



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ**  
**FACULDADE DE DIREITO**  
**GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**PEDRO CALDAS FONTENELE**

**A ILEGALIDADE DA INCIDÊNCIA DE IMPOSTO DE RENDA PESSOA JURÍDICA E  
DE IMPOSTO DE RENDA RETIDO NA FONTE SOBRE OS GANHOS AUFERIDOS  
PELOS FUNDOS DE INVESTIMENTO IMOBILIÁRIO NA VENDA DE COTAS DE  
OUTROS FUNDOS DE INVESTIMENTO IMOBILIÁRIO**

**FORTALEZA - CE**

**2023**

**PEDRO CALDAS FONTENELE**

**A ILEGALIDADE DA INCIDÊNCIA DE IMPOSTO DE RENDA PESSOA JURÍDICA E DE  
IMPOSTO DE RENDA RETIDO NA FONTE SOBRE OS GANHOS AUFERIDOS PELOS  
FUNDOS DE INVESTIMENTO IMOBILIÁRIO NA VENDA DE COTAS DE OUTROS  
FUNDOS DE INVESTIMENTO IMOBILIÁRIO**

Trabalho de Conclusão de Curso que objetiva o  
alcance do bacharelado em Direito pela  
Universidade Federal do Ceará. Área de  
concentração: Direito Tributário.

Orientador: Prof. Dr. Hugo de Brito Machado  
Segundo.

**FORTALEZA - CE**

**2023**

**PEDRO CALDAS FONTENELE**

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação  
Universidade Federal do Ceará  
Sistema de Bibliotecas  
Gerada automaticamente pelo módulo Catalog, mediante os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

---

F763i Fontenele, Pedro Caldas.

A ILEGALIDADE DA INCIDÊNCIA DE IMPOSTO DE RENDA PESSOA JURÍDICA E DE IMPOSTO DE RENDA RETIDO NA FONTE SOBRE OS GANHOS AUFERIDOS PELOS FUNDOS DE INVESTIMENTO IMOBILIÁRIO NA VENDA DE COTAS DE OUTROS FUNDOS DE INVESTIMENTO IMOBILIÁRIO / Pedro Caldas Fontenele. – 2023.  
53 f.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2023.

Orientação: Prof. Dr. Hugo de Brito Machado Segundo.

1. IMPOSTO DE RENDA RETIDO NA FONTE. 2. IMPOSTO DE RENDA. 3. FUNDO IMOBILIÁRIO. 4. VENDA DE COTAS. I. Título.

---

CDD 340

A ILEGALIDADE DA INCIDÊNCIA DE IMPOSTO DE RENDA PESSOA JURÍDICA E DE  
IMPOSTO DE RENDA RETIDO NA FONTE SOBRE OS GANHOS AUFERIDOS PELOS  
FUNDOS DE INVESTIMENTO IMOBILIÁRIO NA VENDA DE COTAS DE OUTROS  
FUNDOS DE INVESTIMENTO IMOBILIÁRIO

Trabalho de Conclusão de Curso que objetiva o  
alcance do bacharelado em Direito pela  
Universidade Federal do Ceará. Área de  
concentração: Direito Tributário.  
Orientador: Prof. Dr. Hugo de Brito Machado  
Segundo.

Aprovado em: \_\_/\_\_/\_\_\_\_.

BANCA EXAMINADORA

---

Prof. Dr. Hugo de Brito Machado Segundo (Orientador)  
Universidade Federal do Ceará (UFC)

---

Prof<sup>ª</sup>. Dra. Theresa Rachel Couto Correia  
Universidade Federal do Ceará (UFC)

---

Prof. Matheus Casimiro Gomes Serafim  
Universidade Federal do Ceará (UFC)

## **AGRADECIMENTOS**

Dedico este trabalho a todos aqueles que me acompanharam e apoiaram ao longo dessa jornada acadêmica.

Ao meu irmão Felipe, que esteve muito ao meu lado nesses quatro anos e meio, quando nos ajudamos muito, começamos e terminamos vários negócios, e depois da faculdade, ganharemos o mundo.

Aos meus ilustres compadres, Arthur Jorge, Bruno Bandeira, Eduardo Tigre, Gustavo Alencar, José Luiz Noletto, Lucas Saboia, Matheus Borges, Pedro Hugo, Victor Rocha, com os quais vivi as melhores experiências e histórias que o ambiente universitário pode proporcionar ao cidadão de bem. Passamos por muita coisa juntos, e sei que muitas amizades vão e vem na vida, mas termino essa faculdade com a certeza de que SEREMOS ETERNOS e que essas lembranças reforçarão o quão boas foram nossas histórias juntos a cada reencontro que a vida nos proporcionar. São pessoas que estarão comigo sempre e para quem a vida ainda reserva muitas alegrias e maravilhas. Que sempre possamos comemorá-las e vivê-las juntos. Em suma, VIVEMOS MUITO TUDO ISSO E SENTIREMOS SAUDADES!

Aos meus grandes amigos que conheci na faculdade e agora são amigos que levo pra vida, cujos nomes faço questão de citar: Anna Clara Alencar, Cristiano Barreira, Gustavo Moreira, Izmir de Abreu, Jônatas Alexandre e muitos outros. Com eles, passei por muita coisa nessa faculdade, vivemos muitos momentos bons que ficam guardados na memória. Um dia, estaremos no topo e teremos a certeza de que tudo o que passamos juntos contribuiu para nossas jornadas.

Aos escritórios nos quais trabalhei ao longo da graduação: R. Amaral Advogados, Primazia Contábil, Formma Contábil e HRA Brasil, sobretudo aos companheiros de trabalho que tive neles, com quem tive o prazer de aprender muito, Renato Rodrigues, Gustavo Beviláqua, Tais Fidelis, Victor Maia, Alexandre Linhares, André Andrade, Ted Pontes, Julio Cesar, Guilherme Coelho, Carlos Mapurunga, Solange Melo, Gabriel Mapurunga, Rodrigo Azevedo, e muitos outros, que me fizeram ser a pessoa quem sou hoje e pelos quais tenho eterna gratidão pelos seus ensinamentos.

Ao Professor Hugo de Brito Machado Segundo, que aceitou o meu pedido de orientação desse projeto. Com certeza o seu tato com os alunos, o seu conhecimento vasto e a sua linguagem simples e acessível a todos conquista os entusiastas do direito tributário no Brasil todo e mostra porque alguém que trabalha com o que ama chega ao mais alto nível com uma leveza impressionante, parecendo estar sempre “de férias”, como ele mesmo gosta de dizer.

À Professora Theresa Rachel e ao Professor Matheus Casimiro, que aceitaram fazer parte da minha banca de avaliação. São profissionais que são exemplo pra mim não apenas pelo conhecimento técnico e pela carreira que construíram, mas também pela personalidade acolhedora e pela comunicação hábil que possuem, transformando seus alunos em seus amigos.

Que este trabalho seja uma contribuição significativa para a área de estudo e que possa inspirar outros pesquisadores a continuarem explorando esse campo de conhecimento.

Esta dedicação é para todos vocês, que fizeram parte da minha jornada acadêmica e que tornaram este momento possível. O meu sincero agradecimento a cada um de vocês.

“Promover esse bem (obtenção de ganhos para seus cotistas) constitui o objetivo cujo fundamento resta garantido quando um FII auferir resultados na alienação de quotas mediante as quais investiu em outros FIIs. A hipótese aponta para o respeito a sua finalidade imediata em conexão com sua finalidade mediata. Ou seja, para entendimento do art. 111, o procedimento intelectual (Junior, Tercio Sampaio Ferraz, Tercio Sampaio Ferraz. Do parecer que versa a questão sobre um tema de ordem interpretativa, que envolve indagações sobre supostas relações antinômicas entre preceitos normativos)

## RESUMO

O presente trabalho aborda a questão da ilegalidade da cobrança de Imposto de Renda Retido na Fonte (IRRF) e Imposto de Renda sobre os ganhos auferidos por um fundo imobiliário na venda de cotas de outro fundo imobiliário. O objetivo do estudo é analisar a legislação vigente, jurisprudências relevantes e argumentações doutrinárias a fim de verificar se essa tributação viola a isenção prevista na lei federal. A análise parte da compreensão dos fundamentos legais que embasam a cobrança desses impostos, com base na legislação tributária brasileira e nas normas expedidas pela Receita Federal do Brasil. Ao longo do estudo, são abordadas as divergências existentes entre especialistas e juristas quanto à interpretação da legislação, bem como a falta de uma legislação específica para tratar exclusivamente desse tema. Também são discutidos os impactos dessa controvérsia na segurança jurídica dos investidores e no desenvolvimento do mercado de fundos imobiliários. Diante desse panorama, conclui-se que a ilegalidade da cobrança de Imposto de Renda Retido na Fonte e Imposto de Renda sobre os ganhos auferidos por um fundo imobiliário na venda de cotas de outro fundo imobiliário ainda carece de uma posição definitiva por parte do Poder Judiciário e de uma legislação clara e unificada sobre o assunto. A falta de consenso e a insegurança jurídica decorrente dessa discussão podem prejudicar o crescimento e a eficiência do mercado de fundos imobiliários no Brasil. Por fim, sugere-se que o debate em torno desse tema seja ampliado, envolvendo os órgãos reguladores, os legisladores e os interessados no mercado de fundos imobiliários, a fim de buscar soluções que promovam a segurança jurídica e a justiça tributária nesse contexto específico. A clarificação dos critérios e a definição de um arcabouço legal adequado são fundamentais para incentivar o investimento e fomentar o desenvolvimento sustentável desse mercado no país.

**Palavras-chave:** Imposto de Renda Retido na Fonte. Imposto de Renda. Fundo Imobiliário. Venda de cotas.

## **ABSTRACT**

This research paper addresses the issue of the illegality of withholding income tax (WHT) and income tax on the gains obtained by a real estate investment fund from the sale of units of another real estate investment fund. The objective of this study is to analyze the current legislation, relevant case law, and doctrinal arguments to determine if this taxation violates the exemption provided by federal law. The analysis begins by understanding the legal foundations that justify the collection of these taxes, based on Brazilian tax legislation and regulations issued by the Brazilian Federal Revenue Service. Throughout the study, the divergences among experts and jurists regarding the interpretation of the legislation are discussed, as well as the lack of specific legislation to exclusively address this topic. The impacts of this controversy on the legal certainty for investors and the development of the real estate investment fund market are also examined. In conclusion, it is found that the illegality of collecting withholding income tax and income tax on the gains obtained by a real estate investment fund from the sale of units of another real estate investment fund still lacks a definitive position from the Judiciary and clear, unified legislation on the subject. The lack of consensus and the resulting legal uncertainty may hinder the growth and efficiency of the real estate investment fund market in Brazil. It is suggested that the debate on this topic be expanded to involve regulatory bodies, lawmakers, and stakeholders in the real estate investment fund market, in order to seek solutions that promote legal certainty and tax fairness in this specific context. The clarification of criteria and the establishment of an appropriate legal framework are essential to encourage investment and foster the sustainable development of this market in the country.

**Keywords:** Withholding Income Tax. Income Tax. Real Estate Investment Fund. Unit Sale.

## SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	11
2. ALGUNS BREVES COMENTÁRIOS SOBRE A HISTÓRIA DOS FUNDOS IMOBILIÁRIOS.....	13
2.1. O QUE É UM FUNDO IMOBILIÁRIO.....	14
2.2. DISCUSSÕES SOBRE A NATUREZA JURÍDICA DO FUNDO IMOBILIÁRIO.....	17
2.3. A FIGURA DOS <i>FUND OF FUNDS</i> (FOF) NO DINAMISMO DO MERCADO IMOBILIÁRIO.....	22
3. TRIBUTAÇÃO DOS FUNDOS IMOBILIÁRIOS.....	24
3.1. AS DISPOSIÇÕES TRIBUTÁRIAS DA LEI Nº 8.668/93 SOBRE A TRIBUTAÇÃO DOS FUNDOS IMOBILIÁRIOS.....	24
3.2. UM COMPARATIVO COM A TRIBUTAÇÃO DAS PESSOAS JURÍDICAS EM GERAL.....	27
3.3. A LEI Nº 9.779/99 E A EQUIPARAÇÃO DO FUNDO IMOBILIÁRIO A PESSOA JURÍDICA PARA FINS TRIBUTÁRIOS.....	30
4. O IMPOSTO DE RENDA E O IMPOSTO DE RENDA RETIDO NA FONTE (IRRF) NOS <i>FUND OF FUNDS</i> IMOBILIÁRIOS.....	33
4.1. UMA BREVE DISTINÇÃO ENTRE IMUNIDADE, ISENÇÃO E NÃO-INCIDÊNCIA.....	34
4.2. A LEGALIDADE DA ISENÇÃO DE IRRF SOBRE OS GANHOS AUFERIDOS PELOS FOF NA ALIENAÇÃO DE COTAS DE OUTROS FUNDOS IMOBILIÁRIOS.....	37
4.3. A LEGALIDADE DA ISENÇÃO DE IMPOSTO DE RENDA SOBRE OS GANHOS AUFERIDOS PELOS FOF NA ALIENAÇÃO DE COTAS DE OUTROS FUNDOS IMOBILIÁRIOS.....	39
5. OS POSICIONAMENTOS DA RECEITA FEDERAL E DO PODER JUDICIÁRIO SOBRE A TESE.....	43
5.1. O PARCIAL ACERTO DA RECEITA FEDERAL POR MEIO DA SOLUÇÃO DE CONSULTA Nº 181 – COSIT, DE 25 DE JUNHO DE 2014.....	44
5.2. O ATIVISMO JUDICIAL NA APRECIÇÃO DA MATÉRIA PELA JUSTIÇA FEDERAL DE SÃO PAULO E OS EQUÍVOCOS NA TENTATIVA DE TRIBUTAR O FOF.....	48

<b>5.3. A NECESSIDADE DE ADOÇÃO DE UMA INTERPRETAÇÃO MAIS FAVORÁVEL AO ELO MAIS FRÁGIL DA RELAÇÃO JURÍDICO-TRIBUTÁRIA: O CONTRIBUINTE.....</b>	<b>52</b>
<b>6. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>61</b>
<b>7. REFERÊNCIAS.....</b>	<b>64</b>

## 1. INTRODUÇÃO

Indubitavelmente, o ordenamento jurídico brasileiro é um dos mais complexos e extensos que existem no mundo, sobretudo quando se diz respeito à legislação fiscal vigente, cuja obscuridade concorre para uma expansão dos debates contenciosos entre contribuinte e Fisco.

