 5027031-20.2020.4.03.6100**, Desembargador Federal André Nabarrete, pendente de julgamento.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região, 5ª Vara Cível Federal de São Paulo, **Mandado de Segurança n. 5000095-21.2021.4.03.6100**, Juiz Federal Paulo Alberto Sarno, julgado em 06/05/21.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região, 5ª Vara Cível Federal de São Paulo, **Procedimento Comum Cível n. 5005139-89.2019.4.03.6100**, Juiz Federal Tiago Bitencourt de David, julgado em 03/03/22.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região, 6ª Turma, **Apelação / Reexame Necessário n. 0003108-02.2010.4.03.6100**, Rel. Desembargador Federal Johnson Di Salvo, julgado em 25/06/15, *apud*, BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 1ª Turma, **Agravo no Recurso Especial n. 1.357.255/SP**, Rel. Min. Gurgel de Faria, baixa definitiva em 19/05/22, fls. 224-228

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região, 6ª Turma, **Apelação Cível n. 5000382-81.2021.4.03.6100**, Desembargador Federal Paulo Domingues, pendente de julgamento.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região, 6ª Turma, **Apelação Cível n. 5024458-09.2020.4.03.6100**, Desembargador Federal Johnson Di Salvo, pendente de julgamento.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região, 6ª Turma, **Apelação Cível n. 5025163-07.2020.4.03.6100**, Desembargador Federal Johnson Di Salvo, pendente de julgamento.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região, 6ª Turma, **Apelação Cível n. 5027030-35.2020.4.03.6100**, Desembargador Federal Johnson Di Salvo, pendente de julgamento.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região, 6ª Turma, **Apelação Cível n. 5027040-79.2020.4.03.6100**, Desembargador Federal Paulo Domingues, pendente de julgamento.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região, 7ª Vara Cível Federal de São Paulo, **Mandado de Segurança n. 5027040-79.2020.4.03.6100**, Juíza Federal Diana Brunstein, julgado em 28/04/21.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região, 8ª Vara Cível Federal de São Paulo, **Mandado de Segurança n. 5000308-27.2021.4.03.6100**, Juiz Federal Hong Kou Hen, julgado em 05/04/21.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região, 8ª Vara Cível Federal de São Paulo, **Mandado de Segurança n. 5024458-09.2020.4.03.6100**, Juiz Federal Hong Kou Hen, julgado em 29/03/21.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região, 8ª Vara Cível Federal de São Paulo, **Mandado de Segurança n. 5027031-20.2020.4.03.6100**, Juiz Federal Hong Kou Hen, julgado em 29/04/21.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região, **Apelação Cível n. 0008522-15.2009.4.03.6100/SP**, Rel. Des. Fed. Márcio Moraes, julgado em 19/07/12.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região, **Mandado de Segurança n. 2010.61.00.003108-8**, protocolado em 11/02/2010, *apud*, BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 1ª Turma, **Agravo no Recurso Especial n. 1.357.255/SP**, Rel. Min. Gurgel de Faria, baixa definitiva em 19/05/22, fls. 02-14.

BRASIL. **Voto do Direito Alexandre Costa Rangel em 21 de dezembro de 2021 em sede do Processo Administrativo CVM n. 19957.006102/2020-10**. Disponível em: <https://conteudo.cvm.gov.br/export/sites/cvm/decisoes/anexos/2021/20211221/2388_21_VotoDAR.pdf>. Acesso em: 24 jun. 2022.

BRASIL. **Voto do Diretor Fernando Caio Galdi em 21 de dezembro de 2021 em sede do Processo Administrativo CVM n. 19957.006102/2020-10**. Disponível em: <https://conteudo.cvm.gov.br/export/sites/cvm/decisoes/anexos/2021/20211221/2388_21_VotoDFG.pdf>. Acesso em: 24 jun. 2022.

CANTO, Gilberto Ulhôa. **A aquisição da disponibilidade e o acréscimo patrimonial no imposto sobre a renda**. In. Imposto de renda – Conceitos, princípios e comentários. MARTINS, Ives Gandra da Silva. (coord.). São Paulo: Atlas, 1996, p. 38 e ss.

CANTO, Pedro Ulhôa; KRUTMAN, Eduardo. **Os fundos imobiliários e a isenção de IR no resgate de cotas**. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-da-abdf/os-fundos-imobiliarios-e-a-isencao-de-ir-no-resgate-de-cotas-26062020>>. Acesso em: 18 jun. 2021.

CHAN, Su Han; ERICKSON, John; WANG, Ko. **Real estate investment trusts. Structure, performance and investment opportunities**. Oxford University Press, 2003, p. 14.

COMPARATO, Fábio Konder. **Novos ensaios e pareceres de Direito Empresarial**. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 162.

COSTA, Alcides Jorge. **Conceito de renda tributável**. In. Estudos sobre o imposto de renda (em memória de Henry Tilbery). Coord. MARTINS, Ives Gandra da Silva. São Paulo: Resenha Tributária, jul/94, p. 20.

COSTA, Regina Helena. **Praticabilidade e justiça tributária**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 388 e ss.

CVM. **Edital de Audiência Pública n. 01/08**. Disponível em: <https://conteudo.cvm.gov.br/export/sites/cvm/audiencias_publicas/ap_sdm/anexos/2008/sdm0108-edital.pdf>. Acesso em: 02 jul. 2022.

CVM. **Edital de Audiência Pública SDM n. 08/20**. Disponível em: <https://conteudo.cvm.gov.br/export/sites/cvm/audiencias_publicas/ap_sdm/anexos/2020/SDM0820_Edital_20201203.pdf>. Acesso em: 16 jun. 2022.

CVM. **Medidas Fundos Estruturados (dez/2020)**. Disponível em: <<http://dados.cvm.gov.br/dataset/fie-medidas>>. Acesso em: 12 fev. 2021.

CVM. **Mercado de Valores Mobiliários brasileiro**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Comissão de Valores Mobiliários, 2019, p. 120. Disponível em: <https://www.investidor.gov.br/portaldoinvestidor/export/sites/portaldoinvestidor/publicacao/Livro/livro_TOP_mercado_de_valores_mobiliarios_brasileiro_4ed.pdf>. Acesso em: 22 jun. 2022.

CVM. **Relatório de Análise SDM do Processo n. 2004/4101**. Disponível em: <https://conteudo.cvm.gov.br/export/sites/cvm/audiencias_publicas/ap_sdm/anexos/2008/sdm0108-relatorio.pdf>. Acesso em: 02 jul. 2022.

CVM. **Sistema de consulta a fundos cancelados**. Disponível em: <https://cvmweb.cvm.gov.br/SWB/default.asp?sg_sistema=fundoscanc>. Acesso em: 25 jan. 2022.

