

DA INVALIDADE JURÍDICA DA MP N. 806/2017 QUANTO À NOVA METODOLOGIA DE TRIBUTAÇÃO DOS FUNDOS DE INVESTIMENTO SOB A FORMA DE CONDOMÍNIOS FECHADOS

*THE UNCONSTITUTIONAL AND ILLEGAL ISSUES OF THE
TAXATION OVER CLOSE-END FUNDS IMPOSED BY THE
PROVISIONAL MEASURE NUMBER 806/2017*

Carlos Henrique Crosara Delgado

Especialista em Direito Tributário pela PUC/SP. Mestre em Direito Tributário pela Universidade de São Paulo. Advogado em São Paulo. E-mail: ccrosara@hotmail.com

Juliana Ferretti Lomba

Mestranda em Direito, linha de pesquisa em Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito, pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo. Advogada em São Paulo. E-mail: juliana.lomba@usp.br

Resumo

Este trabalho tem por objetivo analisar, de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro, a constitucionalidade e a legalidade das alterações no tratamento da tributação sobre a renda decorrente das cotas de fundos de investimentos, sob a forma de condomínios fechados, pretendidas pela publicação da Medida Provisória n. 806, de 30 de outubro de 2017, além das possíveis implicações jurídicas de sua tramitação no Congresso Nacional para conversão em lei.

PALAVRAS-CHAVE: MP N. 806/2017, FUNDOS DE INVESTIMENTO FECHADOS, TRIBUTAÇÃO SOBRE A RENDA, EXAME DE CONSTITUCIONALIDADE E LEGALIDADE

ABSTRACT

The purpose of this paper is to analyze recent released Provisional Measure number 806/17 and its compliance with constitutional and legal standards concerning Brazilian Tax Legal System, which affects the taxation over close-end funds. It is also intended to verify the possible legal implications of the Congress' procedure for the conversion of this Executive Act into an Act.

KEYWORDS: PROVISIONAL MEASURE 806/17, CLOSE-END FUNDS, INCOME TAX, CONSTITUTIONAL AND LEGAL EVALUATION

1. INTRODUÇÃO

Já de algum tempo, foi publicada no *Diário Oficial da União*, em 2 de setembro de 2015, a Instrução Normativa RFB n. 1.585¹, cuja intenção era tornar menos esparsa e mais sistematizada a regulamentação da tributação pelo imposto de renda incidente sobre os rendimentos e ganhos líquidos auferidos nos mercados financeiro e de capitais, incluídos os fundos de investimentos, cujos efeitos perduraram até dezembro de 2017.

Referida instrução normativa teve respaldo em várias leis, mas pode-se ter como referência da tributação sobre os Fundos de Investimentos, o Regulamento de Imposto de Renda (Decreto n. 3.000/1999), a partir do art. 735 do RIR/1999.

No que tange aos Fundos de Investimentos, para efeitos do presente estudo, as principais características a serem analisadas se referem ao *momento de disponibilidade* dos rendimentos, o que distingue fundos *abertos* e *fechados*, assim como o seu prazo de duração, que poderia ser *curto* ou *longo*, uma vez que influenciam diretamente no tratamento tributário correspondente.

Inicialmente, a Instrução Normativa n. 1.585/2015, por meio do art. 16, dispôs que os fundos de investimento fechados são aqueles “que não admitem resgate de cotas durante o prazo de duração do fundo”. Por tal motivo, sua tributação se dava apenas no momento de disponibilização dos rendimentos, ou seja, na realização, à alíquota de 15%.

Por consequência, fundos abertos são aqueles que não se enquadram na descrição do art. 16 da IN RFB n. 1.585/2015, ou seja, seu conceito jurídico se dá por exclusão e a sua tributação está prevista em outro dispositivo do mesmo diploma. Para estes casos, em regra, referida instrução normativa prevê a incidência de tributação em dois momentos distintos²: (i) na *antecipação semestral*, ocorrida no último dia útil dos meses de maio e novembro de cada ano, caso não haja resgate anterior, ou, no caso de fundos com prazo de carência igual ou menor que 90 dias, na data em que se completar cada período de carência para o resgate, e (ii) por ocasião do resgate das cotas.

Ao menos sob a vigência da atual redação da Instrução Normativa RFB n. 1.585/2015³, o prazo de duração do fundo, isto é, a média de prazo dos títulos contidos em sua carteira, tinha importância principalmente para os fundos abertos. Isto porque, de acordo com os

1 BRASIL. RECEITA FEDERAL DO BRASIL. Instrução Normativa n. 1.585, de 31 de agosto de 2015. Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=67494#1564214>>. Acesso em: 01 fev. 2018.

2 Cf. art. 9º da Instrução Normativa n. 1.585/2015.

3 Quando da elaboração deste artigo, a Instrução Normativa RFB n. 1.585 seguia e por ora segue em vigor e sua última alteração ocorreu por meio da Instrução Normativa RFB n. 1637, de 9 de maio de 2016.

arts. 6^o e 8^o da referida norma infralegal são previstas alíquotas regressivas em conformidade com o prazo da carteira.

Logo, para fins fiscais e, portanto, de gradação das alíquotas, entende-se como fundo de curto prazo aqueles cujos títulos tenham prazo médio inferior a 365 dias, e, por sua vez, são de longo prazo aqueles que têm prazo superior⁶, critério este de distinção mantido pela Medida Provisória n. 806⁷.

Sob a égide desta legislação, o sistema tributário brasileiro visava estimular a atração de investidores nacionais e estrangeiros para aportarem capitais no mercado, de modo a fomentar o desenvolvimento da economia. Para tanto, a legislação então vigente permitia, em relação aos fundos de investimentos fechados, o diferimento da tributação da renda sobre os rendimentos das respectivas cotas para o momento de encerramento do fundo.

Nesse sentido, pode-se citar a Exposição de Motivos da Medida Provisória n. 281/2006, a qual, posteriormente, deu origem à Lei n. 11.312, ora alterada pela Medida Provisória n. 806/2017. Referida exposição demonstra que a imposição de alíquota única de 15% para investidores residentes no que tange a FIEE, FIP, e FCFIP, tinha como propósito *reduzir incertezas tributárias*, e, por consequência, suprir a carência da indústria nacional por capital de risco⁸.

4 "Art. 6º Os fundos de investimento classificados como de longo prazo sujeitam-se à incidência do imposto sobre a renda na fonte, por ocasião do resgate, observado o disposto no art. 9º, às seguintes alíquotas: I – 22,5% (vinte e dois inteiros e cinco décimos por cento), em aplicações com prazo de até 180 (cento e oitenta) dias; II – 20% (vinte por cento), em aplicações com prazo de 181 (cento e oitenta e um) dias até 360 (trezentos e sessenta) dias; III – 17,5% (dezessete inteiros e cinco décimos por cento), em aplicações com prazo de 361 (trezentos e sessenta e um) dias até 720 (setecentos e vinte) dias; IV – 15% (quinze por cento), em aplicações com prazo acima de 720 (setecentos e vinte) dias. Parágrafo único. O disposto nos §§ 9º a 11 do art. 46 aplica-se também, no que couber, aos rendimentos auferidos nos fundos de investimento de que trata este artigo".

5 "Art. 8º Os fundos de investimento classificados como de curto prazo sujeitam-se à incidência do imposto sobre a renda na fonte, por ocasião do resgate, observado o disposto no art. 9º, às seguintes alíquotas: I – 22,5% (vinte e dois inteiros e cinco décimos por cento), em aplicações com prazo de até 180 (cento e oitenta) dias; II – 20% (vinte por cento), em aplicações com prazo acima de 180 (cento e oitenta) dias".