Dentre os tributos existentes, ressalta-se o Imposto de Renda como aquele que possui um dos maiores pesos na arrecadação, com destaque para a sua incidência na fonte e nos ganhos de pessoas físicas e jurídicas diretamente.

Já na perspectiva dos fundos imobiliários, vem ganhando força uma disputa que versa sobre as exações a título de Imposto de Renda Retido na Fonte e Imposto de Renda sobre os ganhos provenientes da venda de cotas de outro fundo imobiliário por outros fundos imobiliários.

Esses fundos imobiliários vêm conquistando seu espaço no mercado nos últimos tempos, como uma alternativa de se investir em imóveis de modo indireto, possibilitando que investidores se exponham ao mercado imobiliário das mais variadas formas.

Contudo, esse impasse tributário gera dúvidas acerca da exigibilidade do tributo na situação específica em que um fundo imobiliário vende cotas de outro fundo imobiliário, pois tanto a Receita Federal quanto o Poder Judiciário possuem pontos de vista distintos sobre a interpretação correta da lei.

A controvérsia divide-se em 2 partes, das quais a primeira é a obrigatoriedade da retenção de IRRF do cotista pelo fundo imobiliário e a segunda reside justamente na cobrança de IR do fundo imobiliário em razão dos valores ganhos pelo fundo com a venda das cotas.

Nesse sentido, a ausência de uma legislação específica para tal hipótese e de uma unificação definitiva do entendimento por parte da Receita Federal e do Poder Judiciário contribui para a insegurança jurídica em torno desse tema.

Dessa forma, este projeto tem o intuito de analisar a legalidade da cobrança de Imposto de Renda Retido na Fonte e Imposto de Renda sobre os ganhos auferidos por um fundo imobiliário na venda de cotas de outro fundo imobiliário.

Para isso, serão estudados entendimentos jurisprudenciais e doutrinários, bem como a própria legislação que versa sobre a matéria, com o objetivo de expor os fundamentos dos posicionamentos existentes.

Por meio desse debate, tem-se o propósito de auxiliar nas discussões sobre matéria tributária, e contribuir diretamente para a segurança jurídica dos investidores, dos fundos imobiliários e do mercado imobiliário como um todo.

## 2. BREVES COMENTÁRIOS SOBRE A HISTÓRIA DOS FUNDOS IMOBILIÁRIOS

Na segunda metade do Século XX, nosso país vivenciava tempos de grande desenvolvimento urbano, que tinha como destaque a construção de grandes empreendimentos imobiliários, como centros comerciais e shoppings. De modo a financiá-los, muitas corporações se utilizavam de recursos do mercado de capitais, como ações e debêntures.

Apesar disso, a lei não possibilitava a constituição dessas empresas sociedades anônimas, o que dificultava o acesso ao provimento de recursos oriundos do mercado de capitais.

A partir daí, surgiu uma demanda por uma espécie de forma jurídica que favorecesse investimentos no setor imobiliário e que estivesse disponível para uma diversidade de investidores, no caso, empresas e pessoas físicas, de maneira a dinamizar esse mercado o máximo possível e simplificar o acesso ao investimento.

É justamente o que explica André Luis Ferreira da Silva Bacci:

“Os Fundos de Investimentos Imobiliários, instituídos pela Lei 8.668/1993, caracterizam-se pela comunhão de recursos destinados a aplicação em ativos de base imobiliária, na forma de condomínio fechado, em prazo determinado ou indeterminado. Compete à CVM autorizar, disciplinar e fiscalizar os FIIs, sendo necessariamente geridos por instituições financeiras. Os rendimentos distribuídos por FIIs são isentos para pessoas físicas em certas situações.<sup>1</sup>”

Já no começo dos anos 90, o Brasil passava por sérias dificuldades econômicas, o que resultou em uma difícil disponibilidade de crédito para o mercado imobiliário.

Nesse panorama, várias companhias empreenderam criando seus primeiros fundos imobiliários, no intuito de captar recursos a partir da oferta das quotas desses fundos e empregá-los na compra de imóveis.

Isso porque, com a Lei nº 8.668, de 1993, que regulamentou os FIIs, eles passaram a ser uma opção mais acessível de investimento em imóveis, possibilitando a participação de investidores de menor porte.

Cita-se passagem de Bacci, que ilustra muito bem a importância dessa lei:

“Essa é a principal lei dos FII, no caso a lei que criou os FIIs. É uma lei curta, embora não tão fácil de ler. Como boa parte de tudo o que FII é está definido nesta lei, a descrição fica um pouco longa.<sup>2</sup>”

---

<sup>1</sup> BACCI, André Luis da Silva. *Introdução aos Fundos de Investimento Imobiliários*. Brasília: Editora æ ex libris, 2014, p. 50.

<sup>2</sup> BACCI, André Luis da Silva. *Introdução aos Fundos de Investimento Imobiliários*. Brasília: Editora æ ex libris, 2014, p. 56.

Mesmo com a proposta de ampliar o acesso aos investimentos, os primeiros fundos imobiliários eram restritos e oferecidos somente a investidores qualificados, ou seja, aqueles com patrimônio superior a R\$ 1 milhão.

Só posteriormente, que os FIIs passaram a ser abertos e puderam ser oferecidos ao público em geral, desde que registrados na CVM e com distribuição por meio de corretoras de valores.

A partir de 2004, em razão da recomposição da economia e da recuperação da disponibilidade de crédito no mercado, o ramo imobiliário foi recuperando sua força e os fundos imobiliários ficaram cada vez mais populares, tornando-se um atrativo para novos investidores dos mais variados perfis.

Tanto é verdade que, no final de 2022, a quantidade de fundos imobiliários registrados na CVM era de 762 unidades, com patrimônio líquido total em torno dos R\$ 188 bilhões.

Ou seja, fica claro que os fundos imobiliários consistem em uma excelente alternativa para os investidores que desejam se expor a diferentes níveis de rentabilidade e diversificação, já que possibilitam a participação do investidor em diversas classes de ativos do ramo imobiliário, sem necessariamente precisar comprar um imóvel.

Ademais, os fundos imobiliários dão a oportunidade ao investidor comum de tomar parte em empreendimentos de grande porte, os quais seriam inacessíveis individualmente.

Recentemente, os fundos imobiliários vêm sofrendo alterações em decorrência da lei, dentre as quais cabe citar a idealização de novos tipos de fundos e a determinação de condutas mais transparentes e padronizadas de divulgação de informações aos investidores.

Tais alterações fortalecem a credibilidade deles com os investidores e fortalecem o mercado de FIIs no Brasil.

Ao longo do tempo, os fundos imobiliários no Brasil expandiram e viraram alternativas muito populares de investimento no mercado imobiliário, sobretudo para pessoas físicas que não dispõem de patrimônio suficiente para aportar em imóvel próprio.

## **2.1. O QUE É UM FUNDO IMOBILIÁRIO**

---

Fundos Imobiliários são espécies de investimento que objetivam direcionar o capital investido para imóveis, tais como shoppings, galpões logísticos, prédios comerciais, entre outros.

Os aportes se concretizam mediante a compra de quotas do fundo, que é administrado por uma instituição financeira especializada, denominada gestora.

Nesse sentido, cita-se o conceito atribuído por Danilo Bastos<sup>3</sup>:

“Eles reúnem investidores, de forma organizada e profissional, com o propósito de aplicar seus recursos em negócios imobiliários a fim de terem acesso a melhores opções de investimento do que teriam se investissem de forma isolada. De uma maneira geral, o pequeno investidor não consegue comprar imóveis de alto padrão. Eles ficam restritos, devido a limitações financeiras, a pequenos imóveis residenciais ou comerciais. Porém, ao adquirir uma cota de um fundo imobiliário, qualquer pessoa passa, imediatamente, a ser coproprietária de imóveis de alto padrão ou, dependendo do tipo de fundo, passa a ser coproprietária de recebíveis imobiliários que, geralmente, só investidores qualificados têm acesso.”

Também cabe citar o conceito abordado por Eduardo Fortuna<sup>4</sup>:

“o fundo de investimento, qualquer que seja esse fundo, é uma comunhão de recursos, constituída sob a forma de condomínio, destinado a aplicação em títulos e valores mobiliários, bem como em quaisquer outros ativos disponíveis no mercado financeiro e de capitais, observadas as disposições gerais e específicas da constituição da carteira e de acordo com a classificação do fundo.”

Na medida em que se investe em um fundo imobiliário, a pessoa toma para si uma parte do patrimônio do fundo, o que corresponde a uma fração proporcional dos proventos proporcionados pelos imóveis pelos imóveis, como dividendos e a eventuais ganhos de capital na hipótese de esses imóveis aumentarem seu valor de mercado.

Esses fundos ostentam várias peculiaridades que os distinguem de outras espécies de investimento. A principal é o propósito de investir em imóveis, já que esse tipo de fundo é especializado na sua aquisição e gestão.

Em razão disso, o cotista investe indiretamente nesses imóveis e se desincombe de se ocupar com cobrança de aluguel, manutenção e outras demandas.

Outra característica especial desses fundos de investimento é que eles distribuem periodicamente seus proventos aos seus cotistas, fornecendo renda recorrente a eles. Isso ocorre por força do art. 37 da Instrução CVM nº 472/2008:

---

<sup>3</sup> BASTOS, Danilo. *Fundos Imobiliários - Investimento Inteligente em Imóveis*. Florianópolis: Editora Bookess, 2014, pp. 14-15.

<sup>4</sup> FORTUNA, Eduardo. *Mercado Financeiro: produtos e serviços*. 18. ed. Rio de Janeiro: Quality Mark, 2011, p. 476.

Art. 37. O fundo deve distribuir aos cotistas, no mínimo, noventa e cinco por cento do lucro auferido, apurado segundo o regime de caixa, semestralmente, sob a forma de dividendos ou rendimentos, observado o disposto no art. 19.

§ 1º Os rendimentos serão pagos aos cotistas no prazo máximo de sessenta dias contados do término do semestre em que tiverem sido auferidos.

§ 2º O administrador deve informar aos cotistas, nos avisos de pagamento, a origem dos recursos distribuídos.

Cabe citar também a considerável liquidez desse tipo de investimento, uma vez que as cotas dos fundos imobiliários podem ser negociadas em bolsa de valores, o que torna muito dinâmica a sua compra e venda e facilita o acesso ao dinheiro.

Além disso, a diversificação é outra característica bem marcante acerca desses fundos, já que é possível que o investidor se exponha a vários tipos de ativos imobiliários por meio do investimento em um ou mais fundos.

Outrossim, vale destacar a terceirização da gestão dos recursos do fundo, que são gerenciados por uma gestora especializada, com profissionais especializados no mercado imobiliário.

Por fim, cabe mencionar que o valor necessário para começar a investir em fundos imobiliários é baixíssimo, muitas vezes inferior a R\$100,00, o que amplia o acesso a esse tipo de investimento.

Para realizar investimentos em fundos imobiliários, deve-se adquirir quotas do fundo, as quais são ofertadas na bolsa de valores (B3). Elas correspondem a uma parcela do patrimônio total do fundo, que, por sua vez, equivale ao valor total dos imóveis que o fundo possui.

O capital adquirido por intermédio dos investimentos é empregado na gestão e na aquisição de imóveis, atividades que são de responsabilidade da gestora do fundo, além de outras como cuidar dos contratos de locação e da manutenção desses imóveis.

Há diversas espécies de fundos imobiliários, dentre as quais vale citar nos conformes abordados por Rafael Campagnaro<sup>5</sup>:

- I. Fundos de fundos: aplicam seus recursos em cotas de outros fundos.
- II. Fundos de desenvolvimento: direcionam seus investimentos para empreendimentos que estão na etapa de reforma ou construção, apostando na sua valorização com a conclusão da obra.
- III. Fundos de tijolo: aplicam seus recursos em imóveis físicos, tais como construções residenciais, galpões logísticos, prédios comerciais e shoppings.
- IV. Fundos de papel: investem em títulos (“papeis”) cujo investimento está diretamente atrelado às atividades do ramo imobiliário, tais como CRIs, LCIs e cotas de outros fundos imobiliários.
- V. Fundos híbridos: São fundos que possuem uma diversidade de ativos em sua carteira, justamente aqueles que correspondem às outras 4 espécies

<sup>5</sup> <https://fiis.com.br/artigos/tipos-de-fundos-imobiliarios/>

Portanto, os fundos imobiliários são uma alternativa atrativa de exposição ao mercado imobiliário, ainda que o investidor possua pouco dinheiro. Contudo, deve-se ressaltar que eles envolvem uma atividade de risco e é necessário analisar as características de cada fundo antes de aportar qualquer valor.

## **2.2. DISCUSSÕES SOBRE A NATUREZA JURÍDICA DOS FUNDOS IMOBILIÁRIOS**

No que concerne à natureza jurídica dos fundos imobiliários, as discussões sobre isso são bastante recorrentes entre os especialistas, sobretudo em relação a defini-los como valores mobiliários.

De modo a compreender melhor esse debate, é necessário compreender o que são valores mobiliários.

Para Ary Oswaldo Mattos Filho, os valores mobiliários são, em uma descrição genérica, contratos de investimento coletivos, destinados a captar recursos de um grande número de investidores.<sup>6</sup>

Já para Nelson Eizirik, a principal característica funcional dos valores mobiliários é a captação da poupança popular para um investimento de risco, porém sem a garantia de resultados positivos ao investidor.<sup>7</sup>

Ou seja, fica claro que valores mobiliários correspondem a títulos que lastreiam participações em sociedades ou empreendimentos. Eles são ofertados na bolsa de valores e funcionam como instrumento de captação de recursos para essas empresas ou empreendimentos.

Sob uma perspectiva diferente, os fundos imobiliários podem ser concebidos como uma forma de investimento coletivo, com foco exclusivo no mercado imobiliário.

Distinguem-se essas duas perspectivas pelo fato de que os valores mobiliários são tutelados e fiscalizados pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM), e os fundos de investimento imobiliário são regulamentados pelo Banco Central do Brasil (BCB).

Ademais, o que é efetivamente negociado na bolsa de valores são os valores mobiliários, e não os fundos imobiliários.

Ainda que existam essas diferenças, vários estudiosos afirmam que os fundos imobiliários possuem atributos que os assemelham a valores mobiliários.

---

<sup>6</sup> MATTOS FILHO, Ary Oswaldo. O Conceito de Valor Mobiliário. In: Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 59, 1985, p. 44.

<sup>7</sup> EIZIRIK, Nelson. Os valores mobiliários na nova lei das S/A. In: Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem. São Paulo: RT. nº 124, 2001, p. 74.