DERZI, Misabel Abreu Machado. **Nota de atualização**. In. BALEEIRO, Aliomar. Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar. Rio de Janeiro: Forense, 8ª ed., 2010, p. 1253 e ss.

EPRA. **Global REIT Survey 2020 – A comparison of the major REIT regimes around the world**. Disponível em: <https://prodapp.epra.com/media/EPRA_Global_REIT_Survey_2020_1597930925323.pdf>. Acesso em: 03 fev. 2021.

FAJERSZTAJN, Bruno; SANTOS, Ramon Tomazela. **A transformação de fundo de investimento em sociedade anônima: análise do artigo 50 da Lei n. 4.728/1965**. Disponível em: <<https://www.marizadvogados.com.br/wp-content/uploads/2021/05/Art.07-2021.pdf>>. Acesso em: 28 nov. 2021.

FARIA, Renato Vilela. **A equiparação do FII a pessoas jurídicas para fins fiscais e o caso “Abílio Diniz”**. In. CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes (coord.). Mercado financeiro e de capitais: regulação e tributação. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 971.

Fernando Galdi é nomeado Diretor da CVM: mandato será até 31/12/21. Disponível em: <<https://www.gov.br/cvm/pt-br/assuntos/noticias/fernando-galdi-e-nomeado-diretor-da-cvm>>. Acesso em: 25 jun. 2022.

FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. **Temas de Direito Societário, Falimentar e teoria da empresa: a natureza jurídica dos fundos de investimento. Conflito apurado pela própria assembleia de quotistas. Quorum qualificado para destituição do administrador do fundo**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 189.

FRANCO, Fernando Túlio Salva Rocha. **Tijolos de papel: dimensões territoriais da isenção tributária dos fundos de investimento imobiliário no Brasil**. Dissertação de Mestrado em Gestão e Políticas Públicas pela Escola de Administração de Empresas de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas. São Paulo: 2019, pp. 105-106.

FREITAS, Rodrigo de. **Natureza jurídica dos fundos de investimento imobiliário e regimes de tributação**. In. MOSQUERA, Roberto Quiroga (coord.). *O Direito Tributário e o mercado financeiro e de capitais*. São Paulo: Dialética, 2009, p. 461 e ss.

Fundos imobiliários são usados para sonegar milhões em impostos, afirma Receita. Valor Investe, São Paulo, 30 out. 2020. Disponível em: <<https://valorinveste.globo.com/produtos/fundos-imobiliarios/noticia/2020/10/30/fundos-imobiliarios-sao-usados-para-sonegar-milhoes-em-impostos-afirma-receita.ghtml>>. Acesso em: 07 mar. 2021.

GAGGINI, Fernando Schwarz. **Fundos de investimento no direito brasileiro**. São Paulo: Leud, 2001, p. 47.

GELTNER, David. **Commercial Real Estate and the 1990-91 Recession in the United States**. Massachusetts Institute of Technology. Department of Urban Studies & Planning, MIT Center for Real Estate. January 2013, p. 28. Disponível em: <https://mitcre.mit.edu/wp-content/uploads/2013/10/Commercial_Real_E

GOMES, Orlando. **Direitos reais**. Rio de Janeiro: Forense, 19^a ed., 2007, p. 240 e ss.

GRADILONE, Cláudio. **Fundos de investimento 50 anos de história**. In. Revista Capital Aberto. São Paulo: Editora Capital Aberto Ltda., publicação especial, 26/05/07, p. 13.

HOLMES, Kevin. **The concept of income – A multidisciplinary analysis**. Amsterdam: IBFD Publications BV, Doctoral Series 1 – Academic Council, feb/00.

IBRADIM. **Fundos de Investimento**. São Paulo: IBRADIM Editora, 2022, p. 42.

João Accioly assume como Diretor da CVM: mandato será até 31/12/26. Disponível em: <<https://www.gov.br/cvm/pt-br/assuntos/noticias/joao-accioly-e-nomeado-diretor-da-cvm>>. Acesso em: 25 jun. 2022.

LEAL, Estevan L. Paredes. **A tributação indevida na transformação de fundos de investimento**. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/tributacao-indevida-na-transformacao-de-fundos-de-investimento-25122017>>. Acesso em: 21 nov. 2021.

LEE, Suet Fern; FOO, Linda Esther. **Real estate investment trust in Singapore: recent legal and regulatory developments and the case for corporatization**. In. Singapore Academy of Legal Journal, v. 22, 2010, p. 36 e ss.

LIMA, Ruy Cirne. **Trust and agency – Estudo apresentado em Symposium sobre Direito e Governo Brasileiros na Faculdade de Direito de Myami, apud ALONSO, Félix Ruiz. Os fundos de investimento**. In. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 1, ano X, 1971, p. 72 e ss.

MACHADO, Brandão. **Breve exame crítico do art. 43 do CTN**. In. Imposto de renda – Conceitos, princípios e comentários. Coord. MARTINS, Ives Gandra da Silva. São Paulo: Altas 1996, p. 101.

MARTINS, Eric Aversari; GALDI, Fernando Caio. **A relevância do regime de competência e do valor justo nos FIIs**. Valor Econômico. Disponível em:

<<https://valor.globo.com/financas/coluna/a-relevancia-do-regime-de-competencia-e-do-valor-justo-nos-fiis.ghtml>>. Acesso em: 24 mai. 2022.

MARTINS, Ricardo Lacaz. **Tributação da Renda Imobiliária**. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 267

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 23ª ed., 1984, p. 208.

MOSQUERA, Roberto Quiroga. **Tributação no mercado financeiro e de capitais**. São Paulo: Dialética, 1998, p. 142.

NARCIZO, Bruna. **Receita Federal estima que metade dos fundos imobiliários têm indícios de irregularidade**. Folha de São Paulo, 30 out. 2020. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2020/10/receita-federal-estima-que-metade-dos-fundos-imobiliarios-sonegam-impostos.shtml>>. Acesso em: 07 mar. 2021.

NOGUEIRA JUNIOR, Edgard. **Fundos de investimento imobiliário: uma contribuição ao estudo das práticas contábeis adotadas no Brasil**. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo: 2008, pp. 6-7. Disponível em: <<https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/1693/1/Edgard%20Nogueira%20Junior.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2022.

OECD. **Articles of the Model Convention with Respect to Taxes on Income and on Capital as they read on 21 November 2017**, article 3(1)(a). Disponível em: <<https://www.oecd.org/ctp/treaties/articlesmodel-tax-convention-2017.pdf>>. Acesso em: 22 jun. 2022.

OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. **Fundamentos do Imposto de Renda**. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 318.

OLIVEIRA, Ricardo Mariz. **Princípios fundamentais do imposto de renda**. In: *Direito Tributário – Estudos em Homenagem a Brandão Machado*. São Paulo: Dialética, 1998, p. 197 e ss.