6 Cf. art. 3º da IN RFB n. 1.585/2015.

7 Cf. art. 3º, § 2º, da MP n. 806/2017, c/c o art. 1º da Lei n. 11.033/2004, e art. 6º da Lei n. 11.053/2004.

8 A Exposição de Motivos da MP n. 281/2006, traz, entre seus itens 9 a 14, interessantes argumentos que demonstram ter o Governo Federal optado por incentivar o venture capital, *ipsis literis*: "[...] 9. De maneira complementar, propõe-se incentivar o desenvolvimento do segmento de capital de risco (venture capital), reduzindo, desde que atendidas certas condições, a 'zero' a alíquota de imposto de renda incidente sobre os rendimentos auferidos por investidor não residente em Fundos de Investimento em Empresas Emergentes – FIEE, em Fundos de Investimento em Participações – FIP, e em Fundos de Investimento em Cotas de Fundo de Investimento em Participações – FCFIP. 10. É notório que uma das principais barreiras à abertura de novos negócios é a dificuldade dos respectivos empreendedores em acessar o mercado de crédito, seja pela ausência de histórico que prove a capacidade de honrar os compromissos a serem assumidos, seja pela ausência de garantias reais que possam ser executadas em caso de inadimplência. 11. Nas principais economias mundiais, desenvolvidas e emergentes, essa lacuna é preenchida pelo capital de risco (venture capital). Tais recursos, geralmente organizados via fundos, são captados junto a investidores qualificados e institucionais para investir em empresas de pequeno porte com ideias inovadoras, na maioria das vezes associadas ao desenvolvimento de tecnologia de ponta, as quais apresentam um forte potencial de crescimento, porém com elevado risco. 12. Neste sentido, pode-se considerar o venture capital um instrumento para o aumento da competitividade do país, que incentiva não só o empreendedorismo, mas principalmente a pesquisa e o desenvolvimento de novas tecnologias. Trata-se também de um importante instrumento de atração de recursos externos, o que traz consigo o aprimoramento da prática de governança corporativa e gestão empresarial e financeira, com destaque para empresas de pequeno porte e empreendedoras de novas tecnologias, que poderiam se tornar reféns de práticas ineficientes. 13. Enfim, a proposta ora em tela representa uma demanda antiga da indústria de venture capital e tem como objetivo equiparar o rendimento nela auferido pelo investidor não residente ao tratamento que já é conferido a esses nas transações com ações em bolsa. 14. Com o intuito de reduzir incertezas tributárias, é proposto (sic) também a definição do tratamento a ser dado aos rendimentos auferidos por investidores residentes nos fundos mencionados no item 9 que passam a ser tributados, obedecidas certas condições, pela alíquota de 15%" (destaques nossos). (BRASIL. Medida Provisória n. 281, de 15 de fevereiro de 2006 – Exposição de Motivos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Exm/EM-17-MF.htm>. Acesso em: 02 fev. 2018)

Logo, a legislação da época foi toda voltada no sentido de estimular o uso de fundos fechados para a estruturação de operações financeiras e societárias.

Por conta da mudança na diretriz da política fiscal, parte desta legislação foi alterada de forma substancial, por meio da Medida Provisória n. 806, especialmente no que se refere aos fundos de investimentos constituídos sob a forma de condomínios fechados. A tributação incidente sobre referidos fundos não só teve um aumento de alíquota, mas sofreu uma enorme modificação da sistemática adotada.

2. DAS PRINCIPAIS ALTERAÇÕES TRAZIDAS PELA MEDIDA PROVISÓRIA N. 806/2017

2.1. Alterações gerais trazidas pela Medida Provisória n. 806/2017

De acordo com a Exposição de Motivos da Medida Provisória n. 806, de 30 de outubro de 2017, o instrumento normativo tem por objetivo realizar alterações na legislação de Imposto de Renda incidente sobre três pontos específicos: (i) rendimentos auferidos em aplicações em fundos de investimento fechado; (ii) fundos de investimento em participações não considerados entidades de investimento pela CVM; e (iii) ganhos líquidos auferidos nas operações negociadas em bolsas de valores, de mercadorias e de futuros⁹.

No que tange à tributação sobre os rendimentos auferidos por fundos de investimento sob a forma de condomínios fechados, a Exposição de Motivos da nova MP justifica a necessidade de aumentar a carga, a fim de “reduzir as distorções existentes entre as aplicações em fundos de investimento e aumentar a arrecadação federal por meio da tributação dos rendimentos acumulados”, ao mesmo tempo que salienta como característica deste tipo de fundo o “pequeno número de cotistas e forte planejamento tributário”.

Ou seja, o Governo Federal, por meio desta nova medida provisória, deu uma guinada de 180° na sua política fiscal, assumindo diretriz totalmente distinta da então anunciada pela MP anterior, de modo que antes se incentivava o investimento por vantagem fiscal e agora se faz o contrário.

Desta forma, depreende-se que a solução concebida pela Medida Provisória n. 806 seria instituir imposto sobre os rendimentos acumulados até 31 de maio de 2018 pelas carteiras de fundos de investimento fechado com alíquotas regressivas entre 22,5% e 15%, em acordo com o prazo do fundo. A própria Exposição de Motivos salienta que a base proposta alcançará *rendimentos pretéritos*, mas que a nova sistemática deve ser interpretada como uma antecipação no momento de amortização do que seria tributado quando do resgate. Além disso, referida medida provisória introduziu a sistemática de

9 BRASIL. Medida Provisória n. 806, de 30 de outubro de 2017 – Exposição de Motivos. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/medpro/2017/medidaprovisoria-806-30-outubro-2017-785676-exposicaodemotivos-154126-pe.html>>. Acesso em: 02 fev. 2018.

tributação do “come-cotas” para os fundos fechados, coisa que só existia, até então, para os fundos abertos.

Por sua vez, no que tange especificamente aos Fundos de Investimento em Participações (FIP), a Exposição de Motivos dispõe que o tratamento tributário da Lei n. 11.312/2006 até então dado a essa espécie de investimento, não faz qualquer distinção quanto às diferentes características que pode assumir. Por tal motivo dispõe que, quando um FIP não puder ser caracterizado como entidade de investimento, nos termos da regulação da CVM, então será equiparado à pessoa jurídica, por exercer funções próprias de *holding*.

Por último, referida medida ainda altera a tributação sobre ganhos líquidos auferidos nas operações negociadas em bolsas, de forma a simplificar a apuração dos tributos devidos pelas pessoas físicas e jurídicas. Para tanto, o texto da norma acaba por *equalizar as alíquotas* incidentes nas *diferentes aplicações*, em oposição àquilo aplicado aos FIPs, bem com o *aumento do período de apuração* (de mensal para trimestral), além de *eliminar a antecipação* do IR cobrado nas operações de *day trade*, diferentemente do que ocorreu para os fundos de investimento fechados.

Ao final da Exposição de Motivos da Medida Provisória n. 806, há a previsão de um aumento na arrecadação de R\$ 10,38 bilhões, em 2018, no caso de implementação das alterações propostas. Ou seja, a finalidade maior perpetrada foi, sem dúvida, a arrecadação.

As razões de promulgação da MP n. 806/2017 ainda podem ser extraídas da Nota Explicativa¹⁰ publicada pela Receita Federal do Brasil em seu *website*, em 8 de novembro de 2017, que tenta demonstrar as motivações pelas quais alguns fundos de investimento tiveram mantida tributação mais benéfica, como nos casos de FIP qualificados como entidades de investimento pela regulamentação da CVM, em que a incidência de imposto com a alíquota de 15% ocorrerá apenas nos momentos de amortização, alienação, ou de resgate das cotas, enquanto outros, especialmente os Fundos de Investimento em Participações que não se encontram enquadrados pela CVM como *entidades de investimento*¹¹, poderão sofrer, em caso de conversão da MP em lei, não só com a majoração da tributação, mas também com a incidência do imposto sobre rendimentos acumulados até 31 de maio de 2018.