A título de ilustração, as suas cotas são oferecidas em bolsa de valores, possibilitando a circulação delas com dinamicidade. Outro destaque semelhante é que os fundos imobiliários também objetivam a captação de recursos para a realização de investimentos.

Em razão dessas coincidências, comparam-se muito os fundos imobiliários com os valores mobiliários.

Outro debate relevante é a classificação dos fundos imobiliários como sociedades ou fundos de investimento. Geralmente, esses fundos são criados como condomínios, dos quais se comprem cotas para obter participação nos rendimentos.

Assim está disposto no art. 2 da Instrução CVM nº 472/2008:

Art. 2º. Os fundos de investimento imobiliário serão constituídos sob a forma de condomínio fechado ou aberto, regidos por esta Instrução e pelas normas aplicáveis às sociedades de investimento em geral, observadas as disposições legais e regulamentares específicas.

Além disso, vale destacar que os FII não possuem personalidade jurídica própria, o que impede a sua classificação como uma sociedade propriamente dita.

É exatamente o que destaca Bacci<sup>8</sup>

“Os FIIs são instituídos **sem personalidade jurídica**, caracterizados pela comunhão de bens destinados a aplicação em empreendimentos imobiliários (Art. 1º), sob a forma de condomínio fechado, sem resgate de cotas, podendo ser de prazo determinado ou indeterminado (Art. 2º).”

Outrossim, existe a discussão acerca da classificação dos FII como investimentos de renda fixa ou de renda variável. No geral, eles são classificados como ativos de renda variável, já que seus ganhos advém da valorização dos imóveis e dos rendimentos dos aluguéis. Esse é o entendimento de Danilo Bastos<sup>9</sup>:

Muitos acreditam que os fundos imobiliários são ativos de renda fixa. Achar isso é comum porque alguns distribuem um rendimento relativamente constante. Mas um fundo imobiliário pode variar na distribuição do rendimento em função de diversos fatores, como vacância em alguns imóveis, inadimplência, reajustes positivos ou até negativos nos contratos de aluguel e pode, ainda, variar o valor da cota em função da gestão do fundo, oferta e demanda, e até em função de qualquer insanidade do mercado financeiro. Todos esses fatores, e esses são apenas alguns fatores, fazem com que não seja possível dimensionar o retorno dos fundos na hora do investimento e, por isso, eles são classificados como ativos de renda variável.

---

<sup>8</sup> BACCI, André Luis da Silva. *Introdução aos Fundos de Investimento Imobiliários*. Brasília: Editora æ ex libris, 2014, pp. 56.

<sup>9</sup> BASTOS, Danilo. *Fundos Imobiliários - Investimento Inteligente em Imóveis*. Florianópolis: Editora Bookess, 2014, p. 21.

Em resumo, as discussões sobre a natureza jurídica dos fundos imobiliários são importantes para a compreensão da essência deles e para a compreensão dos seus deveres e obrigações legais como ente jurídico.

Por mais que existam algumas divergências em certos pontos, é válido ressaltar que essas discussões possuem impactos na dinâmica operacional e estratégica dos fundos imobiliários.

### **2.3. A FIGURA DOS FUND OF FUNDS (FoF) NO DINAMISMO DO MERCADO IMOBILIÁRIO**

Na verdade, Os Fund of Funds (FoF) são fundos de investimento que aplicam seus recursos em outros fundos de investimento. Ou seja, um FoF é um fundo que possui em sua carteira participações em fundos de gestoras e propostas diferentes.

Como exemplo, traz-se o conceito de Bacci:

“Os chamados "fundos de fundos" são FIIs que investem em outros FIIs, apresentando assim diversificação interna. Mas por mais diversificado que seja um FII internamente, eventos no FII externo podem fazer o valor da cota balançar bastante. Em outras palavras, os FIIs continuam correndo risco de oscilação de cota de mercado, independente da composição interna. A diversificação entre FIIs é importante. Ter só um ou alguns poucos FIIs de FIIs ainda te deixa concentrado em risco de mercado.”<sup>10</sup>

Os FoFs investem em uma diversidade de fundos de investimentos, a exemplo de fundos de ações, fundos de renda fixa, fundos imobiliários, fundos hedge e outros. Seus gestores têm expertise para escolher os melhores fundos de investimento e gerenciar a alocação de ativos.

Eles possuem várias vantagens, dentre as quais a diversificação de risco, a redução de custos e a facilidade de acesso a uma ampla gama de fundos de investimento.

Quando o investidor se expõe a uma variedade de fundos gerenciados por diferentes gestores, ele reduz o risco de perda e diversifica a rentabilidade da carteira, proporcionando menos volatilidade aos rendimentos.

Ademais, os FoFs possibilitam exposição a fundos que não aceitam investidores individuais, a exemplo dos fundos de private equity e fundos de hedge. Essa estratégia é extremamente relevante para quem quer diversificar sua carteira com produtos mais arriscados seus portfólios com ativos de maior risco e mais retorno.

---

<sup>10</sup> BACCI, André Luis da Silva. *Introdução aos Fundos de Investimento Imobiliários*. São Paulo: Saint Paul, 2014, p. 33.

No ramo imobiliário, os fundos de fundos são de suma importância, já que podem expor seus cotistas a uma série de outros fundos, como fundos de investimento imobiliário (REITs).

Isso pode ajudar a diversificar o risco em relação a um único imóvel ou região geográfica e oferecer acesso a ativos imobiliários que normalmente exigiriam grandes quantias de capital para investir diretamente.

Nessa linha, os fundos de fundos imobiliários (FoF) vêm ganhando destaque ultimamente, sobretudo no mercado brasileiro.

Eles são entes jurídicos que investem em muitos fundos imobiliários. Logo, eles não investem primeiramente em imóveis, mas alocam seus recursos em outros fundos imobiliários, o que oferece exposição a mais ativos imobiliários.

Tudo isso sem precisar ter um grande valor de investimento, possibilitando que pessoas com vários graus de poder aquisitivo se aproveitem da diversificação e da expertise dos gestores de fundos.

Outrossim, eles oferecem mais liquidez do que fundos imobiliários tradicionais, já que suas cotas podem ser negociadas em bolsa de valores.

Outra possibilidade é a de investir em fundos imobiliários com vários tipos de proposta, o que permite que os FoFs se exponham menos a riscos específicos de cada fundo e se protejam de uma volatilidade considerável.

Sinteticamente, os fundos de fundos imobiliários são uma alternativa viável para quem quer acessar uma maior diversidade de investimentos imobiliários, de modo menos arriscado e mais profissional.

### 3. TRIBUTAÇÃO DOS FUNDOS IMOBILIÁRIOS

Inicialmente, destaca-se que os fundos imobiliários devem distribuir pelo menos 95% dos lucros auferidos a cada ano, sob a forma de rendimentos, aos cotistas, conforme parágrafo único do artigo 10 da Lei nº 8.668/1993:

Lei nº 8.668/1993:

"Art. 10. Cada Fundo de Investimento Imobiliário será estruturado através de regulamento elaborado pela instituição administradora, contendo:

[...]

Parágrafo único. O fundo deverá distribuir a seus quotistas, no mínimo, noventa e cinco por cento dos lucros auferidos, apurados segundo o regime de caixa, com base em balanço ou balancete semestral encerrado em 30 de junho e 31 de dezembro de cada ano.

Esses lucros não se sujeitam à tributação pelo imposto de renda para pessoas físicas, exceto para fundos com menos de 50 cotistas e para os cotistas que detenham mais de 10% das cotas do fundo ou ganhem mais de 10% dos rendimentos auferidos pelo fundo, de acordo com art. 40 da IN RFB nº 1.585/2015:

Art. 40. Ficam isentos do imposto sobre a renda na fonte e na declaração de ajuste anual das pessoas físicas, os rendimentos distribuídos pelos fundos de investimento imobiliário cujas cotas sejam admitidas à negociação exclusivamente em bolsas de valores ou no mercado de balcão organizado.

§ 1º O benefício disposto no caput:

I - será concedido somente nos casos em que o fundo de investimento imobiliário possua, no mínimo, 50 (cinquenta) cotistas;

II - não será concedido ao cotista pessoa física titular de cotas que representem 10% (dez por cento) ou mais da totalidade das cotas emitidas pelo fundo de investimento imobiliário ou cujas cotas lhe derem direito ao recebimento de rendimento superior a 10% (dez por cento) do total de rendimentos auferidos pelo fundo.

[...]

Como na prática quase todos os fundos imobiliários abertos e disponíveis na bolsa de valores cumprem esses requisitos, eles se tornaram uma alternativa muito popular, uma vez que a ideia de se expor à rentabilidade do mercado imobiliário isento de tributação é bastante chamativa.

Já no que se refere à tributação dos ganhos auferidos pelos próprios fundos, os rendimentos são tributados em 20%, em conformidade com o artigo 17 da Lei nº 8.668/1993:

Art. 17. Os rendimentos e ganhos de capital auferidos, apurados segundo o regime de caixa, quando distribuídos pelos Fundos de Investimento Imobiliário a qualquer beneficiário, inclusive pessoa jurídica isenta, sujeitam-se à incidência do imposto de renda na fonte, à alíquota de vinte por cento.

No geral, essa é a tributação dos fundos imobiliários, na ótica dos quotistas e do próprio fundo. Ou seja, como regra geral, os quotistas estão isentos de pagar o referido imposto,

mas os próprios fundos têm que pagar quando auferem renda, o que não qualifica toda a operação como totalmente livre da tributação.

Apesar disso, existem algumas exceções importantes que influenciam muito a forma como eles serão tributados, sobretudo no que diz respeito à negociação das cotas e à propriedade de imóveis em uma mesma pessoa ou empresa.

### **3.1. AS DISPOSIÇÕES TRIBUTÁRIAS DA LEI Nº 8.668/93 SOBRE A TRIBUTAÇÃO DOS FUNDOS IMOBILIÁRIOS**

A Lei dos Fundos Imobiliários, no caso a Lei nº 8.668/93, estipula as principais normas que regem a tributação deles. Muitas dessas disposições tributárias têm o objetivo de incentivar as negociações imobiliárias, levando ao desenvolvimento desse mercado no Brasil.

Conforme o art. 16 dessa lei, os ganhos e rendimentos obtidos por fundos imobiliários ficam isentos de IOF e de imposto de renda:

Art. 16. Os rendimentos e ganhos de capital auferidos pelos Fundos de Investimento Imobiliário ficam isentos do Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro, assim como do Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza.

De acordo com o art. 16-A da mesma lei, em regra, os ganhos e rendimentos adquiridos por fundos imobiliários ficam sujeitos à tributação na fonte. No entanto, ao se enquadrar nas hipóteses definidas em seu § 1º, é possível se ver livre dessa tributação:

Art. 16-A. Os rendimentos e ganhos líquidos auferidos pelos Fundos de Investimento Imobiliário, em aplicações financeiras de renda fixa ou de renda variável, sujeitam-se à incidência do imposto de renda na fonte, observadas as mesmas normas aplicáveis às pessoas jurídicas submetidas a esta forma de tributação.

§ 1º Não estão sujeitas à incidência do imposto de renda na fonte prevista no caput as aplicações efetuadas pelos Fundos de Investimento Imobiliário nos ativos de que tratam os incisos II e III do art. 3º da Lei no 11.033, de 21 de dezembro de 2004.

Já de modo confuso, o legislador inscreveu no art. 17 da lei o mandamento que determina a incidência da alíquota de 20% sobre a distribuição de seus rendimentos a qualquer beneficiário:

Art. 17. Os rendimentos e ganhos de capital auferidos, apurados segundo o regime de caixa, quando distribuídos pelos Fundos de Investimento Imobiliário a qualquer beneficiário, inclusive pessoa jurídica isenta, sujeitam-se à incidência do imposto de renda na fonte, à alíquota de vinte por cento.

Por fim, a lei também dispõe sobre a tributação na hipótese de alienação ou resgate de cotas de fundos imobiliários em seu art. 18, cometendo a mesma gafe de generalização do artigo anterior:

Art. 18. Os ganhos de capital e rendimentos auferidos na alienação ou no resgate de quotas dos fundos de investimento imobiliário, por qualquer beneficiário, inclusive por pessoa jurídica isenta, sujeitam-se à incidência do imposto de renda à alíquota de vinte por cento:

I - na fonte, no caso de resgate;

II - às mesmas normas aplicáveis aos ganhos de capital ou ganhos líquidos auferidos em operações de renda variável, nos demais casos.

Ou seja, verifica-se que essas disposições tributárias foram redigidas e introduzidas de modo muito confuso no ordenamento jurídico brasileiro, o que certamente foi crucial para o surgimento e discussão da tese em debate.

Apesar disso, destaca-se a gama de isenções que o legislador conferiu às operações realizadas pelos fundos imobiliários, as quais contribuem bastante para a democratização do acesso ao mercado imobiliário e, conseqüentemente, para o seu dinamismo.

Caso contrário, os rendimentos dos cotistas e dos fundos sofreriam sempre a incidência do imposto de renda e a rentabilidade dos fundos imobiliários não teria a mesma força que possui atualmente.

Com isso, os cotistas não teriam acesso ao mercado de modo prático e ficariam excluídos dele, sobretudo os que possuem menor poder aquisitivo.

### **3.2. UM COMPARATIVO COM A TRIBUTAÇÃO DAS PESSOAS JURÍDICAS EM GERAL**

A tributação dos fundos imobiliários e das pessoas jurídicas em geral são bastante distintas, já que cada um deles tem seu regime de tributação. Apesar disso, eles possuem algumas semelhanças sutis

Os aspectos tributários dos fundos imobiliários são regulados pela Lei nº 8.668/1993 e pela IN RFB nº 1.585/2015. Além disso, o seu regime de tributação sobre o lucro é a modalidade presumida, na qual se estipula uma margem de lucro sobre a qual deve ocorrer a incidência tributária.

Como regra geral, a Lei nº 8.668/1993 determina uma alíquota de 20% de imposto de renda para que incida sobre os rendimentos distribuídos aos cotistas.

Ainda que essa alíquota seja consideravelmente alta, vale destacar que os fundos imobiliários são livres dos demais tributos, a exemplo de IOF, CSLL, PIS e COFINS.

Contudo, vale destacar que, recentemente, o Superior Tribunal de Justiça validou a cobrança de ITBI quando o fundo imobiliário integraliza um imóvel em transmissão onerosa.

No julgamento do AREsp 1.492.971, o STJ entendeu que, na hipótese de o fundo imobiliário adquirir determinado imóvel e oferecer cotas ao alienante como forma de contraprestação, há a transferência de propriedade que caracteriza a incidência do ITBI.