PAULSEN, Leandro. **Direito Tributário: Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 11ª ed., p. 930.

PINTO, Luis Felipe de Carvalho. **Natureza jurídica dos fundos de investimento**. Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo: 2002, p. 100.

POLIZELLI, Victor Borges. **O princípio da realização da renda e sua aplicação no imposto de renda das pessoas jurídicas**. São Paulo: Dissertação de Mestrado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2009, pp. 206 e ss.

PONTES, Aloysio Lopes. **Instituições Financeiras Privadas**. Rio de Janeiro: Forense, 1973, p. 101.

QUEIROZ, Luís Cesar Souza de. **Imposto sobre a renda: requisitos para uma tributação constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 298 e ss.

QUEIROZ, Mary Elbe. **Imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza**. Barueri: Manole, 2004, p. 386 e ss.

RFB. **Perguntas e Respostas Pessoa Jurídica 2021**. Disponível em: <<https://www.gov.br/receitafederal/pt-br/assuntos/orientacao-tributaria/declaracoes-e-demonstrativos/ecf/perguntas-e-respostas-pessoa-juridica-20>>

ROCHA, Sérgio André. **Brazil's Treaty Policy**. Bulletin for International Taxation, June 2017, pp. 333-339. Disponível em: <http://www.sarocha.com.br/wp-content/uploads/2017/06/bit_2017_06_br_4.pdf>. Acesso em: 22 jun. 2022.

SANGER, Gary C.; SIRMANS, C. F.; TURNBULL, Geoffrey K. **The Effects of Tax Reform on Real Estate: Some Empirical Results**. Land Economics, University of Wisconsin, v. 66, n. 4, November 1990, pp. 409-424. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/3146623>>. Acesso em: 20 jun. 2022.

SCHOUERI, Luís Eduardo. **O mito do Lucro Real na passagem da disponibilidade jurídica para a disponibilidade econômica**. In. Controvérsias Jurídico-Contábeis (Aproximações e Distanciamentos). Coord. MOSQUERA, Roberto Quiroga; e LOPES, Alessandro Broedel. São Paulo: Dialética, 2010, p. 245 e ss.

SOUSA, Robens Gomes de. **A evolução do conceito de rendimento tributável**. In. Revista de Direito Público, v. 14, p. 339 e ss., *apud* COSTA, Alcides Jorge. **Conceito de renda tributável**. In. Estudos sobre o imposto de renda (em memória de Henry Tilbery). Coord. MARTINS, Ives Gandra da Silva. São Paulo: Resenha Tributária, jul/94, p. 20.

SZTAJN, Rachel. **Quotas de fundos imobiliários: novo valor mobiliário**. In. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. São Paulo: jan/mar 1994, v. 33, pp. 104-108.

TERPINS, Nicole Mattar Haddad. **A natureza jurídica dos fundos de investimento imobiliário**. Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2013, p. 94.

The real estate investment trust: state tax, tort and contractual liabilities of the trust, trustee and shareholder. In. Michigan Law Review. Michigan: The Michigan Law Review Association, v. 71, n. 4, 1973, p. 811. Disponível em: <<https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4445&context=mlr>>. Acesso em: 20 jun. 2022.

TILBERY, Henry. **Comentários aos artigos 43 a 45 do Código Tributário Nacional**. In. Comentários ao Código Tributário Nacional: volume I. Coord. MARTINS, Ives Gandra da Silva. São Paulo: Saraiva, 3ª ed., 2002, p. 328 e ss.

TROST, Andreas. **El truste n la planificación fiscal internacional**. In. Fiscalidad Internacional. ANTÓN, Fernando Serrano (coord.). Madrid: Centro de Estudios Financieros, 4ª ed., 2010, p. 1.262.

VAGETTI, Daniel Piga. **Fundo de Investimento Imobiliário e a retenção do IR**. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/fundo-de-investimento-imobiliario-e-a-retencao-do-ir-07052019>>. Acesso em: 19 jun. 2021.

VALLADÃO, Erasmo. **Parecer sobre a natureza jurídica dos fundos de investimento; conflito de interesse apurado pela própria assembleia de quotistas; quórum qualificado para a destituição de administrador de fundo**. In. Revista de Direito Empresarial n. 6. Curitiba: Juruá, 2006, pp. 11-39.

WALD, Arnaldo. **A natureza jurídica do fundo imobiliário**. In. Revista Forense. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1990, jan/mar, v. 86, n. 309, p. 9-14.

YOKOYAMAN, K. Y. **Os Fundos de Investimento Imobiliário listados em bolsa e as variáveis que influenciam seus retornos**. Dissertação de Mestrado, Universidade Federal do Espírito Santo, 2014, p. 55. Disponível em: <<https://repositorio.ufes.br/bitstream/10/1307/1/Dissertacao%20Karen%20Yuraki%20Yokoyama.pdf>>. Disponível em: 18 jun. 2022.

9 APÊNDICE A

Tipo de veículo	Forma jurídica	Tributação do veículo	Distribuição periódica de lucros	Tributação na distribuição	Tributação na venda em bolsa	Fund of funds	Tributação agravada
FII	Condomínio fechado sem personalidade jurídica	Não é transparente para fins fiscais Isenção de IR sobre rendimentos e ganhos em geral IRRF sobre aplicações financeiras de RF ou RV, exceto CRI, LCI, LH e cotas de FII cotado em bolsa ou MBO	Distribuição mínima semestral de 95% dos lucros auferidos, apurados segundo regime de caixa	Isenção para pessoa física minoritária de FII pulverizado 20% de IRRF nos demais casos (ajustável até 34% se o cotista for pessoa jurídica no Lucro Presumido ou Lucro Real) 15% de IRRF para não residente fora de PDTF	20% de IR em geral (ajustável até 34% se o cotista for pessoa jurídica no Lucro Presumido ou Lucro Real) Isenção para não residente fora de PDTF	Isenção de IRRF 20% de IR sobre ganhos (questionável)	Equiparação tributária às pessoas jurídicas, se um cotista, isoladamente ou com pessoa ligada, detiver 25% das cotas do FII e for incorporador, construtor ou sócio do empreendimento investido pelo FII
US-REIT	Livre escolha da forma jurídica (<i>corporation, partnership, trust</i> ou <i>limited liability company</i>). Aproximadamente 75% dos US-REIT são <i>trusts</i> regidos pelas leis do Estado de Maryland	O US-REIT é tributariamente considerado uma <i>corporation</i> , mas pode deduzir a distribuição de lucros e, portanto, ser tributariamente neutro se cumprir os seguintes requisitos: a) mínimo 100 cotistas, sendo que 5 ou menos cotistas não podem deter +50% do REIT; b) 75% do REIT devem estar em determinados ativos; e c) 95% das receitas do REIT devem provir de certas fontes	Distribuição mínima de 90% da renda ordinária Geralmente, os US-REIT distribuem toda a renda, o que permite deduzir toda a renda tributável	Residentes não se sujeitam à retenção na fonte Pessoas físicas sujeitas a até 37% sobre dividendos produzidos por renda ordinária e até 23,8% sobre dividendos produzidos por ganhos de capital Pessoas jurídicas sujeitas a até 21% Não residentes sujeitos à retenção de 30% até 35%	Pessoas físicas sujeitas a até 23,8% Pessoas jurídicas sujeitas a até 21% Não residentes sujeitos a até 44,7%	S/I	A distribuição inferior ao mínimo sujeita-se às alíquotas progressivas de tributação das <i>corporation</i> , além de 4% adicionais