Percebe-se, claramente, que a nova medida provisória acaba, em última análise, a conferir tratamentos tributários distintos em relação a diferentes espécies de investimento, mas sem aparente motivo constitucional que o justifique.

10 SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL. Nota Executiva sobre a Medida Provisória n. 806, de 8 de novembro de 2017. Disponível em: <<http://idg.receita.fazenda.gov.br/dados/receitadata/estudos-e-tributarios-e-aduaneiros/nota-executiva-sobre-fundos-de-investimento-em-participacoes-2013-fip.pdf>>. Acesso em: 31 jan. 2018.

11 Atualmente, a Instrução CVM n. 579, por meio de seu art. 4º, dispõe sobre os requisitos para qualificar um fundo de investimento como entidades de investimento.

2.2. Dispositivos específicos que alteram a tributação da renda sobre Fundos de Investimento constituídos sob condomínio fechado trazidos pela Medida Provisória n. 806/2017

Uma vez apresentadas as três alterações gerais trazidas pela Medida Provisória n. 806/2017, deve-se passar à análise específica dos dispositivos que tratam do escopo do presente estudo. Em suma, a tributação sobre os fundos de investimento se encontra prevista entre os arts. 2º a 6º do referido instrumento normativo, enquanto os arts. 7º a 9º tratam especificamente dos FIPs.

O art. 2º da Medida Provisória n. 806/2017 dispõe sobre a tributação de *rendimentos pretéritos*, acumulados até 31 de maio de 2018, e cuja problemática foi levantada na própria Exposição de Motivos, em claro desrespeito à irretroatividade das leis tributárias. No mais, este dispositivo, caso o instrumento normativo seja convertido em lei, acabará por majorar a tributação no momento da realização, uma vez que prevê a aplicação de alíquotas regressivas entre 22,5% a 15%, nos termos do art. 1º da Lei n. 11.033/2004, e do art. 6º da Lei n. 11.053/2004, a depender do prazo médio da carteira, de forma afastar a alíquota única de 15%.

Por sua vez, o art. 3º institui a sistemática de tributação do “come-cotas” para os fundos de investimento fechado. Logo, uma vez que o § 1º do art. 2º da MP n. 806/2017 manteve como critério de qualificação jurídica dos fundos fechados em razão da impossibilidade de resgate de cotas durante o prazo de sua duração (§ 1º), a imposição da antecipação a ser paga no último dia útil dos meses de maio e novembro de todo ano acarretará na incidência do imposto de renda sobre rendimento não disponível, isto é, não realizado. De forma muito diferente, o tratamento dado pela legislação tributária aos rendimentos de fundos de investimento fechados até então respeitavam a situação fática, de forma a só haver incidência no real momento de disponibilidade.

O art. 4º dispõe sobre a tributação nas hipóteses de cisão, incorporação, fusão ou transformação de fundo de investimento, a partir de 1º de janeiro de 2018, momento este em que se consideraram pagos ou creditados os rendimentos dos fundos de investimento, sem que haja distinção, aqui, entre fundos abertos e fechados.

Por fim, sobre os fundos de investimento em geral, os arts. 5º e 6º trazem hipóteses de exclusão de algumas espécies de fundo em relação às regras acima apresentadas, quais sejam: (i) fundos de investimento imobiliário, constituídos na forma prevista na Lei n. 8.668/1993; (ii) Fundos de Investimento em Direitos Creditórios (FIDC) e Fundos de Investimento em Cotas de Fundos de Investimento em Direitos Creditórios (FIC-FIDC); (iii) fundos de investimento em ações e fundos de investimento em cotas de fundos de investimento em ações; (iv) fundos constituídos exclusivamente por investidores não residentes no País ou domiciliados no exterior, tributados na forma do art. 81 da Lei n. 8.981/1995, (v) fundos de investimento e fundos de investimento em cotas que, até a data

da publicação da MP, tivessem previsão expressa em seu regulamento de término improrrogável até 31 de dezembro de 2018; (vi) fundos de investimento em participações não qualificados como entidade de investimento; e, por fim, (vii) rendimentos ou ganhos líquidos auferidos em aplicações de titularidade de instituição financeira, inclusive sociedade de seguro, previdência e capitalização, sociedade corretora de títulos, valores mobiliários e câmbio, sociedade distribuidora de títulos e valores mobiliários ou sociedade de arrendamento mercantil, nos termos do art. 77, I, da Lei n. 8.981/1995. Aponta-se que, nas exceções previstas nos itens ii, iii, e v, a incidência da tributação ainda ocorrerá na amortização, na alienação e no resgate de cotas.

Entretanto, há que se abrir parênteses para a exceção prevista no item vi, acima citado, o qual trata de FIPs não considerados como entidades de investimento pela CVM, por meio de alteração realizada na Lei n. 11.312/2006 (art. 7º da MP n. 806/2017). Referida distinção também afeta os FIPs fechados, de forma que, se não atendidos os requisitos impostos pela ICVM n. 579/2016, ficarão sujeitos à tributação das pessoas jurídicas e, ainda, terão os rendimentos não distribuídos até 2 de janeiro de 2018 considerados como pagos ou creditados a seus cotistas, em clara ficção jurídica de fato gerador, base sobre a qual incidirá tributação à alíquota de 15%.

Ou seja, a tributação sobre fundos de investimentos, especialmente aqueles constituídos sob condomínio fechado, sofreu grandes alterações, as quais, em grande parte, parecem conter problemas sob os pontos de vista legal e constitucional.

3. ASPECTOS JURÍDICOS

A Medida Provisória n. 806 foi publicada no *Diário Oficial da União* em 30 de outubro de 2017 e, apesar de prever alterações na tributação já para o exercício financeiro de 2018, não foi apreciada no ano de promulgação. Até o final de janeiro de 2018, a análise do texto ainda se encontrava sob os cuidados da Comissão Mista criada especificamente para esse fim, com presidência do Senador Eduardo Amorim e designação do Deputado Wellington Roberto como Relator.

Ao final do prazo regimental de seis dias contados a partir da data de publicação da Medida Provisória para apresentação de emendas perante a Comissão Mista¹², foram apresentadas 46 propostas de alteração ou aditivos do texto original da medida, dentre as quais, muitas não têm relação com tributação de fundos de investimento em si, como, por exemplo, proposta de aditivo relativa à alteração da Tabela Progressiva do Imposto de Renda de Pessoa Física, ou ainda quanto à extinção da isenção da tributação sobre a renda na distribuição de dividendos.

No mais, tendo em vista que a Medida Provisória n. 806 foi publicada no *Diário Oficial da União* em 30 de outubro de 2017, o prazo de 120 dias concedido pelo art. 62, §§ 3º e 7º, da

¹² Cf. art. 4º da Resolução n. 1, de 2002-CN.

Constituição Federal, será encerrado em 19 de março de 2018, em razão do recesso do Congresso Nacional¹³.

Desta forma, caso a Medida Provisória n. 806/2017 não seja convertida em lei dentro do prazo, acabará por perder a vigência. Assim, seria importante que o Congresso Nacional promulgasse Decreto Legislativo a fim de regular os efeitos do ato normativo, uma vez que referida Medida Provisória instituiu algumas situações cujos efeitos práticos já se iniciaram em 1º de janeiro de 2018, a exemplo das previsões dos arts. 4º¹⁴ e 9º¹⁵, os quais criam hipóteses fictas de realização de rendimentos, ou seja, de ocorrência de fatos geradores do imposto de renda. Na hipótese de não conversão, se não houver a regulamentação das relações criadas durante a vigência da MP n. 806/2017, provavelmente ficará afetado o princípio da igualdade, uma vez que aqueles que incorrerem nas hipóteses fictas de realização de rendimentos serão submetidos à tributação antecipada.