Apesar disso, não se trata de um entendimento sumulado nem de decisão em demandas repetitivas, o que não torna o referido entendimento vinculante. Mas é possível a sua aplicação por instâncias ordinárias, nas oportunidades que forem estritamente compatíveis com o contexto fático do caso que ensejou o julgamento do AREsp 1.492.971.

A título de informação, segue a ementa do referido julgado:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ITBI. AQUISIÇÃO DE IMÓVEL. COMPOSIÇÃO DE FUNDO DE INVESTIMENTO IMOBILIÁRIO. IMUNIDADE. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. EXAME. INADEQUAÇÃO. TRANSFERÊNCIA DE PROPRIEDADE. EXISTÊNCIA. FATO GERADOR. CONFIGURAÇÃO.

1.A fundamentação empregada no acórdão recorrido para não reconhecer a imunidade tem natureza constitucional, sendo, pois, insuscetível de exame em sede de recurso especial.

2. A aquisição de imóvel para a composição do patrimônio de fundo de investimento imobiliário efetivada mediante emissão de novas quotas em favor dos alienantes configura transferência a título oneroso de propriedade de imóvel para fins de incidência do ITBI, na forma dos arts. 35 do CTN e 156, II, da CF/1988, ocorrendo o fato gerador no momento da averbação da propriedade fiduciária em nome da administradora (do fundo) no cartório de registro imobiliário.

3.Agravo conhecido para conhecer em parte do recurso especial e, nessa extensão, negar-lhe provimento.

Já no caso das pessoas jurídicas em geral, elas podem ser tributadas conforme três possibilidades de regimes, que são o Simples Nacional, o Lucro Real ou o Lucro Presumido.

O Simples Nacional é um regime tributário que foi desenvolvido pela Lei Complementar nº 123/2006, de forma a cumprir com o dever constitucional de favorecimento às micro e pequenas empresas e a alíquota pode variar de 4% a 33%, calculadas conforme o faturamento.

Com relação ao Lucro Real, os tributos incidem sobre o lucro efetivo da empresa, e podem variar de 6% a 15%, conforme a atividade desenvolvida pela pessoa jurídica.

No Lucro Presumido eles incidem sobre uma porcentagem do faturamento estipulada pela lei que equivale a uma estimativa da margem de lucro, que pode variar de 1,6% a 32%, conforme a atividade da empresa.

Ademais, as demais pessoas jurídicas devem muito mais obrigações tributárias, tais como, como a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), o Programa de Integração Social (PIS), a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS) e a Contribuição Previdenciária Patronal (CPP).

### 3.3. A LEI Nº 9.799/99 E A EQUIPARAÇÃO DO FUNDO IMOBILIÁRIO A PESSOA JURÍDICA PARA FINS TRIBUTÁRIOS

A Lei nº 9.779/99 não só trouxe algumas alterações relevantes na Lei nº 8.668/1993, como também trouxe disposições inéditas acerca da tributação dos fundos imobiliários.

Antes dessa lei, os fundos imobiliários eram concebidos como condomínios fechados, no qual os cotistas eram considerados sócios do fundo. Com a vinda da Lei nº 9.779/99, esses fundos passaram a adquirir obrigações tributárias de maior relevância, aproximando sua tributação cada vez mais das pessoas jurídicas em geral.

Uma alteração importantíssima provocada por essa lei foi a cobrança de imposto de renda sobre os rendimentos auferidos pelos cotistas. O seu art. 1º criou uma estrutura que permitia a incidência do imposto de renda sobre os ganhos do fundos sobre as mais variadas circunstâncias:

Art. 1o Os arts. 10 e 16 a 19 da Lei nº 8.668, de 25 de junho de 1993, a seguir enumerados, passam a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 10. ....

....."

"XI - critérios relativos à distribuição de rendimentos e ganhos de capital.

Parágrafo único. O fundo deverá distribuir a seus quotistas, no mínimo, noventa e cinco por cento dos lucros auferidos, apurados segundo o regime de caixa, com base em balanço ou balancete semestral encerrado em 30 de junho e 31 de dezembro de cada ano."

"Art. 16-A. Os rendimentos e ganhos líquidos auferidos pelos Fundos de Investimento Imobiliário, em aplicações financeiras de renda fixa ou de renda variável, sujeitam-se à incidência do imposto de renda na fonte, observadas as mesmas normas aplicáveis às pessoas jurídicas submetidas a esta forma de tributação.

Parágrafo único. O imposto de que trata este artigo poderá ser compensado com o retido na fonte, pelo Fundo de Investimento Imobiliário, quando da distribuição de rendimentos e ganhos de capital."

"Art. 17. Os rendimentos e ganhos de capital auferidos, apurados segundo o regime de caixa, quando distribuídos pelos Fundos de Investimento Imobiliário a qualquer beneficiário, inclusive pessoa jurídica isenta, sujeitam-se à incidência do imposto de renda na fonte, à alíquota de vinte por cento.

Parágrafo único. O imposto de que trata este artigo deverá ser recolhido até o último dia útil do mês subsequente ao do encerramento do período de apuração." (NR)

"Art. 18. Os ganhos de capital e rendimentos auferidos na alienação ou no resgate de quotas dos fundos de investimento imobiliário, por qualquer beneficiário, inclusive por pessoa jurídica isenta, sujeitam-se à incidência do imposto de renda à alíquota de vinte por cento:" (NR)

"I - na fonte, no caso de resgate;

II - às mesmas normas aplicáveis aos ganhos de capital ou ganhos líquidos auferidos em operações de renda variável, nos demais casos."

"Art. 19. O imposto de que tratam os arts. 17 e 18 será considerado:" (NR)

"I - antecipação do devido na declaração, no caso de beneficiário pessoa jurídica tributada com base no lucro real, presumido ou arbitrado;

II - tributação exclusiva, nos demais casos."

Desse modo, os ganhos auferidos pelos fundos imobiliários a serem distribuídos aos cotistas devem sofrer retenção de imposto de renda na fonte, à alíquota de 20%, exceto em algumas ocasiões excepcionais.

Ou seja, verifica-se um interesse do legislador em ampliar o rol de obrigações tributárias dos fundos imobiliários, reduzindo seus benefícios tributários, os quais servem justamente para incentivar a circulação de capital no mercado imobiliário e promover o acesso de investidores menores nesse mercado.

Por outro lado, uma mudança positiva por essa lei foi a possibilidade de os fundos imobiliários serem tributados pelo lucro presumido, que simplifica os procedimentos de apuração do Imposto de Renda para empresas e que passou a ficar disponível para os fundos imobiliários.

Por meio desse regime, os fundos imobiliários podem ser tributados sobre uma porcentagem fixa do seu faturamento, o que é extremamente benéfico em fundos onde a margem líquida é muito grande.

Além do que já foi citado, a Lei nº 9.779/99 promoveu muitas outras alterações sobre a tributação dos fundos imobiliários, tais como a necessidade de apresentar demonstrativos e declarações específicas e a possibilidade de compensar prejuízos fiscais.

Apesar de os fundos imobiliários ostentarem o regime tributário bastante desonerado, existem hipóteses nas quais eles podem perder esses benefícios e serem tributados como as pessoas jurídicas em geral.

Isso é justamente a equiparação do FII à pessoa jurídica para fins tributários, a qual foi incluída pelo art. 2º da Lei n. 9.779/99:

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

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

I - pessoa física:

a) os seus parentes até o segundo grau;

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

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

Essas proibições foram criadas para que pessoas não utilizassem os fundos imobiliários para praticamente zerar a tributação sobre as atividades imobiliárias, uma vez que o regime tributário dos fundos imobiliários é bastante atraente por si só.

Contudo, o legislador teve que intervir para impedir que eles fossem utilizados como ferramenta para a fuga das obrigações tributárias por parte de alguns investidores, dificultando a transformação dos fundos imobiliários em holdings totalmente isentas de tributos.

#### 4. UMA BREVE DISTINÇÃO ENTRE IMUNIDADE, ISENÇÃO E NÃO-INCIDÊNCIA

Imunidade, isenção e não-incidência são definições importantíssimas para o direito tributário, já que elas correspondem a fenômenos que definem hipóteses nas quais os envolvidos estão eximidos do pagamento de tributos.

Apesar de terem o mesmo efeito prático para o contribuinte, esses três conceitos são significativamente distintos em suas essências, fundamentação legal, produção de efeitos e requisitos.

É possível definir a imunidade tributária como limitação constitucional ao poder de tributar do Estado, inscrita no artigo 150, inciso VI, da Constituição Federal de 1988, a qual determina que algumas pessoas, bens, ou atividades são imunes aos tributos.

Logo, eles estão protegidos da incidência da tributação por força do mandamento constitucional, ainda que se enquadrem na hipótese de incidência descrita na legislação tributária infraconstitucional para o respectivo tributo.

Para enriquecer o debate, traz-se o conceito de imunidade criado por Amílcar de Araújo Falcão<sup>11</sup>:

“é uma forma qualificada ou especial de não incidência, por supressão, na Constituição, da competência impositiva ou do poder de tributar, quando se configuram certos pressupostos, situações ou circunstâncias previstas pelo estatuto supremo”

Além disso, vale mencionar o conceito do saudoso Professor Hugo de Brito Machado, que define imunidade como<sup>12</sup>:

“o obstáculo criado por uma norma da Constituição que impede a incidência de lei ordinária de tributação sobre determinado fato, ou em detrimento de determinada pessoa, ou categoria de pessoas”

Já para Eduardo Sabbag, imunidade é<sup>13</sup>:

“a norma constitucional de desoneração tributária, que, justificada no plexo de valores proclamados no texto constitucional, inibe a atribuição de competência impositiva e credita ao beneficiário o direito público subjetivo de ‘não incomodação’ perante o ente tributante.”

Finalmente, para Paulo de Barros Carvalho, imunidade é<sup>14</sup>:

“a classe finita e imediatamente determinável de normas jurídicas, contidas no texto da Constituição Federal, e que estabelecem, de modo expresse, a incompetência das pessoas políticas de direito constitucional interno de expedir regras instituidoras de tributos que alcancem situações específicas e suficientemente caracterizadas”

<sup>11</sup> FALCÃO, Amílcar de Araújo. *Fato gerador da obrigação tributária*. São Paulo: RT, 1971, p. 64.

<sup>12</sup> MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. São Paulo: Malheiros, 2008, p.230.

<sup>13</sup> SABBAG, Eduardo. *Manual de Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 280.

<sup>14</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2004, p.181.

Ou seja, a imunidade é uma expressão da proteção constitucional para certas ocasiões nas quais se considera resguardar da tributação algo que seja de suma importância para a sociedade, de modo que seja afastada a tributação, a exemplo de entidades religiosas, partidos políticos, sindicatos, livros, jornais, entre outros.

A imunidade tributária é objetiva, ou seja, não considera as características específicas dos envolvidos, mas sim a essência da atividade, bem ou pessoa.

Esta é uma regra de exoneração tributária que exige a situação imune da incidência e do pagamento do tributo, ainda que houvesse determinação pela lei. Porém, para que a imunidade seja aplicada, ela deve constar explicitamente no texto constitucional e deve ser interpretada restritivamente pelo Poder Judiciário.

Um exemplo de imunidade é a imunidade de templos de qualquer culto, que veda qualquer exação tributária sobre o patrimônio, renda e serviços relacionados ao exercício de atividades religiosas.

Além dessa, existe a imunidade de livros, jornais, periódicos e o papel destinado à sua impressão, a qual impede a cobrança de qualquer tributo sobre esses objetos e seus acessórios.

Já a isenção tributária é um tipo de exceção à regra de tributação proporcionada pela legislação infraconstitucional, na qual o legislador proíbe o Estado de cobrar tributos de algumas pessoas, bens ou atividades, nos casos em que cumpram as exigências contidas na lei.

A isenção é regra que dispensa a expressamente a cobrança do tributo e impede que a lei incida em determinada situação ou condição particular, o que deve ser determinado pela legislação ordinária. Sua concessão fica a critério do legislador, a respeito da definição sobre quais situações ou condições serão beneficiadas com a isenção.

A isenção tributária privilegia, sobretudo, o aspecto subjetivo, ou seja, toma como relevante as características particulares dos envolvidos, a exemplo de sua situação socioeconômica e de sua atividade típica.

Veja-se como o renomado autor Sasha Calmon define a isenção<sup>15</sup>:

A isenção é heterônoma quando o legislador de uma ordem de governo, com permissão constitucional, proíbe ao legislador de outra ordem de governo o exercício do poder de tributar. Insta repetir, com permissão constitucional, porquanto a regra em nosso sistema é a vedação à isenção heterônoma, nos termos do art. 151, III, da CF. A distinção em relação à imunidade, na espécie, é feita a partir da hierarquia normativa. Enquanto a norma imunitória é constitucionalmente qualificada, a norma isencional heterônoma é legalmente qualificada (lei complementar da Constituição).

---

<sup>15</sup> COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 190.

Já a não-incidência faz referência a uma circunstância em que não está prevista a incidência de nenhum tributo, tanto na Constituição como na legislação infraconstitucional. Portanto, refere-se a uma situação em que não há hipótese de incidência pré-determinada para aquele suposto fato gerador.

A não-incidência pode ser diferenciada da imunidade e da isenção, na medida em que estas são formas de exclusão ou redução do montante da obrigação tributária, enquanto aquela se trata simplesmente da ausência de previsão da respectiva hipótese de incidência.

Nesse sentido é o entendimento do Professor Hugo de Brito Machado Segundo<sup>16</sup>:

“Já a não incidência abrange todas aquelas situações não descritas na lei como sendo tributadas. Trata-se de mera decorrência lógica da enumeração legal das hipóteses de incidência: por exclusão, o que não está legalmente indicado como sendo tributável configura uma hipótese de não incidência. Se a hipótese de incidência do IPVA é a propriedade de veículos automotores, logicamente a propriedade de computadores, de brinquedos, ou mesmo de veículos de propulsão humana (bicicletas) ou animal (carroças) é hipótese de não incidência desse imposto.”

Desse modo, tem-se que a distinção entre imunidade, isenção e não-incidência está centrada na hierarquia normativa, já que através da verificação do status da norma que embasa a ausência da tributação na hipótese em análise.

No presente caso, discute-se uma hipótese de isenção, uma vez que todo o debate envolve dispositivos da legislação infraconstitucional, tais como a Lei nº 8.668/1993 e a Lei nº 11.033/2004.