J-REIT	Corporation	<p>O J-REIT pode deduzir as distribuições de lucros e, por conseguinte, ser tributariamente neutro se cumprir certas condições, tais como:</p> <p>a) registro; e</p> <p>b) oferta pública de cotas que somem no mínimo JPY 100 milhões.</p>	Distribuição mínima semestral de 90% dos lucros apurados pela contabilidade sujeita a certos ajustes	<p>Pessoas físicas sujeitam-se à retenção de 20,315% sobre rendimentos distribuídos, podendo optar pela tributação exclusiva/definitiva ou progressiva</p> <p>Pessoas jurídicas sujeitam-se à retenção de 15,315% e ajuste até 34,59% sobre rendimentos distribuídos</p> <p>Não residentes sujeitam-se à retenção de 15,315% sobre rendimentos distribuídos, de forma exclusiva/definitiva</p>	<p>Pessoas físicas sujeitam-se a 20,315% sobre ganhos de capital</p> <p>Pessoas jurídicas sujeitam-se a até 34,59% sobre ganhos de capital</p> <p>Não residentes são geralmente isentos de tributação sobre ganhos de capital, exceto se tiverem participação relevante no J-REIT</p>	S/I	S/I
Unit trust australiano	Trust	<p>Entidade transparente para fins fiscais (<i>flow-through entity</i>), o que significa que as distribuições preservam a natureza original dos rendimentos</p> <p>A renda ordinária não é tributada no nível do <i>trust</i>, salvo se não distribuída</p>	Distribuição da renda tributável em bases anuais (<i>trust</i> privado) e semestrais ou trimestrais (<i>trust</i> público)	<p>Pessoas físicas sujeitam-se a até 47% sobre a renda</p> <p>Pessoas jurídicas sujeitam-se a até 30% sobre a renda</p> <p>Não residentes sujeitam-se a até 30% sobre a renda (se pessoa jurídica) e até 32,5% sobre a renda (se pessoa física)</p>	<p>Pessoas físicas sujeitam-se a até 47% sobre o ganho</p> <p>Pessoas jurídicas aproveitam isenção sobre o ganho</p> <p>Não residentes aproveitam isenção sobre o ganho</p>	S/I	A porção da renda tributável que não é distribuída é tributada na ordem de 45%, além de 2% a título de Medicare
UK-REIT	Corporate entity	<p>Isenção sobre o seguinte:</p> <p>a) aluguel de imóveis;</p> <p>b) ganhos de capital na venda de imóveis postos para locação;</p> <p>c) renda proveniente de outro UK-REIT;</p>	Distribuição mínima anual de 90% dos lucros	<p>Não há retenção sobre a distribuição de renda/ganho isentos, mas há tributação no nível dos cotistas: 19% (pessoas jurídicas), 20% ajustável até 40%-45% (pessoas físicas); e 20% (não residentes)</p>	10% ou 20%	Isenção para rendas auferidas por um UK-REIT investindo em outro UK-REIT	Tributação sancionatória no nível do UK-REIT que não adota medidas razoáveis para prevenir que uma pessoa jurídica detenha 10% ou mais das cotas ou dos direitos de voto

		d) ganho na venda de ações de companhia britânica que extrai no mínimo 75% do seu valor de propriedades britânicas		Do contrário, há retenção de 20% sobre a distribuição que exceder renda/ganho isentos, passível de complementação pela pessoa física			
		Tributação de 19% sobre demais receitas					
S-REIT	Trust	Se 90% distribuídas, determinadas rendas são isentas (aluguel de imóveis, outras rendas de imóveis, distribuições de outros S-REIT) Do contrário, rendas sujeitam-se a 17% Isenção para ganhos de capital	Não há obrigatoriedade de distribuição, porém, para ser transparente para fins fiscais, o S-REIT deve distribuir no ano no mínimo 90% da renda auferida	Sem retenção em pagamentos feitos para residentes Pessoas jurídicas sujeitam-se a 17% (rendas não tributadas no S-REIT) ou isenção (rendas já tributadas no S-REIT) Pessoas físicas residentes são isentas sobre rendas distribuídas Não residentes são isentos sobre rendas	Pessoas jurídicas e pessoas físicas residentes são isentas sobre ganhos de capital Não residentes são isentos sobre ganhos	Se 90% distribuídas, são isentas as distribuições de outros S-REIT Do contrário, rendas sujeitam-se a 17% Isenção para ganhos de capital	S/I
MFT canadense	Unit trust	O MFT é tributável tal qual outra entidade canadense, porém, pode deduzir da base tributável toda a renda distribuída, desde cumpra as seguintes condições: a) MFT residente no Canadá; b) propriedade qualificada para uso nos negócios do MFT ou de pessoa a ele ligada;	Não é obrigatória a distribuição, mas na prática o MFT canadense distribui anualmente as rendas e os ganhos, a fim de evitar tributação	Pessoas jurídicas sujeitas a 26,5% sobre rendas distribuídas Pessoas físicas sujeitas a 53,53% sobre rendas distribuídas Não residentes sujeitos à retenção de 25% sobre rendas distribuídas	Pessoas jurídicas sujeitas a 26,5% sobre ganhos Pessoas físicas sujeitas a 53,53% sobre ganhos Não residentes isentos sobre ganhos	S/I	S/I