Nada obstante, acredita-se que a conversão da Medida Provisória n. 806/2017, em seu texto original integral, também incorreria em inconstitucionalidades e ilegalidades, as quais deverão ser corrigidas pelo Congresso Nacional em meio à tramitação do procedimento de conversão em lei, o que é escopo de estudo do presente estudo.

3.1. Das inconstitucionalidades da Medida Provisória n. 806/2017

3.1.1. Ofensa ao princípio da irretroatividade das leis

Da análise do texto legal *supra*, fica evidente que o legislador, ao fazer recair a tributação pelo IRRF sobre os *rendimentos acumulados* pelas cotas dos fundos até *31 de maio de 2018*, poderá incorrer, com elevado grau de probabilidade, em ofensa ao *princípio da irretroatividade das leis*¹⁶, pois a valorização acumulada a que se refere a medida provisória vem se arrastando do passado e, em muitos casos, abrangerá exercícios *anteriores* ao da edição da Medida Provisória n. 806/2017, até porque muitos fundos que serão impactados pela nova regra de tributação foram constituídos antes do ano de 2017, alguns deles já há bom tempo em funcionamento e com prazos relativamente longos de duração.

Significa dizer, pois, que, quanto mais antigo for o fundo, a tributação nos termos da MP n. 806/2017 *poderá* ser mais *pesada*, pois terá o condão de incidir sobre *valorizações* de suas cotas auferidas em exercícios anteriores que vêm se acumulando¹⁷ e que, num

¹³ Cf. art. 62, § 4º, da Constituição Federal.

¹⁴ "Art. 4º A partir de 1º de janeiro de 2018, na hipótese de cisão, incorporação, fusão ou transformação de fundo de investimento, consideram-se pagos ou creditados aos cotistas os rendimentos correspondentes à diferença positiva entre o valor patrimonial da cota, incluídos os rendimentos apropriados a cada cotista, na data do evento, e o respectivo custo de aquisição, ajustado pelas amortizações ocorridas, ou o valor da cota na data da última incidência do imposto" (destaque nosso).

¹⁵ "Art. 9º Nos termos do art. 2º da Lei nº 11.312, de 2006, os rendimentos e os ganhos auferidos pelos fundos de investimento em participações não qualificados como entidades de investimento que não tenham sido distribuídos aos cotistas até 2 de janeiro de 2018 ficam sujeitos à incidência do Imposto sobre a Renda na fonte à alíquota de quinze por cento e serão considerados pagos ou creditados aos seus cotistas em 2 de janeiro de 2018" (destaque nosso).

¹⁶ Conforme art. 150, III, "a", da Constituição Federal.

¹⁷ Nesse caso, admite-se, por hipótese, que haverá valorização acumulada mesmo após as amortizações ocorridas ao longo do tempo, cujas deduções são autorizadas pelo caput do art. 2º da MP n. 806/2017.

primeiro momento, seriam tributadas apenas no futuro, quando do encerramento do fundo e quando se verificasse um evento de realização da renda.

Como é cediço, toda lei tributária que instituir ou majorar tributo só poderá alcançar fatos geradores *materializados* e a partir de sua *entrada em vigor*. Com a irretroatividade, vale dizer, o contribuinte fica protegido contra imposições tributárias que venham a atingir fatos geradores anteriores à vigência da lei que instituiu ou majorou tributo, para os quais não estava preparado financeiramente para arcar com o ônus fiscal.

Nesse particular, observa Francesco Moschetti¹⁸ que a capacidade contributiva do contribuinte em relação à lei que institui tributo ou aumenta sua carga deve ser *atual*, sem voltar os seus olhos nem para o passado, tampouco para o futuro, quanto a fatos que não representem mais do que mera expectativas de direito.

Nessa esteira, convém ressaltar que a referida Medida Provisória foi editada em *30 de outubro de 2017*, cujo prazo de validade é o de *60* (sessenta) dias prorrogáveis por igual período¹⁹, de modo que, caso seja ela convertida em lei pelo Congresso Nacional nos seus exatos termos, tal conversão deverá ocorrer – no máximo – até março de 2018.

A Medida Provisória n. 806/2017, se aprovada a sua conversão em lei, não poderá retroagir para alcançar eventos anteriores à sua vigência, mas sim considerar a *valorização proporcional* das cotas do fundo a partir de sua conversão, respeitada a anterioridade²⁰.

No nosso entender, essa deveria ter sido a diretriz abraçada pela MP n. 806/2017 e acredita-se o Congresso Nacional deverá se atentar para isso ao elaborar o projeto de lei de conversão, com o devido respeito à Lei Maior, pois isso impediria oneração dos rendimentos do passado que estavam submetidos à regra diversa de tributação que, se alterada de súbito, além da ofensa à irretroatividade, criaria problemas jurídicos de outras espécies que serão tratados a seguir. Além disso, tal providência acalmaria o mercado e dispensaria uma avalanche de ações judiciais para a preservação dos direitos dos investidores.

3.1.2. Ofensa aos princípios da segurança jurídica, da não surpresa, da boa-fé objetiva e da confiança

Corolário direto do quanto exposto no tópico anterior, caso seja mantida – quando da conversão em lei – a *redação original* do art. 2º da MP n. 806/2017, haverá séria afronta ao princípio da *segurança jurídica*, prejudicando sobremodo diversos investidores nacionais e estrangeiros que optaram, tempos atrás, em transferir recursos aos fundos de investimento em *condomínio fechado*, o que poderá gerar alvoroço e insegurança no mercado, com a conseqüente fuga de capitais.

18 Il principio della capacità contributiva. Padova, Itália: CEDAM, 1973, p. 330-331.

19 Conforme art. 62, § 3º, da Constituição Federal.

20 Tal como estabelece o art. 150, III, "b" e "c", da Constituição Federal.

Tal se permite dizer, pois, no momento em que os investidores tomaram a decisão de investir nos mencionados fundos, pressupondo-se que são eles todos *racionais*, o fizeram com base em diversos fatores *macro* e *microeconômicos* colhidos àquele tempo e, com base neles, fizeram projeções futuras levando em conta diversos fatores, tais como o *risco*, a *rentabilidade*, o *tempo de investimento*, a *liquidez*, o *custo de oportunidade* e, também, o *ordenamento jurídico* vigente à época, o que inclui a *legislação fiscal*, para efeito de estimativa da carga tributária que incidirá no momento de encerramento do fundo, que, sabidamente, afeta a *rentabilidade* do investimento.

Como sabido, a regra de tributação do fundo, então vigente, era a de incidência do IRRF ao final, quando do seu encerramento. Ao ser alterada a metodologia antes do encerramento, frustra-se a fundada expectativa dos investidores que, numa próxima vez, poderão ficar inseguros ao investir.

Associado a isto, de lembrar que, em se tratando de fundo de investimento sob a forma de *condomínio fechado*, não é dado ao investidor titular das cotas resgatá-las antes do prazo de duração do referido fundo, sendo que cabe ao seu regulamento fixar prazos de carência e resgate²¹. Dentro desse contexto, o investidor, para seguir adiante na sua decisão de investir ou não, já sabe desde o início que o dinheiro por ele aportado ficará “parado” por período considerável de tempo, só sendo vantajoso incorrer nesse ônus temporal se futuramente tiver uma *rentabilidade superior* à de outros investimentos semelhantes.