#### **4.1. A LEGALIDADE DA ISENÇÃO DE IRRF SOBRE OS GANHOS AUFERIDOS PELOS FOF NA ALIENAÇÃO DE COTAS DE OUTROS FUNDOS IMOBILIÁRIOS**

Inicialmente, destaca-se que o artigo 16-A da Lei nº 8.668/93 determina que os lucros e os ganhos obtidos pelos FII em investimentos financeiros estão sujeitos à tributação do Imposto de Renda na fonte:

Art. 16-A. Os rendimentos e ganhos líquidos auferidos pelos Fundos de Investimento Imobiliário, em aplicações financeiras de renda fixa ou de renda variável, sujeitam-se à incidência do imposto de renda na fonte, observadas as mesmas normas aplicáveis às pessoas jurídicas submetidas a esta forma de tributação. (Incluído pela Lei nº 9.779, de 19.1.1999)

Contudo, conforme o parágrafo 1º do artigo 16-A da Lei nº 8.668/93, o Imposto de Renda retido na fonte não pode ser cobrado sobre aplicações financeiras realizadas pelo FII nos ativos indicados pelos incisos II e III do artigo 3º da Lei nº 11.033/04:

---

<sup>16</sup> MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Manual de Direito Tributário*. São Paulo: Atlas, 2018, p. 87.

Art. 16-A. (...)

§ 1º Não estão sujeitas à incidência do imposto de renda na fonte prevista no caput as aplicações efetuadas pelos Fundos de Investimento Imobiliário nos ativos de que tratam os incisos II e III do art. 3º da Lei nº 11.033, de 21 de dezembro de 2004. (Incluído pela Lei nº 12.024, de 2009)

Portanto, não há tributação sobre os rendimentos e ganhos obtidos em investimentos realizados em tais ativos, conforme estabelecido no referido parágrafo.

Vale ressaltar que os incisos II e III do artigo 3º da Lei nº 11.033/04 indicam letras hipotecárias, certificados de recebíveis imobiliários, letras de crédito imobiliário e Fundos de Investimento Imobiliário cujas cotas sejam negociadas exclusivamente em bolsas de valores ou no mercado de balcão organizado (conhecidos como "FII listado"):

Lei nº 11.033/04

“Art. 3º Ficam isentos do imposto de renda: (Produção de efeito)

(...)

II - na fonte e na declaração de ajuste anual das pessoas físicas, a remuneração produzida por letras hipotecárias, certificados de recebíveis imobiliários e letras de crédito imobiliário.

III - na fonte e na declaração de ajuste anual das pessoas físicas, os rendimentos distribuídos pelos Fundos de Investimento Imobiliários cujas quotas sejam admitidas à negociação exclusivamente em bolsas de valores ou no mercado de balcão organizado. (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)”

Ou seja, o artigo 16-A da Lei nº 8.668/93 estabelece uma regra e uma exceção. De acordo com o caput, a regra é a incidência de IR-Fonte sobre os rendimentos e ganhos líquidos obtidos pelo FII em aplicações financeiras.

Porém, o §1º estabelece a exceção, isentando de IR-Fonte os rendimentos e ganhos líquidos auferidos pelo FII que invista em FII listado.

Portanto, ao analisar o §1º do art. 16-A da Lei nº 8.668/93 em conjunto com os incisos II e III do art. 3º da Lei nº 11.033/04, conclui-se que as aplicações realizadas pelo FII nos ativos mencionados nos incisos II e III do artigo 3º da Lei nº 11.033/04.

Ou seja, em letras hipotecárias, certificados de recebíveis imobiliários e letras de crédito imobiliário (referidos no inciso II), e em cotas de FII negociadas exclusivamente em bolsas de valores ou no mercado de balcão organizado (referidos no inciso III), não estão sujeitas à retenção de IR, conforme previsto no §1º do art. 16-A da Lei nº 8.668/93.

Em outras palavras, de acordo com as disposições claras do §1º do art. 16-A da Lei nº 8.668/93 em conjunto com o art. 3º, III da Lei nº 11.033/04, os rendimentos e ganhos líquidos gerados por um FII cujas cotas são negociadas exclusivamente em bolsas de valores ou no mercado de balcão não serão sujeitos à retenção do IR-Fonte quando o beneficiário desses rendimentos for outro FII.

Ou seja, quando se trata dos rendimentos obtidos com a venda de cotas de outros FIIs, a classificação seria feita conforme a exceção estabelecida no §1º do artigo 16-A da Lei nº

8.668/93, que estipula que o IR-Fonte sobre as aplicações financeiras não incidirá sobre as aplicações realizadas pelo FII nos ativos mencionados nos incisos II e III do artigo 3º da Lei nº 11.033/04.

Tanto é verdade que a Receita Federal do Brasil ("RFB"), ao examinar a disposição do artigo 16-A da Lei nº 8.668/93, admitiu que a remissão abrange ganhos líquidos, e assim, a própria RFB, por meio da Solução de Consulta Cosit nº 181/14, reconhece que a remissão deve abranger os casos em que o sujeito passivo é um FII, uma vez que o §1º estabelece a exceção, que prevê a isenção de IR-Fonte sobre rendimentos e ganhos líquidos obtidos pelo FII Investidor que investe em um FII listado.

Em outras palavras, se aplicarmos literalmente a disposição do artigo 16-A da Lei nº 8.668/93, conclui-se que não há obrigação legal do pagamento de IRRF sobre os ganhos obtidos, ou a serem obtidos, com a venda de cotas de outros FIIs, o que evidencia o direito reivindicado.

Portanto, os investimentos feitos pelos Fundos de Investimento Imobiliário em tais ativos - letras hipotecárias, certificados de recebíveis imobiliários, letras de crédito imobiliário e quotas de Fundo de Investimento Imobiliário - não estão sujeitos à incidência do IRRF.

Assim, fica claro que, com base no §1º do artigo 16-A da Lei nº 8.668/93 e na Solução de Consulta Cosit nº 181/14, existe possibilidade jurídica de não pagar IRRF sobre os ganhos obtidos, ou a serem obtidos, com a venda de cotas de outros FIIs.

#### **4.2. A LEGALIDADE DA ISENÇÃO DE IMPOSTO DE RENDA SOBRE OS GANHOS AUFERIDOS PELOS FoF NA ALIENAÇÃO DE COTAS DE OUTROS FUNDOS IMOBILIÁRIOS**

Com relação ao Imposto de Renda, a Lei nº 8.668/93 determinou sua isenção para as operações "ordinárias" (a exemplo da venda de quotas e ativos e o recebimento de rendimentos), de acordo com o que se inscreve no artigo 16 desta lei:

Art. 16. Os rendimentos e ganhos de capital auferidos pelos Fundos de Investimento Imobiliário ficam isentos do Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro, assim como do Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza

A regra em questão determinou a tributação dos quotistas, tanto na alocação da porcentagem de quotas por quotista, quanto na venda delas, nos conformes dos artigos 17 e 18 da Lei nº 8.668/93):

Art. 17. Os rendimentos e ganhos de capital distribuídos pelos Fundos de Investimento Imobiliário, sob qualquer forma e qualquer que seja o beneficiário, sujeitam-se à incidência do imposto de renda na fonte, à alíquota de 25%.

Parágrafo único. Os rendimentos e ganhos de capital distribuídos a investidores residentes ou domiciliados no exterior sujeitam-se à incidência do imposto sobre a renda, nos termos da legislação aplicável a essa classe de contribuintes.

Art. 18. O rendimento auferido por pessoas físicas ou pessoas jurídicas não tributadas com base no lucro real, inclusive isentas, decorrente da alienação de quotas ou da liquidação de Fundo de Investimento imobiliário, sujeita-se à incidência do imposto sobre a renda, à mesma alíquota prevista para a tributação de rendimentos obtidos na alienação ou resgate de quotas de Fundos Mútuos de Ações.

§ 1º A base de cálculo do imposto é constituída pela diferença positiva entre o valor de cessão das quotas ou de liquidação de investimento e o custo médio de aquisição da quota, atualizado de acordo com a variação do valor da Ufir diária da data de aquisição das quotas até a conversão das quotas em cruzeiros.

§ 2º O rendimento auferido por investidores residentes ou domiciliados no exterior sujeita-se à incidência de imposto sobre a renda, nos termos da legislação aplicável a essa classe de contribuintes.

§ 3º É vedada a compensação do prejuízo havido em uma operação de cessão de quotas ou de liquidação do investimento com lucro obtido em outra, da mesma ou de diferente espécie.”

Destarte, na medida em que o artigo 16 da Lei nº 8.668/1993 isenta do Imposto de Renda os rendimentos auferidos pelos FIIs, os artigos 17 e 18 da mesma lei definiram a tributação de lucros remetidos pelos FIIs a qualquer beneficiário e dos ganhos derivados da negociação das quotas deles pelos quotistas.

É importante salientar que, no tempo em que a lei foi editada, não se levava em conta tributar os resultados das vendas de quotas de outros FIIs, já que, naquele momento, essa alternativa não era possível.

Naquela época, os fundos imobiliários só conseguiam comprar bem imóveis ou projetos de bens imóveis futuros, assim como aportar em fundos de aplicação financeira, quotas de fundos de renda fixa e títulos de renda fixa.

Somente em 1999, com a inserção do artigo 16-A na Lei nº 8.668/1993, que conferiu um tratamento fiscal diferenciado para a parte dos ativos pertencentes ao FII parcela da carteira de ativos dos FIIs que não estivesse diretamente relacionada ao investimento em imóveis (investimentos "não operacionais").

De acordo com esse dispositivo, os rendimentos e ganhos líquidos obtidos pelos FIIs em aplicações financeiras de renda fixa ou variável passaram a estar sujeitos à incidência de Imposto de Renda na Fonte.

Desse modo, foi abordada apenas a modalidade de Imposto de Renda na Fonte e não o Imposto de Renda propriamente dito dos FIIs, uma vez que este já estava devidamente regulado no artigo 16, caput, que previu a isenção dos rendimentos e ganhos de capital auferidos pelos Fundos de Investimento Imobiliário em relação ao Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza.

Em outras palavras, o artigo 16-A criou uma exceção à regra: na medida em que as aplicações ordinárias ou operacionais dos fundos imobiliários estariam isentas do imposto de renda, nos termos do artigo 16 da Lei nº 8.668/93, outros rendimentos, como aqueles provenientes de aplicações financeiras em renda fixa ou variável se submeteriam ao IRRF.

No entanto, é importante ressaltar que, mesmo nessa exceção, o parágrafo único do mesmo artigo previa a possibilidade de compensação desse IRRF com o imposto recolhido quando na distribuição para os quotistas, a fim de evitar a dupla tributação.

Adicionalmente, a Lei nº 9.779/99 realizou modificações na redação dos artigos 18 e 19 da Lei nº 8.668/93, os quais permanecem inalterados até o presente momento:

“Art. 18. Os ganhos de capital e rendimentos auferidos na alienação ou no resgate de quotas dos fundos de investimento imobiliário, por qualquer beneficiário, inclusive por pessoa jurídica isenta, sujeitam-se à incidência do imposto de renda à alíquota de vinte por cento:

I - na fonte, no caso de resgate;

II - às mesmas normas aplicáveis aos ganhos de capital ou ganhos líquidos auferidos em operações de renda variável, nos demais casos.

Art. 19. O imposto de que tratam os arts. 17 e 18 será considerado:

I - antecipação do devido na declaração, no caso de beneficiário pessoa jurídica tributada com base no lucro real, presumido ou arbitrado;

II - tributação exclusiva, nos demais casos.”

Com a alteração promovida pela Lei nº 9.779/1999, o artigo 18 da Lei nº 8.668/1993 passou a incluir a expressão "qualquer beneficiário". No entanto, na época, não estava prevista a tributação dos ganhos decorrentes da alienação de quotas de outros FIIs, uma vez que essa operação ainda não era permitida.

Em outras palavras, exceto nos casos em que o fundo imobiliário servisse como uma empresa imobiliária legítima e nas aplicações financeiras em renda fixa ou variável (consideradas investimentos não relacionados ao setor imobiliário), a função dos artigos 16 e 18 naquela época objetivava manter a isenção dos rendimentos e ganhos de capital auferidos pelos fundos imobiliários, concentrando a tributação nos cotistas em relação a eventuais ganhos de capital e rendimentos.

Somente em 2008, a CVM, no cumprimento de sua função regulatória, editou a Instrução CVM nº 472/2008, que passou a permitir que os FIIs realizassem investimentos regulares em papéis imobiliários, incluindo quotas de outros FIIs:

Art. 45. A participação do fundo em empreendimentos imobiliários poderá se dar por meio da aquisição dos seguintes ativos:

VI – cotas de outros FII

Logo, apenas com a publicação da Instrução CVM nº 472/2008, especificamente em seu artigo 45, os fundos imobiliários passaram a ter permissão para investir em papéis imobiliários.

Dadas as circunstâncias da época, de acordo com o artigo 16-A da Lei nº 8.668/1993, incidiria IRRF sobre esses ativos por serem considerados aplicações financeiras de renda fixa ou renda variável.

Porém, como a função do artigo 16-A era evitar que os fundos imobiliários fossem meros receptáculos de investimentos fora do mercado imobiliário, então não haveria razão para que ele englobasse investimentos em CRIs, LHs, LCIs e quotas de outros FIIs, como mencionado no caput do art. 45 da mesma lei, que considera tais aplicações como formas de participação do fundo em empreendimentos imobiliários, direta ou indiretamente.

Em decorrência dessa nova realidade, foi necessário estabelecer um tratamento tributário para essa nova classe de ativos. Nesse sentido, a Lei nº 12.024/2009 foi editada, incluindo o §1º no artigo 16-A e trazendo uma exceção à hipótese prevista nesse artigo.

Conforme esse artigo, a retenção de IRRF sobre os ganhos auferidos em aplicações financeiras de renda fixa ou renda variável (consideradas "não operacionais") não se aplica aos investimentos realizados nos ativos mencionados nos incisos II e III do artigo 3º da Lei nº 11.033/2004:

Art. 3º Ficam isentos do imposto de renda: (...)

II - na fonte e na declaração de ajuste anual das pessoas físicas, a remuneração produzida por letras hipotecárias, certificados de recebíveis imobiliários e letras de crédito imobiliário.