		<p>c) 90% ou mais da receita bruta deve provir de certas fontes;</p> <p>d) 75% ou mais da receita bruta deve provir de determinadas fontes;</p> <p>e) 75% do patrimônio deve estar alocado em determinados ativos</p> <p>f) listagem e negociação em mercado público</p>					
SIIC francesa	<i>Société</i>	Isenção aplicável a certas rendas (arrendamentos e dividendos de subsidiária optante pelo regime da SIIC francesa) e certos ganhos (venda de propriedade arrendadas e venda de subsidiária optante pelo regime da SIIC francesa)	No mínimo 95% das rendas, 70% dos ganhos e 100% dos dividendos	<p>Pessoas jurídicas sujeitas à tributação de rendas não tributadas na SIIC francesa</p> <p>Pessoas físicas sujeitas a até 30% sobre rendas distribuídas</p>	<p>Pessoas jurídicas sujeitas a até 32,02% sobre ganhos</p> <p>Pessoas físicas sujeitas a até 30% sobre ganhos</p>	Isenção sobre rendas e ganhos de subsidiária optante pelo regime da SIIC francesa	Suspensão temporária do regime tributário da SIIC francesa caso haja violação permanente dos percentuais máximos de concentração (até 60% em um único cotista ou em um grupo de cotistas agindo em conjunto)
HK-REIT chinês	<i>Trust</i>	Isenção de rendas e ganhos	Distribuição anual mínima de 90% da receita líquida	Isenção para rendas	Isenção para ganhos	S/I	S/I
SOCIMI espanhola	<i>Sociedade</i>	<p>0% sobre rendas e ganhos em geral</p> <p>25% sobre ganhos na venda de ativos detidos por período inferior a 3 anos</p>	Distribuição mínima de 100% dos dividendos recebidos de empresas investidas, 50% dos ganhos e 80% do lucro restante	<p>Pessoas jurídicas sujeitas a 25% sobre rendas distribuídas</p> <p>Pessoas físicas sujeitas à tributação regular de rendas distribuídas</p> <p>Não residentes sujeitos à tributação padrão sobre rendas distribuídas</p>	<p>Pessoas jurídicas sujeitas a 25% sobre ganhos de capital</p> <p>Pessoas físicas sujeitas à tributação regular de ganhos de capital</p> <p>Não residentes sujeitos à tributação padrão sobre ganhos de capital</p>	S/I	S/I

BE-REIT	<i>Corporation</i>	Isenção sobre rendas e ganhos de operações imobiliárias 25% sobre demais rendas e ganhos, inclusive quando decorrentes de operações não equitativas entre partes dependentes	Distribuição anual mínima de 80% do lucro líquido operacional, reduzido de endividamentos	Pessoas jurídicas são isentas sobre rendas já tributadas, mas sujeitam-se a 25% sobre demais rendas Pessoas físicas sujeitam-se a 30% sobre rendas Não residentes sujeitam-se a 30% sobre rendas	Pessoas jurídicas são isentas sobre ganhos já tributados, mas sujeitam-se a 25% sobre demais ganhos Pessoas físicas são isentas sobre ganhos Não residentes são isentos sobre ganhos	S/I	S/I
FBI holandês	<i>BV (dutch private limited liability company)</i> <i>NV (dutch public limited liability company)</i> <i>FGR (open-ended mutual investment fund)</i>	0%	Distribuição anual de rendas	Retenção de 15% Pessoas jurídicas sujeitam-se a 16,5% ou 25%, tomando crédito da retenção de 15% Pessoas físicas sujeitam-se a 30%, 26,25% ou 49,50%, tomando crédito da retenção de 15% Não residentes sujeitam-se à retenção de 15%, que pode ser complementada até 16,5% ou 25% (pessoa jurídica) ou até 26,25% (pessoa física)		S/I	S/I
G-REIT alemão	<i>Corporation</i>	Isenção	Distribuição anual mínima de 90% dos lucros	Pessoas jurídicas sujeitam-se à tributação integral de rendas e ganhos Pessoas físicas sujeitam-se a 26,375% sobre rendas e ganhos Não residentes sujeitam-se a 26,375% sobre rendas e isenção sobre ganhos		S/I	S/I
SIIQ italiana	<i>Società</i>	Isenção sobre rendas imobiliárias Até 27,9% sobre demais rendas Isenção sobre ganhos	Distribuição mínima de 70% dos lucros da locação de imóveis e 50% dos ganhos da venda de imóveis	Pessoas jurídicas sujeitam-se a 24% sobre 5% das rendas já tributadas no nível da SIIQ italiana, além de 24% sobre lucros isentos no nível da SIIQ italiana Pessoas físicas sujeitam-se a 26% sobre rendas distribuídas pela SIIQ italiana	Pessoas jurídicas sujeitam-se a 24% sobre ganhos Pessoas físicas sujeitam-se a 26% sobre ganhos na venda de cotas da SIIQ italiana	S/I	S/I

				Não residentes sujeitam-se a 26% sobre a distribuição de renda da SIIQ italiana		
				Pessoas jurídicas sujeitam-se a 21% sobre rendas distribuídas e ganhos		
SIGI portuguesa	<i>Sociedade</i>	Isenção para rendas e ganhos imobiliários 21% sobre demais rendas e ganhos	Distribuição mínima de 90% das rendas	Pessoas físicas sujeitam-se a 28% sobre rendas distribuídas e ganhos Não residentes sujeitam-se a 10% sobre rendas distribuídas e ganhos	S/I	S/I

10 APÊNDICE B

Em 2020, o Kinea Índices de Preços Fundo de Investimento Imobiliário – FII tinha o **maior patrimônio líquido dentre todos os FII** e, além disso, o **maior patrimônio líquido dentre os FII do segmento “títulos e valores mobiliários”**. O patrimônio líquido era superior a R\$ 4,3 bilhões, havia 38.271 cotistas e 98% da carteira estava alocada em CRI. O demonstrativo do resultado apurado e distribuído no exercício findo em 30 de junho de 2020 parte do lucro contábil da DRE de R\$ 234.692 mil, sujeito aos seguintes ajustes: *a*) subtração de juros e correção monetária de CRI não recebidos de R\$ 14.494 mil; *b*) subtração de outras receitas não recebidas de R\$ 1.923 mil; *c*) adição de despesas não pagas de R\$ 1.055 mil; e *d*) adição da desvalorização do valor justo de CRI de R\$ 15.021 mil. Outros ajustes se somam a esses: *e*) adição de sobra de distribuição das emissões de novas cotas de R\$ 1.923 mil; *f*) adição de juros e correção monetária de CRI aprovados em assembleia de cotistas de R\$ 14.494 mil; e *g*) subtração de outras despesas de R\$ 1.055 mil. No mínimo 95% dos lucros apurados foram distribuídos.