Nessa linha, para se conferir um mínimo de segurança aos investidores, já expostos ao risco inafastável do negócio (que não é pouco, em virtude da crise política e econômica vivenciada pelo Brasil atualmente), era de se esperar que a eles fosse conferido um mínimo de *segurança* e *previsibilidade futura* quanto à carga tributária que incidiria ao final sobre os rendimentos incorporados às suas cotas, valendo a sistemática de alíquota regressiva para o IRRF.

Ou seja, para o caso dos investimentos em fundos fechados, levando em conta que as suas cotas não poderão ser resgatadas antes de determinado termo fixado em regulamento, os investidores, dentre outros fatores, levaram em conta que o mecanismo de tributação permaneceria *constante* até o final, do contrário, se soubessem que futuramente o cenário fiscal poderia mudar, provavelmente, voltariam atrás e considerariam outras opções de investimento.

Não se pode admitir que o investidor que age de *boa-fé* seja *pego de surpresa* com uma mudança *súbita* e *brusca* nas regras de tributação, pois tem ele direito a um mínimo de *transparência* e *previsibilidade*, para que haja certeza de qual será a carga tributária²². Isso

21 Conforme art. 15, IV, da Instrução CVM n. 409/2004.

22 Nesse particular, já são seculares as lições de Adam Smith sobre o assunto, alertando para a necessidade de haver – no sistema tributário – equidade, certeza, comodidade, conveniência de pagamento e economia no recolhimento, de modo a garantir progresso na economia (SMITH, Adam. A riqueza das nações: investigação sobre sua natureza e suas causas. São Paulo: Abril Cultural. Coleção: Os Economistas).

porque se ele decidiu por investir o fez, obviamente, confiando no Estado, especificamente no fato de que a tributação do retorno de um investimento de longo prazo se manteria constante ao longo do tempo, de modo a encorajar os investidores a aportarem capitais.

Aliás, essa expectativa não é aleatória, mas sim expressamente prevista no ordenamento jurídico vigente até então, que manteve a metodologia de operação dos fundos fechados e ainda estabeleceu alíquotas menores de imposto de renda sobre os rendimentos produzidos pelos investimentos de *longo prazo*²³, havendo aqui claro *efeito indutor* da legislação tributária²⁴ para estimular a *formação de capitais* em detrimento do *consumo*, respeitadas as regras impostas pelo regulamento e sem impor *hipóteses fictas de disponibilização*, para deslocar temporalmente o momento da tributação, pois ela interfere diretamente nos retornos esperados e na própria liquidez do investimento. Retornaremos a este ponto mais adiante.

Eventual “virada de mesa” quanto às regras do jogo comprometeria sobremodo a confiança que os contribuintes investidores depositaram no Estado, com *reflexos negativos* para a economia.

Não é demais recordar que nos últimos tempos de crise política e instabilidade, muitos brasileiros transferiram valores vultosos de recursos para jurisdições estrangeiras, com o objetivo de protegerem os seus capitais.

3.1.3. Ofensa ao princípio da igualdade – tratamentos tributários diferenciados para contribuintes em situação equivalente sem *discrímen* constitucionalmente relevante

Conforme já adiantado acima, outra questão que merece a atenção não só dos operadores do direito, mas principalmente dos nossos ilustres parlamentares é a de que o art. 5º da MP n. 806/2017²⁵ fixou regimes diferentes de tributação para os fundos fechados levando em consideração os ativos que compõem as suas respectivas carteiras.

Por exemplo, para os fundos de *investimento imobiliário*, constituídos na forma da Lei n. 8.668/1993 valem as regras previstas pela referida medida provisória, com todos os

23 Conforme estabelece o art. 1º da Lei n. 11.033/2004.

24 Segundo Luís Eduardo Schoueri, as normas tributárias indutoras estimulam ou desestimulam a conduta dos contribuintes mediante redução da carga fiscal, se eles adotarem os comportamentos estimulados pela norma ou aumento, em caso contrário, mas sem que haja, nesta hipótese, a caracterização de um ato ilícito (SCHOUERI, Luís Eduardo. Normas tributárias indutoras e intervenção econômica. Rio de Janeiro: Forense, 2005).

25 “Art. 5º Os fundos de investimento a seguir, constituídos sob a forma de condomínio fechado de acordo com as normas estabelecidas pela Comissão de Valores Mobiliários – CVM, serão tributados da seguinte forma: I – fundos de investimento imobiliário constituídos na forma prevista na Lei nº 8.668, de 25 de junho de 1993, que serão tributados na forma desta Lei; II – Fundos de Investimento em Direitos Creditórios – FIDC e Fundos de Investimento em Cotas de Fundos de Investimento em Direitos Creditórios – FIC-FIDC que permanecerão tributados na amortização, na alienação e no resgate de cotas; III – fundos de investimento em ações e fundos de investimento em cotas de fundos de investimento em ações, que permanecerão tributados no resgate de cotas; IV – fundos constituídos exclusivamente por investidores não residentes no País ou domiciliados no exterior, que serão tributados na forma prevista no art. 81 da Lei nº 8.981, de 20 de janeiro de 1995; V – fundos de investimento e fundos de investimento em cotas que, na data da publicação desta Medida Provisória, prevejam expressamente em seu regulamento o término improrrogável até 31 de dezembro de 2018, hipótese em que serão tributados na amortização de cotas ou no resgate, para fins de encerramento, sem prejuízo do disposto no art. 4º; VI – fundos de investimento em participações qualificados como entidade de investimento, que serão tributados na forma prevista no art. 2º da Lei nº 11.312, de 27 de junho de 2006; e VII – fundos de investimento em participações não qualificados como entidade de investimento, de acordo com a regulamentação estabelecida pela CVM, que serão tributados na forma dos art. 8º e art. 9º”.

problemas em nível constitucional abordados acima, somado o complicador da tributação de hipótese de *disponibilização ficta* de rendimentos, a ser examinado a seguir. Trata-se, pois, de regime mais gravoso, além de altamente questionável do ponto de vista jurídico.

No entanto, para os fundos compostos por *direitos creditórios* ou *cotas* de outros fundos de direitos creditórios, ficou mantido o *critério da realização*, ou seja, a tributação das valorizações das cotas incidirá no momento em que praticado algum ato jurídico de disponibilização (*amortização, alienação* ou *resgate das cotas*), critério este sabidamente mais *benéfico*, uma vez que o peso do tributo recairá somente no momento em que a renda (valorização das cotas) estiver *realizada*, isto é, destacada do capital e *liquidada em espécie*, de onde o contribuinte retirará os recursos necessários para fazer frente ao imposto devido, sem ter que se descapitalizar para tanto, nem perder rentabilidade.

Já no outro caso, há *tributação automática* pelo IRRF sobre os rendimentos acumulados pelas cotas até *31 de maio de 2018* sem realização alguma e sem que o contribuinte tenha qualquer forma de disponibilidade sobre o rendimento, pois, caso o prazo de duração do fundo seja posterior, nada poderá o titular das cotas fazer com elas, tampouco com as suas respectivas valorizações.

Nota-se que, com exceção dos FIPs (conforme explicado acima), salvo melhor juízo, o único critério de distinção adotado pelo legislador para tributar de modo *diverso* esses dois fundos fechados foi o da natureza dos ativos que compõem as carteiras, o que, num primeiro exame, nos parece *equivocado*, pois pode perfeitamente suceder de dois ou mais contribuintes terem exatamente a mesma *situação econômica* (mesmas *riqueza e capacidade contributiva*), mas serem tributados de modo diverso apenas porque os ativos que compõem seu patrimônio e renda são diversos.