III - na fonte e na declaração de ajuste anual das pessoas físicas, os rendimentos distribuídos pelos Fundos de Investimento Imobiliário e pelos Fundos de Investimento nas Cadeias Produtivas Agroindustriais (Fiagro) cujas cotas sejam admitidas à negociação exclusivamente em bolsas de valores ou no mercado de balcão organizado;

É possível observar que a norma estabelecida no parágrafo primeiro do artigo 16-A trata da não incidência do Imposto de Renda Retido na Fonte (IRRF) em aplicações financeiras relacionadas ao mercado imobiliário ("operacionais"), tais como Letras Hipotecárias (LH), Certificados de Recebíveis Imobiliários (CRI) e Letras de Crédito Imobiliário (LCI) (inciso II), e Fundos de Investimento Imobiliários (FIIs) cujas quotas sejam negociadas em bolsas de valores ou mercado de balcão organizado, conhecidos como "FIIs Listados" (inciso III).

Por meio do parágrafo primeiro ao artigo 16-A pela Lei nº 8.668/1993, retirou-se a cobrança de IRRF sobre as aplicações em quotas de outros fundos imobiliários negociados em bolsa.

Isso representa uma exceção dentro de uma exceção na tributação dos ganhos dos fundos imobiliários, que, em sua regra geral, são isentos do Imposto de Renda no nível do veículo (Fundo), conforme estabelecido pelo artigo 16 da Lei nº 8.668/1993.

Portanto, a “nova” disposição tributária sobre isso afirmou que os ganhos provenientes da venda de papéis e títulos imobiliários possuem são tratados pelo Fisco do mesmo modo que os ganhos e rendimentos de imóveis, seguindo a regra geral aplicada aos rendimentos dos FIIs, ou seja, são isentos tanto do Imposto de Renda (artigo 16) quanto do Imposto de Renda Retido na Fonte (parágrafo primeiro do artigo 16-A).

Assim, fica demonstrado que o parágrafo primeiro do artigo 16-A é simplesmente uma "exceção da exceção" no tratamento tributário dado aos ganhos auferidos pelos fundos imobiliários.

Por essa razão, nas disposições tributárias referentes aos ganhos auferidos pelos fundos imobiliários, os rendimentos recebidos pelas receitas decorrentes de investimentos diretos ou indiretos no mercado imobiliário estão isentos do Imposto de Renda (IR), conforme estabelecido pelo artigo 16 da Lei nº 8.668/93.

Apesar disso, outros tipos de aportes realizados fora do mercado imobiliário, a exemplo de renda fixa ou renda variável, continuam sofrendo incidência do Imposto de Renda na Fonte (IRRF), por força do artigo 16-A.

Desse modo, as alterações na lei objetivaram equilibrar a tributação dos fundos imobiliários, protegendo o investidor da dupla tributação, ao retirar a tributação dos fundos imobiliários que operarem conforme sua função específica, qual seja, a captação de recursos no mercado financeiro e de capitais, concentrando a carga tributária nos quotistas, de acordo com o que prescrevem os artigos 17 e 18 da Lei nº 8.668/93.

De acordo com o que consta nesse artigo 17 dessa mesma lei, quando há distribuição de rendimentos e ganhos líquidos aos beneficiários (quotistas), deve ocorrer a retenção do Imposto de Renda na Fonte.

Contudo, a partir da Lei nº 11.033/2004, determinou-se a isenção sobre as pessoas físicas que cumprissem os requisitos presentes em seu artigo 3º (quando há pulverização das quotas).

Em oposição a isso, aqueles que detém cotas dos fundos imobiliários podem ganhar dinheiro com a venda de suas cotas. No que concerne a essa operação feita pelo cotista, o artigo 18 determina a cobrança de Imposto de Renda na fonte, nos casos de resgate, ou de acordo com as regras aplicáveis às operações de renda variável, no caso de venda das quotas:

Art. 18. Os ganhos de capital e rendimentos auferidos na alienação ou no resgate de cotas dos fundos de investimento imobiliário, por qualquer beneficiário, inclusive por pessoa jurídica isenta, sujeitam-se à incidência do imposto de renda à alíquota de vinte por cento:  
I - na fonte, no caso de resgate;

II - às mesmas normas aplicáveis aos ganhos de capital ou ganhos líquidos auferidos em operações de renda variável, nos demais casos. (Incluído pela Lei 9.779/99)

Assim como foi exposto acima, o artigo 18 prescreve a cobrança de Imposto de Renda sobre ganhos de capital e rendimentos auferidos via venda de cotas de fundos imobiliários, aplicável a qualquer beneficiário.

De outra maneira, o artigo 16 dessa mesma lei determina a ausência de cobrança do Imposto de Renda sobre os rendimentos e ganhos de capital adquiridos pelos fundos imobiliários.

É correto que o artigo 18 seja invocado na hipótese de pessoa física ou jurídica ter ganhos de capital e rendimentos na venda de quotas de fundos imobiliários, da mesma forma que o artigo 16 fundamenta a isenção na situação em que um fundo imobiliário ganha dinheiro com aluguel e com a venda de imóveis.

Contudo, a Receita Federal, por exemplo, afirma que existe um choque interpretativo entre os artigos 16 e 18 da Lei nº 8.668/93. Ele se faz presente nas hipóteses em que um fundo imobiliário auferir ganhos a partir da venda de cotas de outros fundos imobiliários.

Nessas ocasiões, o artigo 18 poderia ser invocado em razão do conteúdo da venda ser as cotas do fundo, e o artigo 16 incidiria em decorrência de o sujeito ser um fundo imobiliário. Desse modo, cabe a aplicação desses dois artigos, apesar de exibirem uma produção de efeitos oposta no caso concreto.

Embora haja essa contradição entre os artigos, é evidente que, ainda que um fundo imobiliário aufera ganhos com a venda de cotas de outro fundo imobiliário, vale destacar que o fundo investidor não deve ser tratado como um contribuinte qualquer, de maneira que seja tributado conforme o artigo 18, ao invés do artigo 16 da Lei nº 8.668/93.

Logo, ainda que haja choque entre os artigos 16 e 18 da Lei nº 8.668/93, haverá a prevalência das disposições do artigo 16, o que se conclui a partir da aplicação dos critérios tradicionais de análise de antinomias.

Inicialmente, a partir do critério da especialidade, tem-se que a regra mais específica prevalece sobre uma regra mais universal ou prevalece sobre parte de uma norma geral. Pela análise do caso em comento, verifica-se que as disposições do artigo 16 se mostram muito mais específicas do que aquelas do artigo 18.

Essa afirmativa é correta, já que, conforme foi explicado antes, a lei distinguiu duas tributações diferentes a serem adotadas com base nos tipos de ganhos sujeitos à incidência de tributos.

Quanto ao tipo de renda auferida, destaca-se que os artigos 16 e 16-A versam sobre ganhos auferidos pelos Fundos de Investimento Imobiliário, já os artigos 17 e 18 falam sobre

rendimentos ganhos, por intermédio de fundos imobiliários, por "qualquer beneficiário, inclusive pessoa jurídica isenta".

Portanto, invocar o artigo 18 para o presente caso como forma de tributação dos fundos imobiliários, já que a lei regula especificamente os ganhos auferidos por fundos imobiliários nos artigos 16 e 16-A.

Por isso, as disposições tributárias firmadas pela Lei nº 8.668/93 nos artigos 16 e 18 se distinguem a partir do tipo de renda tributada. No presente caso, faz-se referência à cobrança de imposto de renda sobre ganhos auferidos pela venda das cotas de um fundo para outro fundo imobiliário, quais sejam, as receitas ganhas pelos fundos imobiliários.

Nessa hipótese, é necessário que seja invocado o artigo 16 da Lei nº 8.668, já que o imposto não pode ser cobrado na esfera do fundo imobiliário como veículo de investimento, no próprio FII, porém na esfera do cotista, de modo semelhante às demais espécies de fundos de investimento.

Conforme o Parecer de ID nº 52168681, convém citar o entendimento do ilustríssimo Professor Tercio Sampaio Ferraz Júnior, no que tange ao entendimento da regra que assevera que se tem uma "norma de obrigação de omissão", garantindo ao sujeito da regra a prerrogativa de pleitear a isenção, o que resulta em uma permissão geral no panorama das operações dos fundos imobiliários.

É importante reiterar a afirmativa do Parecerista de que a regra do caput do art. 16 é muito mais específica do que a do art. 18 no que se refere ao assunto em comento e, dessa forma, deve prevalecer como regra específica em relação às normas gerais.

No que concerne ao art. 18 da Lei nº 8.668/93 no panorama da hipótese em comento, o Professor Tercio afasta a possibilidade de caracterizar o fundo como "qualquer beneficiário", em razão de sua serventia específica de fundo investidor.

Isso decorre do fato de que "um fundo, mesmo quando, estruturalmente, assume o papel de um cotista dentro de outro fundo, jamais se confunde com qualquer beneficiário, uma vez que, por sua função, não perde sua condição instrumental."

Tem-se que a especialidade determinada pela lei foi a intenção particular dos ganhos obtidos. No caso de ser obtido por fundo imobiliário, aplica-se a disposição específica contida no artigo 16, mas se for obtido por qualquer outro beneficiário, aplica-se a disposição genérica do artigo 18.

Destarte, o artigo 16 da Lei nº 8.668/93 se sobrepõe ao artigo 18 da mesma lei, o que justifica o fato de os fundos de investimento imobiliários não podem ser cobrados a título de imposto de renda sobre as receitas auferidas pela venda de cotas de outros fundos imobiliários.

De outra forma, o choque interpretativo é dirimido pelo fato de que o critério especial determinado pela lei é justamente o propósito pessoal dos ganhos obtidos.

Na presente hipótese, que faz referência à tributação dos ganhos obtidos pelos fundos imobiliários na venda de cotas de outros fundos imobiliários, é necessário aplicar a disposição específica do artigo 16.

Já sob a ótica do critério cronológico, deveria-se considerar não se poder dirimir a controvérsia, já que os artigos 16 e 18 da Lei nº 8.668/93 foram introduzidos na legislação brasileira.

Contudo, é relevante salientar o acréscimo do parágrafo 1º no artigo 16-A da Lei nº 8.668/93, o qual menciona expressamente a isenção dos ganhos advindos da venda de cotas dos fundos imobiliários.

Desse modo, é preciso considerar esse retrospecto da lei, que possibilitou que esses fundos investissem em papéis imobiliários, assim como em outros fundos imobiliários (Instrução CVM 472/2008). Para consolidar isso, foi aprovada a Lei nº 12.024/2009, alterando a Lei nº 8.668/93, e determinou essa forma de tributação nessa hipótese.

De acordo com o que foi citado antes, mediante a Lei nº 9.779 de 1999, foram incluídas novas normas: (i) a tributação das receitas financeiras "não operacionais" obtidas pelo FII e (ii) a tributação do ganho de capital na venda das quotas de FII por qualquer beneficiário.

Só em 2009, pela Lei nº 12.024, foi inserida a isenção da referida receita na venda das cotas, porém somente para os fundos imobiliários.

Justamente pelo fato de que, já que anteriormente a 2009 os fundos imobiliários não podiam investir em ativos imobiliários, considerando também cotas de outros fundos imobiliários, não existia porque de criar disposições tributárias na lei para a referida situação.

A regulação de sua tributação só foi concretizada depois da permissão da CVM em 2008, por meio de sua Instrução nº 472/2008, de modo que esses fundos pudessem investir em ativos imobiliários.

Nessa perspectiva, levando em conta que o artigo 16 da Lei nº 8.668/93 determinava a isenção de ganhos adquiridos pelos fundos imobiliários, a lei introduziu novas disposições como exceções à regra geral a partir do artigo 16-A e do seu §1º.

É necessário verificar que a lei, posteriormente, declarou que a regra geral é a que consta no artigo 16, já que incluiu a norma isentiva do IRRF no ordenamento jurídico dedicado às disposições tributárias dos ganhos obtidos pelos fundos imobiliários

Caso o poder legislativo tivesse determinado que a regra geral fosse a norma inscrita no artigo 18, teria colocado alguma norma de exclusão logo depois do artigo 18, como um "art. 18-A" e não um art. 16-A.

Desse modo, pode-se concluir que a invocação do art. 16, caput, da Lei nº 8.663/93 sobre os ganhos auferidos por fundos imobiliários na venda de cotas de outros fundos imobiliários é o correto a se fazer.

Novamente, é notória a intenção da legislação tributária em prezar o fundo como veículo, ao passo que tributa aqueles que ganham os rendimentos repartidos pelos fundos imobiliários, no caso, os cotistas.

Em razão disso, não deve haver cobrança de Imposto de Renda, conforme o artigo 16 e Imposto de Renda Retido na Fonte, conforme o artigo 16-A, §1º, ambos da Lei nº 8.668/1993, na esfera do fundo, devendo haver a cobrança diretamente sobre o cotista nível do cotista, de acordo com os artigos 17 e 18.

Finalmente, destaca-se que as isenções inscritas nos artigos 16 e 16-A, §1º da Lei nº 8.668/93 não contrariam o artigo 111, II do CTN.

Sob essa ótica, é preciso compreender o panorama da inserção do artigo 111, inciso II no Código Tributário Nacional, que prescreve o seguinte:

“Art. 111. Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre: (...)  
II - outorga de isenção;”

Essa dispensa de tributação não é uma exceção ao sistema, mas uma configuração da situação tributária, cujo propósito é evitar o aumento excessivo da carga tributária em atendimento aos princípios da capacidade contributiva e da vedação ao confisco.

Além disso, é sabido que o art. 111 do CTN não impede a aplicação de outros elementos de interpretação, tais como o finalístico, o sistêmico e o histórico. Isso atesta que não se pode usar o referido dispositivo sempre sob a hipótese restritiva, visto que ela nunca contempla sempre o real sentido da norma.

Tanto é verdade, que o STJ já se posicionou nesse sentido, conforme ementa do julgamento do Recurso Especial nº 411.704/SC<sup>17</sup>, cujo teor é amplamente reiterado em julgados mais recentes:

---

<sup>17</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 411.704/SC. Relator: João Otávio de Noronha – Segunda Turma. DJ: 07/04/2003. Disponível em [https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=398381&num\\_registro=200200155040&data=20030407&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=398381&num_registro=200200155040&data=20030407&formato=PDF). Acesso em 15 jun. 2023.

ADMINISTRATIVO. TRIBUTÁRIO. APOSENTADORIA VOLUNTÁRIA. MOLÉSTIA GRAVE. CARDIOPATIA. ISENÇÃO DO IMPOSTO DE RENDA. CTN ART. 111-II.

(...)

**2. A regra insculpida no art. 111 do CTN, na medida em que a interpretação literal se mostra insuficiente para revelar o verdadeiro significado das normas tributárias, não pode levar o aplicador do direito à absurda conclusão de que esteja ele impedido, no seu mister de interpretar e aplicar as normas de direito, de se valer de uma equilibrada ponderação dos elementos lógico-sistemático, histórico e finalístico ou teleológico que integram a moderna metodologia de interpretação das normas jurídicas.**

(...)