	30/06/2020	30/06/2019
Lucro Contábil	234.692	360.899
(+/-) Juros e correção monetária de Certificado de Recebíveis Imobiliários – CRIs não recebidos ou recebidos de Exercícios Anteriores	(14.494)	(16.242)
(+/-) Juros de Letras de Crédito Imobiliário – LCI não recebidos ou recebidos de Exercícios Anteriores	-	4.548
(+/-) Outras receitas não recebidas, liquidas das recebidas	(1.923)	(2.769)
(+) Despesas não pagas, liquidas das pagas	1.055	582
(+/-) Valorização/(Desvalorização) a Valor Justo de Certificados de Recebíveis Imobiliários	15.021	(187.789)
Lucro Base Caixa sem o efeito da sobra de distribuição das emissões	234.351	159.230
Sobra de distribuição 3ª emissão	-	1.383
Sobra de distribuição 4ª emissão	-	1.386
Sobra de distribuição 5ª emissão	1.923	-
1. Lucro Base Caixa no Exercício	236.274	161.999
Ajustes ao lucro base de caixa a serem aprovados em Assembleia de Cotistas		
Ajustes de juros e correção monetária de Certificados de Recebíveis Imobiliários – CRIs	14.494	16.242
Ajustes de juros de Letras de Crédito Imobiliário – LCI	-	(4.548)
Ajustes de outras despesas	(1.055)	582
Total dos ajustes	13.439	11.111
2. Lucro Base para Distribuição	249.713	173.110

Em 2020, o Kinea Renda Imobiliária Fundo de Investimento Imobiliário – FII tinha o **maior patrimônio líquido dentre os FII do segmento “híbrido”**. O patrimônio líquido era superior a R\$ 3,7 bilhões, havia 229.276 cotistas, 80% da carteira estava alocada em imóveis acabados, e 18% da carteira estava alocada em LCI e CRI. O demonstrativo do resultado apurado e distribuído no exercício findo em 30 de junho de 2020 parte do lucro contábil da DRE de R\$ 347.816 mil, sujeito aos seguintes ajustes: *a*) subtração do incremento do valor

justo das propriedades para investimento de R\$ 143.114 mil; **b)** adição do prejuízo reconhecido por equivalência patrimonial de R\$ 763 mil; **c)** subtração de receitas ou despesas registradas contabilmente em períodos diferentes da realização no caixa de R\$ 2.463 mil. No mínimo 95% dos lucros apurados foram distribuídos.

	2020	2019
(+) Receitas apuradas no período segundo regime de competência	406.460	346.678
(-) Despesas apuradas no período segundo regime de competência	(58.644)	(39.051)
(=) Lucro contábil apurado no período segundo o regime de competência	347.816	307.627
(+/-) Ajuste ao valor justo das propriedades para investimentos	(143.114)	(155.036)
(+/-) Resultado de equivalência patrimonial	763	-
(=) Lucro contábil sem o efeito do ajuste ao valor justo e do resultado de equivalência patrimonial	205.465	152.591
(+/-) Outras Receitas/Despesas registradas contabilmente em períodos diferentes da realização no caixa	(2.463)	(2.797)
(=) Lucro ajustado base para cálculo da distribuição	203.002	149.794

Seguem abaixo, demonstrativos dos resultados apurados e distribuídos nos exercícios findos em 30 de junho de 2020 e 2019:

Foram pagos, nos exercícios findos em 30/06/2020 e 30/06/2019, os montantes de R\$ 203.202 e R\$ 154.787, respectivamente, abaixo demonstrados:

Distribuição de Rendimentos	30/06/2020	30/06/2019
Base cálculo – fluxo de caixa do exercício	203.002	149.794
Resultado mínimo a distribuir - 95%	192.852	142.304
Rendimentos referentes ao resultado auferido no exercício ^(A)	201.078	157.966
Pagamento no exercício		
Total pago no exercício	203.202	154.787
Total pago referente ao exercício ^(B)	185.736	140.500
Total pago no exercício referente ao exercício anterior	17.466	14.287
Saldo de rendimentos do exercício a distribuir ^{(1) (A-B)}	15.342	17.466

Em 2020, o Prologis Brazil Logistics Venture Fundo de Investimento Imobiliário tinha **o maior patrimônio líquido dentre os FII do segmento “logística”**. O patrimônio líquido era superior a R\$ 3,3 bilhões, havia 2 cotistas, 80% da carteira estava alocada em imóveis acabados ou em construção, e 8% da carteira estava alocada em ações de companhias fechadas. O demonstrativo do resultado apurado e distribuído no exercício findo em 31 de dezembro de 2019 parte do lucro contábil da DRE de R\$ 321.111 mil, sujeito aos seguintes ajustes: **a)** subtração do incremento do valor justo das propriedades para investimento de R\$ 187.402 mil; **b)** subtração do incremento do valor justo de resultado das ações de companhias fechadas de R\$ 3.219 mil; **c)** subtração de aluguéis a receber de R\$ 25.230 mil; e **d)** adição de outros itens de R\$ 4.179 mil. No mínimo 95% dos lucros apurados foram distribuídos.

	2.019
Rendimentos	
Lucro líquido exercício	321.111
Ajuste ao valor justo de propriedades para investimento	(187.402)
Ajuste ao valor justo de resultado de ações de companhias fechadas	(3.219)
Aluguéis a receber	(25.230)
Outros	4.179
Lucro base caixa - art. 1, p.u., da Lei 8.668/93 (Ofício CVM 01/2014)	109.439

Em 2020, o 2509 Fundo de Investimento Imobiliário – FII tinha o **maior patrimônio líquido dentre os FII do segmento “lajes corporativas”**. O patrimônio líquido era superior a R\$ 3 bilhões, havia 1 cotista e 99% da carteira estava alocada em imóveis acabados. O demonstrativo do resultado apurado e distribuído no exercício findo em 31 de dezembro de 2019 parte do caixa líquido das atividades operacionais da DFC de R\$ 170.870 mil, dos quais 95% foram distribuídos.

	Exercício findo em		
	31/12/2019		Exercício findo em 31/12/2018
	Período de 18/01/2019 a 31/12/2019	Período de 1/01/2019 a 17/01/2019	
Distribuição de rendimentos			
Caixa líquido das atividades operacionais	170.870	9.082	92.785
Base de cálculo	170.870	9.082	92.785
Resultado mínimo a distribuir - 95%	162.327	8.629	88.146
Rendimentos apropriados nos períodos/exercício	175.071	-	88.363
Pagamento nos períodos/exercício (valores brutos)			
Resultado distribuído referente aos períodos/exercício anterior	-	13.797	4.843
Resultado dos períodos/exercício distribuído	168.121	-	74.566
Total pago nos períodos/exercício	168.121	13.797	79.409
Resultado dos períodos/exercício a distribuir	6.950	8.629 (*)	13.797

(*) A obrigação de provisionamento do resultado mínimo a ser distribuído deve ser respeitada semestralmente, assim, o Fundo tinha até o encerramento do semestre de 30 de junho de 2019 para atingi-lo e provisioná-lo.

Em 2020, o Fundo de Investimento Imobiliário – FII Península tinha o **maior patrimônio líquido dentre os FII do segmento “outros”**. O patrimônio líquido era superior a R\$ 2,9 bilhões, havia 1 cotista e 97% da carteira estava alocada em imóveis acabados e seus respectivos valores justos. O demonstrativo do resultado apurado e distribuído no exercício findo em 31 de dezembro de 2019 parte do lucro contábil da DRE de R\$ 855.770 mil, sujeito aos seguintes ajustes: *a*) subtração do incremento do valor justo das propriedades para investimento de R\$ 758.100 mil; *b*) adição de aluguéis recebidos subsequentemente de R\$ 4.807 mil; *c*) subtração de despesas operacionais de R\$ 2.194 mil; *d*) subtração de juros de atualização monetária de financiamento de imóveis não pagos de R\$ 16.733 mil; *e*) subtração de amortização do principal de financiamento de imóveis de R\$ 63.015 mil. Outros ajustes foram feitos: *f*) subtração de parcela dos rendimentos para a constituição de reserva de R\$ 1.027 mil. No mínimo 95% dos lucros apurados deveriam ser distribuídos.