Nesse ponto especificamente, no nosso entender, há ofensa direta ao art. 150, II, da Constituição Federal²⁶, que não permite distinção de tratamento fiscal entre contribuintes de mesma capacidade contributiva por conta da denominação jurídica dos rendimentos ou mesmo de sua procedência.

Além disso, por conta dessa divergência de regimes tributários a depender da composição dos ativos dos fundos, poderão ser produzidos *efeitos deletérios* sobre a economia, pois haverá uma procura maior em relação a um tipo de fundo em detrimento do outro, guiada apenas por *razões fiscais*, com a inversão dos fluxos de capitais e com ofensa o *princípio da neutralidade tributária*, o qual estatui que os investidores devem traçar suas decisões com base puramente em *motivos econômicos*, não se deixando influenciar por questões de direito tributário.

26 "Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: [...] II – instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos."

3.1.4. Particularidades sobre o princípio da anterioridade

Outro ponto importante referente à questão temporal e que reflete no princípio da legalidade é a previsão trazida pelo art. 62, § 2º, da Constituição Federal, que limita a instituição e majoração de tributos por meio de Medida Provisória de forma que esta norma só produza efeitos “no exercício financeiro seguinte se houver sido convertida em lei até o último dia daquele em que foi editada”, com exceções constitucionalmente previstas apenas para II, IE, IPI e IOF. Logo, uma vez constatado na prática que a tributação sobre a renda ficará mais pesada na proporção da antiguidade do fundo de investimento fechado, deve-se observar a referida vedação constitucional.

Conforme leciona o ilustre Professor Paulo de Barros Carvalho²⁷, antes da Emenda Constitucional n. 32/2001, a Medida Provisória não era considerada compatível com o sistema tributário brasileiro, em especial com o Princípio da Anterioridade, bem como com a manifestação de consentimento por parte dos administrados. Nada obstante, após a alteração do Texto Maior, restou positivado que a MP, por si só, não é instrumento hábil para instituir ou majorar tributos, uma vez que se tornou “imprescindível que a lei de conversão tenha sido publicada antes de encerrado o exercício financeiro”. Por conseguinte, uma vez que o ato do Executivo não é capaz de instituir ou majorar tributos antes de convertido em lei pelo Congresso, não passa de mera iniciativa do Presidente a fim de “desencadear o processo de elaboração da lei”.

Neste mesmo sentido, o renomado Professor Luís Eduardo Schoueri²⁸ demonstra que a Emenda Constitucional n. 32/2001 se trata de um divisor de águas e que, em que pese antes de seu advento haver acalorada discussão sobre a possibilidade de Medidas Provisórias tratarem de matéria tributária, atualmente é claro que pode haver imposto exigido por força deste instrumento normativo, e que somente a lei é que dará fundamento para sua imposição.

Portanto, tendo em vista que a Medida Provisória foi publicada em 2017, mas não foi convertida no mesmo exercício financeiro, isso deverá implicar modificação dos efeitos inicialmente previstos para a norma, caso o Congresso aprove o texto. Isso porque, conforme demonstrado anteriormente, a nova sistemática de tributação dos fundos de investimento fechados passaria a valer a partir de 31 de maio de 2018, nos termos dos arts. 2º e 3º da MP n. 806, que acarretou na majoração da carga tributária, em verdade, não poderá mais ocorrer em referido exercício fiscal. Destaca-se que este ponto foi ressaltado na própria Exposição de Motivos, a fim de justificar a relevância e urgência do tema e viabilizar o meio escolhido para sua realização²⁹.

27 Curso de direito tributário. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 47-80.

28 Direito tributário. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 104-106.

29 “18. A urgência e relevância da edição desta MP justifica-se uma vez que, em respeito ao princípio da anterioridade, as alterações demandam publicação e conversão em Lei ainda em 2017 para efetivação em 2018 e a situação fiscal demanda incremento da base tributária” (BRASIL. Medida Provisória n. 806, de 30 de outubro de 2017 – Exposição de Motivos. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/medpro/2017/medidaprovisoria-806-30-outubro-2017-785676-exposicaoodemotivos-154126-pe.html>>. Acesso em: 02 fev. 2018).

Salienta-se que a previsão do § 2º do art. 62 da Constituição Federal não produz efeitos somente quanto ao Princípio da Anterioridade tributária, mas também quanto à Legalidade, conforme já demonstrado na citada lição do Professor Paulo de Barros Carvalho, a utilização de Medidas Provisórias antes da EC n. 32/2001 não era compatível com a manifestação de consentimento por parte dos administrados, ou, em outras palavras, com a Legalidade tributária. Podem ser citadas as lições de outros doutrinadores de renome, como o Professor Roque Antonio Carrazza³⁰, sobre o período anterior à alteração do texto constitucional e que defendia impossibilidade de a matéria tributária reservada à lei ser objeto de Medida Provisória.

Por consequência, cabe aqui destacar que a Medida Provisória n. 806 traz uma série de ficções jurídicas cujos efeitos começam a valer já em janeiro de 2018, assemelhando-se à instituição de tributo propriamente dito. Citam-se os arts. 4º e 9º de referido diploma normativo, os quais criam a ficção de realização pelos seus investidores, mesmo quando não há. Desta forma, ainda que não se trate de literal instituição ou majoração de tributo, ainda sob a vigência da Medida Provisória e não de lei, caso ocorra uma das hipóteses previstas, o investidor se verá obrigado a pagar tributo sem prévia lei que o determine.

Logo, em vista aos efeitos práticos, também estes artigos devem respeitar as limitações de anterioridade e, principalmente, legalidade do art. 62, § 2º, da Constituição Federal.

Por fim, outro apontamento importante sobre a questão temporal da utilização de Medida Provisória a ser ressaltado, o qual é muito discutido pela doutrina, mas que raramente é considerado pelo Judiciário para análise da constitucionalidade do ato normativo, é o da urgência. Qual seria a urgência que imporia a necessidade de as alterações na tributação da renda sobre os fundos de investimento fechados serem realizadas por meio de Medida Provisória e não pela tramitação ordinária de um projeto de lei proposto pelo Presidente? Conforme a Exposição de Motivos da Medida Provisória n. 806/2017, resta claro que o instrumento necessitava ser utilizado apenas para que a instituição da nova sistemática de tributação sobre os fundos de investimento fechados pudesse ser efetivada ainda em 2018, “em respeito ao princípio da anterioridade”.

Assim, repete-se, *ipsis literis*, o questionamento já realizado pelo ilustre Professor Luís Eduardo Schoueri³¹ sobre o tema, “será que a mera pressa do Executivo, visando atender os prazos constitucionais, justifica a edição de uma medida provisória? Teria o constituinte premiado o Chefe do Executivo por sua desídia, ao não apresentar, no devido tempo, um projeto de lei?”. Nada obstante, conforme o doutrinador salienta logo na sequência, “o Judiciário não parece impor restrições a tal prática”, de forma que a presente consideração acaba tendo um viés exclusivamente acadêmico.

30 CARRAZZA, R. A. Curso de direito constitucional tributário. São Paulo: Malheiros, 2000.

31 Direito tributário. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 104-106.

Em suma, o que se pode concluir diante da clareza do art. 62, § 2º, da Constituição Federal é que a Medida Provisória n. 806/2017, convertida em lei na sua literalidade, ferirá a Legalidade e a Anterioridade.