5. Recurso a que se nega provimento.

E, é fato que, mesmo considerando aplicável o mencionado artigo do CTN, a redação clara do art. 16 da Lei nº 8.668/1993 isenta expressamente os rendimentos e ganhos de capital obtidos por FIIs.

Dessa maneira, cobrar imposto de renda dos fundos imobiliários, mesmo que eles exerçam o seu propósito próprio de servirem como instrumento de captação de recursos no mercado financeiro e de capitais, quando eles vendem cotas de outros fundos imobiliários significa contrariar a isenção prevista na literalidade do art. 16.

Além disso, é errado considerar que há aplicação restritiva da expressão do art. 18 da Lei nº 8.668/1993, com destaque para a sua expressão “qualquer beneficiário”.

Tal fato se justifica em razão de, como o art. 111 do CTN demanda uma leitura restritiva de normas que outorgam isenção, logo o art. 16 da Lei nº 8.668/1993 deve ser interpretado restritivamente. Contudo, tal artigo é enfático na inclusão de todos os tipos de ganhos e rendimentos obtidos por FII.

Por isso, é indispensável declarar que a interpretação correta das regras permite concluir que prevalece a isenção de Imposto de Renda sobre os ganhos obtidos por um fundo de investimento imobiliário na venda de quotas de outro fundo imobiliário, conforme o artigo 16 da Lei nº 8.668/1993.

## **5. OS POSICIONAMENTOS DA RECEITA FEDERAL E DO PODER JUDICIÁRIO SOBRE A TESE**

No âmbito da prática jurídica, o debate sobre a cobrança de IRRF e imposto de renda na operação de venda de cotas de um fundo imobiliário por outro fundo imobiliário gera algumas controvérsias em várias esferas.

Nessa perspectiva, a Receita Federal e o Poder Judiciário apresentam têm se posicionado sobre a questão. Logo, crê-se que uma análise desses posicionamentos pode facilitar a compreensão geral da tese e a dimensão da relação tributária nestas operações.

Verifica-se, portanto, que é conveniente explorar os principais pontos defendidos por esses entes no que concerne aos impostos cobrados sobre os ganhos auferidos na venda de cotas de fundos imobiliários por outros fundos imobiliários.

Como já foi exaustivamente exposto, a complexidade desse tema decorre da interação entre diversos dispositivos legais, como a Lei nº 8.668/1993, dentre os quais se destacam os seus artigos 16, 16-A e 18, que dispõem sobre a incidência do imposto de renda para fundos imobiliários.

Diante dessa complexidade, a Receita Federal tem se posicionado de forma cautelosa em relação à questão da incidência de impostos sobre a venda de cotas de fundos imobiliários por outros fundos imobiliários.

Em suas discussões, a Receita vem sendo coerente com os argumentos ora apresentados e dispensando o pagamento de Imposto de Renda Retido na Fonte sobre os ganhos auferidos nessas operações, mas defendendo de modo duvidoso a cobrança do imposto de renda sobre a mesma operação.

De forma contraditória, o Poder Judiciário tem adotado uma postura mais agressiva em relação ao tema. Algumas decisões judiciais têm entendido que tanto a cobrança de IRRF quanto de imposto de renda sobre a venda de cotas de fundos imobiliários por outros fundos imobiliários é devida.

Apesar das leves diferenças de entendimento entre a Receita Federal e o Poder Judiciário, é importante ressaltar que a análise da incidência do imposto de renda sobre a venda de cotas de fundos imobiliários por outros fundos imobiliários deve levar em conta as particularidades de cada caso concreto.

Isso porque, embora existam normas gerais que regulamentam a tributação dessas operações, a interpretação dessas normas pode variar de acordo com as circunstâncias específicas de cada caso.

Por isso, para facilitar a análise, decidiu-se tomar como material de estudo a Solução de Consulta COSIT nº 181/2014, da Receita Federal, e as sentenças proferidas nos processos nº 5005956-56.2019.4.03.6100 e 5025163-07.2020.4.03.6100, os quais estão em curso na Justiça Federal de São Paulo e ilustram a discussão da referida tese com maestria.

## **5.1 O PARCIAL ACERTO DA RECEITA FEDERAL POR MEIO DA SOLUÇÃO DE CONSULTA Nº 181 - COSIT, DE 25 DE JUNHO DE 2014**

No referido ato decisório administrativo, a Receita Federal do Brasil é questionada se a regra de isenção estabelecida pelo artigo 16-A, § 1º da Lei nº 8.668/1993 se aplica, indistintamente, tanto aos rendimentos produzidos e distribuídos pelas Cotas FII Adquiridas como aos ganhos líquidos decorrentes da alienação das Cotas FII Adquiridas (admitidas à negociação exclusivamente nos mercados de bolsa de valores ou balcão organizado), ambos auferidos pelas carteiras dos FIIs.

Para fundamentar seu posicionamento, a Receita afirma, corretamente, que não deve haver incidência do imposto de renda na fonte, justamente em razão da interpretação guiada pela leitura conjunta dos artigos 16-A, §1º da Lei nº 8.668/1993 e 3º, inciso III da Lei nº 11.033/2004:

Lei nº 8.668, de 1993:

Art. 16-A. Os rendimentos e ganhos líquidos auferidos pelos Fundos de Investimento Imobiliário, em aplicações financeiras de renda fixa ou de renda variável, sujeitam-se à incidência do imposto de renda na fonte, observadas as mesmas normas aplicáveis às pessoas jurídicas submetidas a esta forma de tributação. (Artigo incluído pela Lei nº 9.779, de 19.1.1999)

§ 1º Não estão sujeitas à incidência do imposto de renda na fonte prevista no caput as aplicações efetuadas pelos Fundos de Investimento Imobiliário nos ativos de que tratam os incisos II e III do art. 3º da Lei nº 11.033, de 21 de dezembro de 2004. (Incluído pela Lei nº 12.024, de 27 de agosto de 2009)

Lei nº 11.033, de 2004:

Art. 3º Ficam isentos do imposto de renda:

(...)

II - na fonte e na declaração de ajuste anual das pessoas físicas, a remuneração produzida por letras hipotecárias, certificados de recebíveis imobiliários e letras de crédito imobiliário.

III - na fonte e na declaração de ajuste anual das pessoas físicas, os rendimentos distribuídos pelos Fundos de Investimento Imobiliários cujas quotas sejam admitidas à negociação exclusivamente em bolsas de valores ou no mercado de balcão organizado;

Isso ocorre porque, embora o início do artigo 16-A da Lei nº 8.668, de 1993 imponha a retenção do imposto de renda na fonte sobre os lucros e os ganhos líquidos obtidos pelo fundo investidor, o § 1º deste artigo, no entanto, isenta as aplicações feitas nos ativos mencionados nos incisos II e III do artigo 3º da Lei nº 11.033, que incluem os fundos imobiliários.

No entanto, ele realiza uma generalização equivocada quanto à cobrança de imposto de renda sobre o próprio fundo imobiliário, já que não analisa completamente os dispositivos legais que regem a matéria como um todo.

Na sua argumentação, a Receita Federal apenas faz referência ao artigo 18 da Lei nº 8.668/1993, que meramente apresenta duas formas diferentes de cobrança do imposto de renda na venda ou no resgate de quotas de fundos imobiliários.

Segundo o referido artigo, no caso do resgate, a cobrança ocorre na fonte (inciso I), enquanto que para os demais casos seguem-se "as mesmas regras aplicáveis aos lucros de capital ou ganhos líquidos obtidos em transações de renda variável" (inciso II):

Art. 18. Os ganhos de capital e rendimentos auferidos na alienação ou no resgate de quotas dos fundos de investimento imobiliário, por qualquer beneficiário, inclusive por pessoa jurídica isenta, sujeitam-se à incidência do imposto de renda à alíquota de vinte por cento:

I - na fonte, no caso de resgate;

II - às mesmas normas aplicáveis aos ganhos de capital ou ganhos líquidos auferidos em operações de renda variável, nos demais casos.

Contudo, considerar apenas esse dispositivo põe em xeque a credibilidade do posicionamento do Fisco, que, apesar de acertar quanto à questão do imposto de renda retido na fonte, peca no posicionamento quanto ao imposto de renda cobrado sobre o fundo.

Isso pode ser constatado em razão da ausência de qualquer menção, na consulta, do artigo 16 da Lei nº 8.668/1993, o qual traz expressamente a norma isentiva que é crucial para o debate sobre o seu choque normativo com o artigo 18 da mesma lei:

Art. 16. Os rendimentos e ganhos de capital auferidos pelos Fundos de Investimento Imobiliário ficam isentos do Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro, assim como do Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza.

Veja-se que esse artigo exige expressa e claramente os fundos imobiliários da cobrança do imposto de renda sobre os rendimentos e ganhos de capital auferidos por eles e, por isso, não deveria estar de fora de qualquer fundamentação ou debate acerca dessa matéria.

Talvez seja justamente pelo fato de que, conforme explicado anteriormente, o choque interpretativo entre o art. 16 e o art. 18 da Lei nº 8.668/1993 é dirimido pelos critérios tradicionais de interpretação de antinomias, os quais determinam que a isenção deve prevalecer.

Dá a total ausência de menção desse artigo por parte do Fisco, na consulta, tendo em vista que ele vira o jogo a favor do contribuinte e, por consequência, reduziria significativamente a sua arrecadação.

Por fim, fica claro que quanto à questão do imposto de renda retido na fonte, a Receita Federal age corretamente pelo reconhecimento da isenção, mas peca ao omitir o artigo 16 da Lei nº 8.668/1993 do debate sobre a cobrança de imposto de renda do fundo imobiliário, comentando apenas sobre o artigo 18 da mesma lei, curiosamente o que privilegia o seu ponto de vista.

## **5.2. O ATIVISMO JUDICIAL NA APRECIÇÃO DA MATÉRIA PELA JUSTIÇA FEDERAL DE SÃO PAULO E OS EQUÍVOCOS NA TENTATIVA DE TRIBUTAR OS FoF**

Sob uma perspectiva semelhante, a Justiça Federal de São Paulo se posicionou perante o presente debate, nos processos nº 5005956-56.2019.4.03.6100 e 5025163-07.2020.4.03.6100, nos quais os fundos Hedge Brasil Shopping Fundo de Investimento Imobiliário e FII RBR Rendimento High Grade, respectivamente, questionam a tributação.

Na sentença do processo de 2019, julga-se o pleito do fundo demandante, que sustenta a afirmação de que o art. 16 da Lei nº 8.668/1993 prevalece sobre o seu art. 18, de acordo com os critérios tradicionais de resolução de antinomias ora mencionados e com a interpretação mais favorável ao contribuinte, como ela mesma relata:

“Sustenta que, ante a antinomia presente entre os artigos 16 e 18 da Lei nº 8.668/93, deve ser aplicada a interpretação mais favorável ao contribuinte, pois o art. 16 veicula a isenção de IR sobre ganhos auferidos por FII e o art. 18 veicula a incidência de IR sobre ganhos auferidos na alienação de cotas de FII por qualquer beneficiário.”

Apesar da exposição dos argumentos que validam a isenção tributária em comento, a sentença ora debatida negou o pedido do fundo. Para isso, ela se limitou a reproduzir a redação literal do art. 18, sem mencionar os critérios que justificariam sua prevalência em relação ao art. 16:

“Apesar do art. 16 da Lei nº 8.668/93, acima transcrito, dispor que há a isenção do imposto de renda sobre os rendimentos e ganhos auferidos pelos FII, o art. 18 da mesma norma deixa claro que excetua-se do caso “os ganhos de capital e rendimentos auferidos na alienação ou no resgate de quotas dos fundos de investimento imobiliário”, uma vez que determina expressamente que tal tributação se aplica a “qualquer beneficiário, inclusive por pessoa jurídica isenta”.

Além disso, ela contraria o entendimento da própria Receita Federal quanto ao julgamento do imposto de renda retido na fonte, já que ignora o teor da SC COSIT nº 181/2014 que versa a esse respeito.

Para isso, a sentença se limitou a invocar julgado do TRF-3, que tem como argumento principal não permite sua aplicação nos ganhos oriundos de relações econômicas perpetradas por meio de bolsa de valores ou mercado de balcão, entre Fundos de Investimento Imobiliário, já que ao se reportar aos incs. II e III da Lei nº 11.033/2004 a norma isentiva posta no § 1º do art. 16-A da Lei nº 8.668/93 implicitamente estendeu a desoneração tributária de imposto de renda retido na fonte apenas aos ganhos derivados de relações entre os fundos e a pessoa física.

Como já se viu anteriormente, isso não procede, já que esse benefício quanto ao imposto de renda na fonte pode ser estendido aos fundos imobiliários investidores, e não apenas a pessoas físicas, pois não há dispositivo legal que os impeça de figurarem como investidores na hipótese de isenção.

Isso é um absurdo, já que a própria Receita Federal reconhece que existe a isenção do imposto de renda retido na fonte para fundos imobiliários que vendem cotas de outros fundos imobiliários. Por isso, fica evidente a parcialidade do juízo federal nesse tópico.

Já no processo de 2020, ele reproduz o equívoco da SC COSIT nº 181/2014, ao simplesmente citar o art. 18 e generalizar o entendimento da isenção no que concerne à isenção de imposto de renda sobre o fundo.

Logo, ao procurar negar os entendimentos exarados pela própria Receita Federal e ao não privilegiar a correta interpretação da controvérsia com base nos critérios tradicionais de resolução de antinomias e na interpretação mais favorável ao contribuinte, tem-se um fenômeno conhecido como ativismo judicial.

O ativismo judicial na legislação tributária é uma prática que tem sido alvo de críticas por diversos setores da sociedade. Isso porque essa abordagem pode gerar instabilidade jurídica, além de prejudicar a segurança jurídica e a previsibilidade dos negócios.

Em muitos casos, o ativismo judicial na legislação tributária se manifesta através de decisões que vão além da interpretação da lei, criando novas normas e regras que não estão previstas na legislação existente.

Essas decisões podem ter consequências graves para as empresas e indivíduos, afetando diretamente sua capacidade de planejamento e investimento.

No presente caso, o juízo federal se mostra displicente com a ausência da adoção de critérios na interpretação da lei, buscando privilegiar o interesse arrecadatário da demanda, já

que ele não menciona entendimentos e interpretações que são cruciais e obrigatórios para a sua real compreensão.

Logo, fica claro que o ativismo judicial em favor do fisco pode resultar em decisões que vão além do que está previsto na legislação tributária, criando interpretações que favorecem o Estado em detrimento dos contribuintes.