11. Política de distribuição dos resultados		
O Fundo distribui a seus cotistas, no mínimo 95% dos resultados auferidos, apurados segundo o regime de caixa com base em balanço semestral encerrado em 30 de junho e 31 de dezembro de cada ano. O resultado auferido num determinado período será distribuído aos cotistas no décimo dia útil dos meses de fevereiro e agosto, podendo ocorrer antecipações de pagamentos, em bases mensais. Eventual saldo de resultado não distribuído terá a destinação que lhe der a Assembleia Geral Ordinária de Cotistas, com base em proposta e justificativa apresentada pela Instituição Administradora em junho e 31 de dezembro de cada ano.		
O saldo de rendimentos a distribuir foi calculado como segue:		
Rendimentos	2019	2018
Resultado líquido do exercício	856.770	229.290
Ajuste ao valor justo - propriedades para investimento	(758.100)	(147.000)
Aluguéis recebidos subsequentemente	4.807	(1.843)
Despesas operacionais	(2.194)	(46)
Juros de atualização monetária de financiamentos de imóveis não pagos	(16.733)	(14.609)
Amortização do principal de financiamento de imóveis	(63.015)	(57.372)
Lucro base caixa - art. 1, p.º, da Lei 8.666/93 (Ofício CVM 01/2014)	29.535	5.410
Constituição de reserva	(1.027)	(420)
(*) Parcela dos rendimentos retidos no Fundo a serem aprovadas em Assembleia Geral de Cotistas	(1.027)	(420)
Rendimentos apropriados	19.508	7.990
Rendimentos a distribuir	(11.440)	(4.760)
Rendimentos de períodos anteriores pagos no exercício	4.760	4.300
Rendimentos líquidos pagos no exercício	12.828	7.530
% do resultado exercício distribuído (considerando a base cálculo apurada nos termos da Lei 8.666/93)	95%	95%
Diferença entre a distribuição declarada e distribuída	1.027	420
Conforme Ata de Assembleia Geral Ordinária realizada em 12 de abril de 2019, foram aprovadas as demonstrações financeiras bem como os rendimentos distribuídos do Fundo, referente ao exercício de 2018.		
Em abril de 2020, será realizada a Assembleia Geral Ordinária para aprovar as demonstrações financeiras bem como os rendimentos distribuídos referente ao exercício de 2019.		
O valor médio dos rendimentos pagos por cota no exercício considerando-se o rendimento distribuído no exercício sobre a quantidade média ponderada de cotas integralizadas no exercício foi de R\$ 57,02 (cinquenta e sete reais, dois centavos) (2018 - R\$ 53,51 (três e três reais, cinquenta e um centavos)).		

Em 2020, o Hedge Brasil Shopping Fundo de Investimento Imobiliário tinha o **maior patrimônio líquido dentre os FII do segmento “shoppings”**. O patrimônio líquido era superior a R\$ 2,2 bilhões, havia 80.366 cotistas, 53% da carteira estava alocada em imóveis acabados, e 31% da carteira estava alocada em cotas de FII. O demonstrativo do resultado apurado e distribuído no exercício findo em 31 de dezembro de 2019 parte do caixa líquido das atividades operacionais da DFC de R\$ 102.752 mil, sujeito aos seguintes ajustes: **a)** subtração de resultados com base em caixa de R\$ 280 mil; e **b)** adição de lucro com negociação em cotas de FII de R\$ 25.952 mil. No mínimo 95% dessa apuração foi distribuído.

Distribuição de rendimentos	Período		Período findo em 29/10/2018
	2019	31/12/2018	
Caixa líquido das atividades operacionais no exercício/período	102.752	17.398	62.824
Outros resultados base caixa	(280)	88	-
Lucro com negociação em cotas de FII	25.952	153	-
Base de cálculo	128.424	17.639	62.824
Resultado mínimo a distribuir no exercício/período - 95%	122.003	16.757	59.683
Rendimentos apropriados no exercício/período	129.618	21.607	57.243
Pagamento no exercício/período (valores brutos)			
Rendimentos referentes ao exercício/período anterior	8.170	-	6.181
Rendimentos referentes ao resultado auferido no exercício/período	115.618	13.437	57.243
Total pago no exercício/período	123.788	13.437	63.424
Saldo de rendimentos do exercício/período a distribuir	14.001	8.170	

Em 2020, o BB Progressivo II Fundo de Investimento Imobiliário – FII tinha o **maior patrimônio líquido dentre os FII do segmento “agência”**. O patrimônio líquido era superior a R\$ 1,6 bilhões e 92% da carteira estava alocada em imóveis para renda. O demonstrativo do resultado apurado e distribuído no exercício findo em 31 de dezembro de 2019 parte do lucro contábil da DRE de R\$ 175.177 mil, sujeito aos seguintes ajustes: **a)** adição da redução do valor justo de R\$ 12.208 mil; **b)** subtração da variação na realização do CRI de R\$ 771 mil; e **c)** subtração do resultado com cotas de fundos de investimento de R\$ 3.026 mil. No mínimo 95% dos lucros apurados foram distribuídos.

	2020	2019
Lucro líquido do exercício	175.177	178.770
Ajuste ao valor justo	12.208	13.839
Juros recebidos no caixa de venda de LCI no exercício	-	(183)
Juros recebidos no caixa de venda de títulos públicos no exercício	-	-
Variação na realização com CRI	(771)	492
Resultado com cotas de fundos de investimento	(3.026)	-
Lucro base caixa - art. 1, p.u., da lei 8.668/93 (Ofício CVM 01/2014)	183.588	188.918
Reserva de contingência	-	-
Outros valores retidos	-	-
Parcela de rendimentos retidos até o limite de 5%	-	-
Rendimentos destinados no exercício	201.037	194.139
Rendimentos (a distribuir)	(494)	344
Rendimentos de exercícios anteriores pagos no exercício corrente	344	15.592
Total dos Rendimentos pagos no exercício	200.887	209.387
% do resultado exercício distribuído (considerando a base de cálculo apurada nos termos da lei 8.668/93)	109,42%	102,76%

Em 2020, o Fundo de Investimento Imobiliário – FII Novo Horizonte tinha o **maior patrimônio líquido dentre os FII do segmento “hospital”**. O patrimônio líquido era superior a R\$ 500 milhões, havia 2.561 cotistas e 97% da carteira estava alocada em imóveis acabados. O demonstrativo do resultado apurado e distribuído no exercício findo em 31 de dezembro de 2019 parte do lucro contábil da DRE de R\$ 56.066 mil, sujeito aos seguintes ajustes: *a*) subtração das receitas reconhecidas por competência e não transitadas pelo caixa de R\$ 27.924 mil; *b*) adição de despesas reconhecidas por competência e ainda não transitadas pelo caixa de R\$ 110 mil; *c*) adição de receitas registradas por competência em exercícios anteriores e realizadas financeiramente no exercício corrente de R\$ 2.315 mil; e *d*) subtração de despesas registradas por competência em exercícios anteriores e realizadas financeiramente no exercício corrente de R\$ 23 mil. No mínimo 95% dos lucros apurados foram distribuídos.