3.2. Da ilegalidade da Medida Provisória n. 806/2017 – ofensa aos arts. 43 e 110, ambos do Código Tributário Nacional

Não bastasse a constatação de todas essas vicissitudes no plano constitucional, a MP n. 806/2017 também incorre em flagrante *ilegalidade* ao criar uma hipótese de *disponibilização ficta* para fim de incidência do imposto de renda na fonte, em contrariedade aos arts. 43³² e 110 do Código Tributário Nacional³³, equivalendo a um *resgate compulsório* de cotas ou valores ao arripio do *direito privado*, pois, mesmo não havendo transferência *econômica* ou de *titularidade jurídica* de valores ou cotas do fundo para os seus cotistas, a MP ainda assim, diante de um vácuo, considera *pagos* ou *creditados* a estes o rendimento equivalente à *diferença* entre o valor patrimonial das cotas e o custo de aquisição delas em *31 de maio de 2018*.

Prescinde tal sistemática de tributação, portanto, da prática de qualquer ato jurídico da parte dos contribuintes ou do gestor do fundo que faça nascer a aquisição da disponibilidade de renda, daí, pois, sua natureza fictícia.

Temos para nós que o art. 2º da referida medida provisória viola expressamente o art. 43 do Código Tributário Nacional, uma vez que instituiu uma hipótese de *tributação automática* de renda sem que o contribuinte ainda tenha sobre ela adquirido a necessária *disponibilidade econômica* ou *jurídica*.

Ora, essa conclusão é de fácil percepção, pois, enquanto o prazo de duração do fundo de investimento fechado estiver fluindo, nada poderá o titular de suas cotas fazer com elas, tampouco terá em mãos seus valores, muito menos terá ele direito à percepção dos rendimentos a elas inerentes, sendo obrigado, para tanto, a aguardar o encerramento de tal fundo, cujos valores dependerão dos termos e condições fixadas no regulamento.

É dizer, no caso concreto a disponibilidade, seja econômica, seja jurídica, nascerá no final do prazo de duração do fundo. Advogar tese diversa equivale a tributar o fato gerador antes de ele ter se materializado, completado, metaforicamente colher o *fruto* ainda *verde* da árvore, o que não se admite.

A confirmar o alegado, quanto a essa matéria, Bulhões Pedreira³⁴ alega que a *disponibilidade econômica* corresponde à *posse direta* de renda, no mais das vezes, *dinheiro em caixa* ou então recebimento de bem de *alta liquidez*, facilmente conversível

32 “Art. 43. O imposto, de competência da União, sobre a renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica: I – de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos; II – de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior.”

33 “Art. 110. A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias.”

34 Imposto sobre a renda: pessoas jurídicas. Rio de Janeiro: Justec, 1979, p. 196-197.

em moeda corrente. E essa posse tem de ser certa, não se confundindo com o direito de crédito, uma vez que, nesse caso, a renda não estaria “nas mãos” do titular. Já a *disponibilidade jurídica* seria o direito à aquisição de renda, que ocorreria no momento em que fosse perfeitamente concluído o negócio jurídico subjacente, sendo indiscutível o direito à percepção da renda. Não é o caso; *uma*, pois fundo fechado afasta liquidez, sucumbindo a disponibilidade econômica, duas, porque antes do encerramento do fundo, não há conclusão do negócio jurídico gerador da renda, restando afastada, pois, a disponibilidade jurídica!

Em acréscimo, Gilberto de Ulhôa Canto, Antonio Carlos Garcia de Souza e Ian de Porto Alegre Muniz³⁵ esclarecem que a disponibilidade econômica ocorre “quando alguém pode, efetivamente, tomar, usar e alienar bem ou direito”. Já a disponibilidade jurídica ocorre no momento em que “seu titular pode, embora não haja recebido fisicamente a coisa ou o direito, deles fazer uso ou tirar os proveitos resultantes do domínio porque a lei ou o contrato lhe permitem, mesmo sem que seja preciso ter sua detenção material”. Também não é o caso, *uma*, porque em remanescendo o prazo de duração do fundo, nada pode o cotista fazer com suas cotas, pois o dinheiro estará “travado”; e, *duas*, os proveitos resultantes do domínio, ínsitos à disponibilidade jurídica, dependem do término do prazo de duração do fundo. Demais disso, antes da data do encerramento, fica difícil até mesmo precisar o valor da renda a ser tributada!

Ramon Tomazela Santos³⁶, com propriedade, alega que a forma de *disponibilização ficta* introduzida pela MP n. 806/2017 se inspirou naquela instituída pelo art. 74, parágrafo único, da malsinada Medida Provisória n. 2.158-35/2010, que tratou da tributação dos lucros auferidos por empresas *controladas e coligadas* com sede no *exterior*.

Nesse caso, a MP n. 2.158-35/2001 considerou, em *31 de dezembro de 2002*, como disponibilizados às *controladoras brasileiras* os lucros apurados por suas controladas ou coligadas no exterior até *31 de dezembro de 2001*, apenas com base no *balanço patrimonial* das últimas, já fazendo incidir o imposto, mesmo inexistindo qualquer hipótese de *realização*, ou formalização de ata de assembleia pelos sócios das coligadas ou controladas decidindo acerca da destinação dos lucros por elas auferidos.

Cabe lembrar que a MP em comento foi submetida a controle concentrado de constitucionalidade por meio da ADIN n. 2.588, tendo o Supremo Tribunal Federal declarado a inconstitucionalidade do seu art. 74, parágrafo único.

Com apoio em todas essas considerações, fato é que o legislador, ao editar a MP n. 806/2017, além de violar o ordenamento jurídico vigente nos pontos abordados, contrariou também

35 Imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). O fato gerador do imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza. Caderno de Pesquisas Tributárias n. 11. São Paulo: Centro de Estudos de Extensão Universitária/Resenha Tributária, 1986, p. 01-44.

36 Sistemática de come-cotas para fundos de investimentos. Artigo disponível no website <<https://www.jota.info/artigos/sistemática-de-come-cotas-para-fundos-de-investimentos-22112017>>. Acesso em: 19 jan. 2018.

a jurisprudência do Pretório Excelso fixada em sede de decisão *erga omnes*, a quem cabe dar a última palavra em matéria constitucional.

Espera-se que a medida provisória em comento, quanto a esse particular, caia, ou, na hipótese de ser convertida em lei, seja este ponto substancialmente alterado, de modo a se garantir uma tributação justa e transparente aos contribuintes que, de boa-fé, optaram por investir seus recursos em fundos fechados.

Do contrário, em havendo necessidade de se bater às portas do Poder Judiciário, espera-se que ele mantenha, para o caso concreto, o mesmo entendimento por ele firmado quando da apreciação da MP n. 2.158-35/2001.

4. CONCLUSÕES

Face ao todo o exposto, a partir do texto acima desenvolvido, podem-se extrair as seguintes conclusões:

- 1) De início, o ordenamento jurídico brasileiro, no tocante aos fundos de investimento fechados, encampou uma política fiscal de privilegiar o tratamento tributário no concernente à imposição – pelo IRRF – dos rendimentos produzidos pelas cotas, fixar a incidência do imposto para o momento de seus encerramentos, que coincide com a realização, uma vez que lá será possível efetuar resgate, alienação, amortização de cotas etc.;
- 2) A ideia que inspirou essa sistemática de tributação foi a de atrair investidores de risco nacionais e estrangeiros, para que aportassem capitais em fundos fechados por prazo considerável de tempo, de modo a fortalecer e girar a economia;
- 3) Com a edição da MP n. 806/2017, o Governo Federal, em virtude da necessidade evidente de arrecadação, ao argumento de corrigir “distorções” do sistema normativo, acabou por alterar drasticamente a política fiscal que então vinha sendo implementada, instituindo novas sistemáticas de tributação dos fundos fechados, a saber: (i) *hipótese ficta de disponibilização* de rendimentos (mediante tributação em 31 de maio de 2018 pelo IRRF sobre a valorização das cotas correspondente à diferença do custo de aquisição e o valor nominal desta data); (ii) inserção da metodologia de tributação pelo “come-cotas”; (iii) distinção do regime fiscal em virtude dos ativos que compõem a carteira; e (iv) se a entidade é ou não considerada de investimento pelas normas da CVM, o que também produz efeitos no regime de tributação;
- 4) Tais alterações, caso mantidas pelo Congresso Nacional, se convertida em lei a MP n. 806/2017, ofendem diversos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais;
- 5) De início, pode-se dizer que referida medida provisória feriu o princípio da irretroatividade da lei tributária, uma vez que permitiu a tributação de

valorizações acumuladas das cotas que se referem a exercícios anteriores à sua entrada em vigor e, conseqüentemente, de sua lei de conversão, se aprovada;