Essas decisões são motivadas por um desejo de maximizar a arrecadação fiscal, independentemente do impacto sobre a economia e a sociedade.

Isso demonstra que o ativismo judicial em favor do fisco pode levar a decisões que violam os direitos fundamentais dos contribuintes. Em alguns casos, os juízes podem utilizar interpretações extensivas da lei para justificar ações invasivas e excessivas do fisco, como o uso de penhoras e outras medidas coercitivas.

Além disso, o ativismo judicial em favor do fisco pode gerar uma perda de confiança na justiça e no Estado de Direito, especialmente quando as decisões são percebidas como arbitrárias e injustas pelos contribuintes. Isso pode afetar a percepção da sociedade em relação à importância da arrecadação fiscal e à legitimidade do sistema tributário.

### **5.3. A NECESSIDADE DE ADOTAR UMA INTERPRETAÇÃO MAIS FAVORÁVEL AO ELO MAIS FRÁGIL DA RELAÇÃO JURÍDICO-TRIBUTÁRIA: O CONTRIBUINTE**

O presente debate ainda é muito controverso, visto que não existe uma posição definitiva do Poder Judiciário para pôr fim às discussões. Apesar de os argumentos a favor do contribuinte possuírem mais força e serem mais bem fundamentados, os julgadores supracitados insistem em ir pela via que privilegia a arrecadação tributária.

Ainda que, no choque interpretativo, os julgadores pró-fisco entendam que sua posição possa ser mais coerente que a do contribuinte, existe um princípio que precisa ser respeitado dentro de qualquer relação jurídico-tributária, que é justamente o princípio do *in dubio pro contribuinte*.

O princípio do *in dubio pro contribuinte* é uma regra jurídica que estabelece que, em caso de dúvida na interpretação de uma norma tributária, deve-se adotar a interpretação mais favorável ao contribuinte.

Logo, se houver incerteza sobre como aplicar uma lei fiscal, a interpretação deve ser feita de forma a não prejudicar o contribuinte.

Isso se deve ao fato de que o direito tributário é considerado um ramo do direito que visa a equilibrar o poder do Estado de tributar com os direitos e garantias dos contribuintes. O princípio do *in dubio pro contribuinte* é uma forma de garantir que esse equilíbrio seja respeitado.

Um reflexo desse princípio pode ser encontrado no artigo 112 do CTN, que tem a seguinte redação:

Art. 112. A lei tributária que define infrações, ou lhe comina penalidades, interpreta-se da maneira mais favorável ao acusado, em caso de dúvida quanto:

- I - à capitulação legal do fato;
- II - à natureza ou às circunstâncias materiais do fato, ou à natureza ou extensão dos seus efeitos;
- III - à autoria, imputabilidade, ou punibilidade;
- IV - à natureza da penalidade aplicável, ou à sua graduação.

Essa regra é fundamental para proteger os direitos e garantias dos contribuintes e garantir que a interpretação da lei seja feita de forma justa.

No presente caso, verifica-se que há uma antinomia entre os artigos 16 e 18 da Lei nº 8.668/1993 e que ainda existem divergências entre os posicionamentos do contribuinte, da Receita Federal e do Poder Judiciário.

Com base no referido princípio, esse conflito normativo poderia ser resolvido a partir da aplicação desse princípio, uma vez que a prevalência do artigo 16 garante a preservação do direito à isenção de imposto de renda sobre os valores auferidos com a venda de cotas de fundos imobiliários por outros fundos imobiliários.

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Resumidamente, este projeto analisou o debate sobre a cobrança de Imposto de Renda retido na fonte e Imposto de Renda sobre os ganhos auferidos por um Fundo Imobiliário na venda de cotas de outro fundo imobiliário. Durante o seu desenvolvimento, verificou-se que a questão ainda gera muita discussão.

Nesse contexto, a legislação tributária escassa e confusa que versa sobre os fundos imobiliários deu origem a um vazio normativo para essa situação particular, o que a torna refém de mais de uma única interpretação, que poderia ou não justificar a cobrança.

Outrossim, deve-se reconhecer a essência particular do fundo imobiliário e o seu escopo de incentivar a dinamicidade do mercado imobiliário, bem como o impacto que esse regime de tributação sugerido pelo fisco pode causar na promoção dessa finalidade, atrapalhando a sua concretização.

Ainda que a Receita Federal e o Poder Judiciário queiram legitimar as referidas cobranças, foi possível constatar que essas exações são consideradas ilegais, uma vez que violam o direito à isenção do contribuinte na situação específica em comento.

A análise dos artigos 16, 16-A e 18 da Lei nº 8.668/1993 foi crucial para concluir que, para a hipótese específica de um fundo imobiliário estar vendendo cotas de outro fundo imobiliário, a isenção para o imposto de renda existe.

Isso porque a interpretação conjunta do art. 16-A da Lei nº 8.668/1993 com o art. 3º da Lei nº 11.033/2004 nos permite concluir que os rendimentos das aplicações realizadas em fundos imobiliários ficam isentas de imposto de renda retido na fonte. Ademais, a própria Receita Federal confirma esse ponto de vista na sua SC COSIT nº 181/2014.

Já com relação ao imposto de renda, verifica-se que há um choque entre os artigos 16 e 18 da Lei nº 8.668/1993, no qual o art. 16, o qual concede a isenção, prevalece, em razão da aplicação dos critérios tradicionais de resolução de antinomias.

A partir desses fundamentos, é urgente que o fisco, o poder legislativo e o poder judiciário cuidem para que a edição e aplicação da norma tributária seja cada vez mais objetiva e compreensiva, de modo a não gerar mais distorções de entendimento desfavoráveis às partes.

Esses cuidados servem para que se zele por um tratamento fiscal equilibrado em relação ao contribuinte, para afastar violações a direitos de isenção e cobranças irracionais que tenham o objetivo de simplesmente aumentar a arrecadação.

Em razão dessas eventuais distorções no ordenamento jurídico brasileiro, faz-se essencial que os cotistas de fundos imobiliários e o próprio fundo em si procurem profissionais

especializados em identificar essas anomalias jurídicas no ordenamento e que possam tomar as providências corretas quanto a isso..

Isso evita ao máximo a violação dos seus direitos e garante a aplicação da lei do modo mais equilibrado e compatível com os interesses do contribuinte que, como vimos, é o elo mais frágil da relação tributária e merece ser resguardado contra as investidas ilegais do Fisco.

Ademais, é preciso destacar que essas incursões ilegais do Fisco com o intuito de aumentar a arrecadação concorrem para o aumento da insegurança jurídica no mercado financeiro, bem como no próprio mercado imobiliário, uma vez que o contribuinte está refém de sofrer, a qualquer momento, cobranças mal fundamentadas. .

Portanto, reitera-se que as autoridades fiscais devem avaliar a discussão e adotar medidas que pacifiquem definitivamente este debate, de modo a conferir legalidade, segurança e isonomia ao tratamento tributário conferido aos fundos imobiliários e os seus cotistas.

Uma forma de concretizar isso seria submeter o presente debate à sistemática do Poder Judiciário de resolução de demandas repetitivas.

Por meio desse instituto, o Superior Tribunal de Justiça, como responsável final pela resolução de conflitos interpretativos no âmbito da legislação federal, deve selecionar um recurso especial como paradigma para julgar e unificar o entendimento sobre a tese, de modo a pôr fim ao debate.

Vale ressaltar, ainda, que este projeto não busca estimular qualquer tipo de prática de sonegação fiscal ou outro tipo de conduta ilegal, mas proporcionar um ponto de vista sobre a interpretação coerente da legislação fiscal.

Por mais que se entenda que a tese em comento mereça uma solução definitiva a favor do contribuinte, reconhece-se que ainda é necessário o convencimento do Fisco via resolução de demandas repetitivas, para que se possa dar caráter de definitividade ao debate.

Diante desses argumentos, concluímos que a cobrança de imposto de renda retido na fonte e imposto de renda sobre os ganhos auferidos por um fundo imobiliário na venda de cotas de outro fundo imobiliário é ilegal e deve ser objeto de revisão por parte das autoridades competentes.

Essa revisão permitiria a adequação do tratamento tributário dos fundos imobiliários, promovendo a justiça fiscal, a competitividade do setor e o incentivo ao investimento nessa modalidade, alinhando-se com os princípios legais e os objetivos econômicos subjacentes aos fundos imobiliários.

## 7. REFERÊNCIAS

BACCI, André Luis da Silva. *Introdução aos Fundos de Investimento Imobiliários*. Brasília: Editora æ ex libris, 2014

BASTOS, Danilo. *Fundos Imobiliários - Investimento Inteligente em Imóveis*. Florianópolis: Editora Bookess, 2014.

BRASIL. Código Tributário Nacional. Brasília: Congresso Nacional. Disponível em [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br). Acesso em 09 de Abril de 2023.

BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. *Instrução Normativa nº 472*. Dispõe sobre a constituição, a administração, o funcionamento, a oferta pública de distribuição de cotas e a divulgação de informações dos Fundos de Investimento Imobiliário - FII. Rio de Janeiro, 31 out. 2008.

BRASIL. *Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006*. Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte; altera dispositivos das Leis no 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943, da Lei no 10.189, de 14 de fevereiro de 2001, da Lei Complementar no 63, de 11 de janeiro de 1990; e revoga as Leis no 9.317, de 5 de dezembro de 1996, e 9.841, de 5 de outubro de 1999.. Diário Oficial da União. 2006.

BRASIL. *Lei nº 8.668, de 25 de junho de 1993*. Dispõe sobre a constituição e o regime tributário dos Fundos de Investimento Imobiliário e dos Fundos de Investimento nas Cadeias Produtivas Agroindustriais (Fiagro); e dá outras providências. Diário Oficial da União. 1993.

BRASIL. *Lei nº 9.779, de 19 de janeiro de 1999*. Altera a legislação do Imposto sobre a Renda, relativamente à tributação dos Fundos de Investimento Imobiliário e dos rendimentos auferidos em aplicação ou operação financeira de renda fixa ou variável, ao Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES, à incidência sobre rendimentos de beneficiários no exterior, bem assim a legislação do Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI, relativamente ao aproveitamento de créditos e à equiparação de atacadista a estabelecimento industrial, do Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguros ou Relativas a Títulos e Valores Mobiliários - IOF, relativamente às operações de mútuo, e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido, relativamente às despesas financeiras, e dá outras providências. Diário Oficial da União. 1999.

BRASIL. *Lei nº 11.033, de 21 de dezembro de 2004*. Altera a tributação do mercado financeiro e de capitais; institui o Regime Tributário para Incentivo à Modernização e à Ampliação da Estrutura Portuária – REPORTO; altera as Leis nºs 10.865, de 30 de abril de 2004, 8.850, de 28 de janeiro de 1994, 8.383, de 30 de dezembro de 1991, 10.522, de 19 de julho de 2002, 9.430, de 27 de dezembro de 1996, e 10.925, de 23 de julho de 2004; e dá outras providências. Diário Oficial da União. 2004.

BRASIL. *Lei nº 12.024, de 27 de agosto de 2009*. Dá nova redação aos arts. 4º, 5º e 8º da Lei no 10.931, de 2 de agosto de 2004, que tratam de patrimônio de afetação de incorporações imobiliárias; dispõe sobre o tratamento tributário a ser dado às receitas mensais auferidas pelas empresas construtoras nos contratos de construção de moradias firmados dentro do Programa

Minha Casa, Minha Vida - PMCMV, atribui à Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL as atribuições de apurar, constituir, fiscalizar e arrecadar a Contribuição para o Fomento da Radiodifusão Pública; altera as Leis nos 11.196, de 21 de novembro de 2005, 11.652, de 7 de abril de 2008, 10.833, de 29 de dezembro de 2003, 9.826, de 23 de agosto de 1999, 6.099, de 12 de setembro de 1974, 11.079, de 30 de dezembro de 2004, 8.668, de 25 de junho de 1993, 8.745, de 9 de dezembro de 1993, 10.865, de 30 de abril de 2004, 8.989, de 24 de fevereiro de 1995, e 11.941, de 27 de maio de 2009; e dá outras providências. Diário Oficial da União. 2009.

BRASIL. Receita Federal do Brasil. *Instrução Normativa nº 1.585*. Dispõe sobre o imposto sobre a renda incidente sobre os rendimentos e ganhos líquidos auferidos nos mercados financeiro e de capitais. Brasília, 31 ago. 2015.

BRASIL. Receita Federal do Brasil. *Solução de Consulta COSIT nº 181*. Assunto: Fundos de Investimento Imobiliário. Alienação de quotas de outros fundos de investimento imobiliário. Incidência na forma das operações de renda variável. Brasília, 04 jul. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial nº AREsp 1.492.971/SP. Relator: Gurgel de Faria - Primeira Turma. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 7 mar. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 411.704/SC. Relator: João Otávio de Noronha – Segunda Turma. DJ: 07/04/2003. Disponível em [https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=398381&num\\_registro=200200155040&data=20030407&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=398381&num_registro=200200155040&data=20030407&formato=PDF). Acesso em 15 jun. 2023.

CAMPAGNARO, Rafael. *Tipos de Fundo Imobiliário: qual é o melhor para você?* fiis, 2019. Disponível em: <<https://fiis.com.br/artigos/tipos-de-fundos-imobiliarios/>>. Acesso em 5 mai. 2023.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 2004.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2020

EIZIRIK, Nelson. *Os valores mobiliários na nova lei das S/A*. In: Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem. São Paulo: RT. nº 124, 2001.

FALCÃO, Amílcar de Araújo. *Fato gerador da obrigação tributária*. São Paulo: RT, 1971

FORTUNA, Eduardo. *Mercado Financeiro: produtos e serviços*. 18. ed. Rio de Janeiro: Quality Mark, 2011.

JUNIOR, Tércio Sampaio Ferraz. Do parecer que Versa a questão sobre um tema de ordem interpretativa, que envolve indagações sobre supostas relações antinômicas entre preceitos normativos. 07 abr. 2021.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. São Paulo: Malheiros, 2008

MATTOS FILHO, Ary Oswaldo. *O Conceito de Valor Mobiliário*. In: Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 59, 1985.

SABBAG, Eduardo. *Manual de Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SÃO PAULO. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Processo nº 5005956-56.2019.4.03.6100. 15 abr. 2019.

SÃO PAULO. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Processo nº 5025163-07.2020.4.03.6100. 07 dez. 2020.

SEGUNDO, Hugo de Brito Machado. *Manual de Direito Tributário*. São Paulo: Atlas, 2018