	2019	2018
Lucro contábil apurado no exercício segundo o regime de competência	56.066	35.267
(-) Receitas por competência e não transitadas pelo caixa do FII	(27.924)	(9.571)
(+) Despesas por competência e não transitadas pelo caixa do FII	110	37
(+) Receitas registradas por competência em exercícios anteriores e realizadas financeiramente no exercício corrente	2.315	2.575
(-) Despesas registradas por competência em exercícios anteriores e realizadas financeiramente no exercício corrente	(23)	(59)
(=) Lucro ajustado base para cálculo da distribuição	30.433	28.249
Rendimento distribuído	29.061	26.917
Percentual do lucro líquido por caixa distribuído	95,15%	95,28%
Rendimentos de 2019 distribuído do exercício	26.362	24.065
Rendimentos de 2019 a serem distribuídos no exercício seguinte	2.698	2.852

Em 2020, o XP Hotéis – Fundo de Investimento Imobiliário – FII tinha o **maior patrimônio líquido dentre os FII do segmento “hotéis”**. O patrimônio líquido era superior a R\$ 470 milhões, havia 1.617 cotistas, 86% da carteira estava alocada em imóveis acabados, e 12% da carteira estava alocada em participações societárias. O demonstrativo do resultado apurado e distribuído no exercício findo em 31 de dezembro de 2019 é o resultado dos seguintes fatores: *a*) recebimento de aluguéis de R\$ 19.555 mil; *b*) soma do recebimento de dividendos

de R\$ 1.176 mil; **c**) soma dos juros sobre resgate de cotas de fundo de R\$ 1.092 mil; e **d**) subtração de despesas transitadas pelo caixa de R\$ 2.541 mil. No mínimo 95% dessa apuração foi distribuído.

Resultado caixa	2019	2018
Recebimento de aluguéis	19.555	1.734
Recebimento de dividendos	1.176	
Juros sobre resgate de cotas de Fundo	1.092	150
Despesas transitadas no caixa	(2.541)	(978)
Resultado financeiro disponível para distribuição	19.282	906
Resultado distribuído no exercício	18.897	900
% distribuído	98,00%	99,36%
Valor pago referente ao exercício anterior	-	-
Valor pago referente ao exercício vigente	16.904	900
Valor a pagar no exercício seguinte	1.993	-

Em 2020, o Fundo de Investimento Imobiliário – FII Campus Faria Lima tinha o **maior patrimônio líquido dentre os FII do segmento “educacional”**. O patrimônio líquido era superior a R\$ 350 milhões e 98% da carteira estava em móveis acabados, obras em andamento e respectivos valores justos. O demonstrativo do resultado apurado e distribuído no exercício findo em 31 de dezembro de 2019 parte do lucro contábil da DRE de R\$ 77.272 mil, sujeito aos seguintes ajustes: **a**) subtração da apreciação do valor justo das propriedades para investimento de R\$ 56.598 mil; **b**) adição de despesas operacionais não pagas de R\$ 1 mil; **c**) adição de reversão de reserva para contingência de R\$ 2.750 mil; e **d**) subtração de retenção por benfeitorias e obras em andamento de R\$ 193 mil. No mínimo 95% dos lucros devem ter sido distribuídos.

Rendimentos	31/12/2019	31/12/2018
Lucro líquido do exercício	77.272	60.611
Ajuste ao valor justo - propriedades para investimento	(56.598)	(37.674)
Despesas operacionais não pagas	1	13
Lucro base caixa - art. 1, p.u., da lei 8.668/93 (Ofício CVM 01/2014)	20.675	22.950
(Reversão) constituição de reserva para contingência	2.750	(204)
Retenções por benfeitorias e obras em andamento	(193)	(734)
(-) Parcela dos rendimentos retidos no Fundo	2.557	(938)
Rendimentos apropriados	23.232	22.012
Rendimentos (a distribuir)	(1.650)	(2.293)
Rendimentos de exercícios anteriores pagos no exercício	2.293	1.819
Rendimentos líquidos pagos no exercício	23.875	21.538
Rendimentos médios pagos por cota (valores expressos em reais)	7,15	128,97
% do resultado exercício distribuído (considerando a base de cálculo apurada nos termos da lei 8.668/93)	112,37%	95,91%
Diferença entre a distribuição declarada e distribuída	(2.557)	938

Em 2020, o Loft II Maison São Paulo Fundo de Investimento Imobiliário tinha o **maior patrimônio líquido dentre os FII do segmento “residencial”**. O patrimônio líquido era superior a R\$ 340 milhões e 95% da carteira estava alocada em imóveis acabados. O demonstrativo do resultado apurado e distribuído no exercício findo em 31 de dezembro de 2019 parte do prejuízo contábil da DRE de R\$ 1.228 mil, sujeito aos seguintes ajustes: **a**)

subtração de receitas reconhecidas por competência e não transitadas pelo caixa de R\$ 19 mil; e **b)** adição de despesas reconhecidas por competência e não transitadas pelo caixa de R\$ 43 mil. O resultado apurado é um prejuízo e, portanto, não há base para distribuição pelo FII.

Exercício / Período	2019	2018
(+) Receitas apuradas no período segundo regime de competência	52.772	22
(-) Despesas apuradas no período segundo regime de competência	<u>(54.000)</u>	<u>(74)</u>
(=) Lucro contábil apurado no período segundo o regime de competência	<u>(1.228)</u>	<u>(52)</u>
(-) Receitas por competência e não transitadas pelo caixa	(19)	-
(+) Despesas por competência e não transitadas pelo caixa	<u>43</u>	<u>27</u>
(=) Lucro ajustado - Base para cálculo da distribuição	<u>(1.204)</u>	<u>(27)</u>
(*) Valor de distribuição referente ao montante a distribuir apurado com base no balancete semestral levantado em 30 de junho de 2019, com R\$ 374 de lucro apurado pelo regime de caixa dos quais R\$ 356 foram distribuídos, 95,19%.		