6) Violou, também, os princípios da segurança jurídica, da não surpresa, da boa-fé objetiva e da confiança, uma vez que pegou muitos investidores desprevenidos, mudando radicalmente a metodologia de tributação dos fundos fechados, aumentando as alíquotas e a carga tributária em patamares para os quais não estavam preparados, tampouco tinham condições de prever, uma vez que antes a política fiscal era de indução ao investimento e, depois, migrou para a finalidade arrecadatória. Essa “virada de mesa” instaura grande insegurança entre os investidores com efeitos deletérios sobre a economia, com a possível quebra de fundos fechados já constituídos para escapar à tributação, bem como preferência a um investimento em detrimento de outro por razões puramente fiscais, em ofensa ao princípio da neutralidade tributária;

7) Há, também, afronta ao princípio da igualdade tributária, uma vez que o art. 5º da MP n. 806/2017 estipulou tratamentos fiscais diversos para investidores/contribuintes que podem estar na mesma situação econômica, elegendo como *discrímen* a natureza dos ativos que compõem as carteiras de investimento e o fato de o fundo ser considerado ou não entidade de investimento de acordo com as normas da CVM, o que, numa primeira análise, não nos parece razoável, uma vez que a Lei Maior veda distinções tributárias em razão da natureza dos rendimentos auferidos ou de sua procedência;

8) Na sequência, há também afronta à anterioridade tributária, porquanto a medida provisória ter sido editada em 2017 e querer agravar a situação tributária dos investidores de fundos fechados já em 31 de maio de 2018, o que não é constitucionalmente possível, uma vez que, caso seja convertida em lei, o será em 2018, de modo que, para as MPs que instituem ou aumentam tributos, há de ser observada a anterioridade anual *ex vi* art. 62, § 2º, da Lei Maior. Sem prejuízo, vale citar que a nova normatização em comento já pretendeu irradiar seus efeitos para eventos ocorridos desde o início de janeiro deste ano (incidência do IRRF sobre rendimentos auferidos nos casos de cisão, fusão, incorporação e transformação de fundos de investimento fechados), antes mesmo de ser vertida em lei e, por fim, alcançar rendimentos dos FIPs produzidos já em 2 de janeiro do corrente ano, o que sacrifica novamente a anterioridade;

9) Por fim, no âmbito infraconstitucional, percebe-se também afronta aos arts. 43 e 110, ambos do Código Tributário Nacional, na medida em que se estabeleceu uma modalidade ficta de tributação da renda equivalente a um resgate compulsório, sem qualquer base no direito privado. É fato que, no tocante aos fundos fechados, enquanto estiverem fluindo seus prazos de duração, o titular de suas cotas não terá, até a data de encerramento, nenhuma hipótese de disponibilidade econômica ou jurídica de renda. O Supremo Tribunal Federal, em situação semelhante (MP n. 2.158-35/2001, que tratou dos lucros de coligadas e controladas no exterior), afastou

a incidência do imposto sobre a renda em casos em que não estiver evidenciada alguma hipótese de disponibilidade; e

10) Com apoio em todos esses fundamentos, espera-se que o Congresso Nacional, quando da análise do projeto de conversão em lei da MP n. 806/2017, atente para todas essas questões, do contrário, pode-se imaginar uma verdadeira avalanche de ações judiciais a serem manejadas pelos investidores que se sentirem prejudicados, sem prejuízo dos efeitos negativos que serão produzidos sobre a economia nacional.

BIBLIOGRAFIA

BRASIL. Lei n. 11.033, de 21 de dezembro 2004. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L11033.htm#art1>. Acesso em: 31 jan. 2018.

_____. Lei n. 11.053, de 29 de dezembro de 2004. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L11053.htm#art6>. Acesso em: 31 jan. 2018.

_____. Medida Provisória n. 281, de 15 de fevereiro de 2006 – Exposição de Motivos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Exm/EM-17-MF.htm>. Acesso em: 02 fev. 2018.

_____. Medida Provisória n. 806, de 30 de outubro de 2017 – Exposição de Motivos. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/medpro/2017/medidaprovisoria-806-30-outubro-2017-785676-exposicaoodemotivos-154126-pe.html>>. Acesso em: 02 fev. 2018.

_____. Medida Provisória n. 806, de 30 de outubro de 2017. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/Mpv/mpv806.htm>. Acesso em: 15 jan. 2018.

_____. RECEITA FEDERAL DO BRASIL. Instrução Normativa n. 1.585, de 31 de agosto de 2015. Disponível em:

<<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=67494#1564214>>. Acesso em: 01 fev. 2018.

_____. Decreto n. 3000, de 26 de março de 1999. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3000.htm>. Acesso em: 30 jan. 2018.

CARRAZZA, R. A. *Curso de direito constitucional tributário*. São Paulo: Malheiros, 2000.

CARVALHO, P. D. B. *Curso de direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2007.

CONGRESSO NACIONAL. Resolução n. 1, de 2002. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/rescon/2002/resolucao-1-8-maio-2002-497942-norma-actualizada-pl.html>>. Acesso em: 30 jan. 2018.

_____. Tramitação legislativa da Medida Provisória n. 806, de 30 de outubro de 2017. Disponível em: <<https://www.congressonacional.leg.br/materias/medidas-provisorias/-/mpv/131385>>. Acesso em: 01 fev. 2018.

MOSCHETTI, F. *Il Princípio della capacità contributiva*. Padova, Itália: CEDAM, 1973.

PEDREIRA, J. L. B. *Imposto sobre a renda: pessoas jurídicas*. Rio de Janeiro: Justec, 1979.

SANTOS, R. T. Sistemática de come-cotas para fundos de investimentos. Disponível em: <<https://www.jota.info/artigos/sistemática-de-come-cotas-para-fundos-de-investimentos-22112017>>. Acesso em: 19 jan. 2018.

SCHOUERI, L. E. *Normas tributárias indutoras e intervenção econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. *Direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2017.

SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL. Nota Executiva sobre a Medida Provisória n. 806, de 8 de novembro de 2017. Disponível em: <<http://idg.receita.fazenda.gov.br/dados/receitadata/estudos-e-tributarios-e-aduaneiros/nota-executiva-sobre-fundos-de-investimento-em-participacoes-2013-fip.pdf>>. Acesso em: 31 jan. 2018.

SMITH, A. *A riqueza das nações: investigação sobre sua natureza e suas causas*. São Paulo: Abril Cultural, Coleção: Os Economistas.

SOUZA, A. C. G. D.; CANTO, G. D. U.; MUNIZ, I. D. P. A. Imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza. In: MARTINS, I. G. D. S. (coord.). *O fato gerador do imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza. Caderno de Pesquisas Tributárias* n. 11. São Paulo: Centro de Estudos de Extensão Universitária/Resenha Tributária, 1986.

Data de recebimento: 20/02/2018.

Data de aprovação do artigo: 21/05/2018.