



**MINISTÉRIO DA FAZENDA**  
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



<b>PROCESSO</b>	<b>17459.720017/2023-04</b>
<b>ACÓRDÃO</b>	1301-007.965 – 1ª SEÇÃO/3ª CÂMARA/1ª TURMA ORDINÁRIA
<b>SESSÃO DE</b>	27 de novembro de 2025
<b>RECURSO</b>	DE OFÍCIO E VOLUNTÁRIO
<b>RECORRENTES</b>	S3 CACEIS BRASIL DISTRIBUIDORA DE TITULOS E VALORES MOBILIARIOS S.A. FAZENDA NACIONAL

**Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário**

Ano-calendário: 2020

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. LANÇAMENTO DE IRRF. SUJEIÇÃO PASSIVA. IDENTIFICAÇÃO DO RESPONSÁVEL. ADMINISTRADOR DE FUNDO DE INVESTIMENTO. FATO GERADOR ANTERIOR À SUCESSÃO.

A responsabilidade pela retenção do Imposto de Renda na Fonte (IRRF) é do administrador do fundo de investimento vigente à época do fato gerador (pagamento ou crédito dos rendimentos), conforme expressa disposição normativa (art. 17, §2º da IN RFB 1.585/2015).

NULIDADE DO LANÇAMENTO. EXONERAÇÃO DO OBRIGADO PRINCIPAL EM RAZÃO DE CARÁTER PESSOAL. MANUTENÇÃO DA EXIGÊNCIA EM RELAÇÃO AO RESPONSÁVEL SOLIDÁRIO. POSSIBILIDADE.

O CTN é claro ao afirmar que a relação de solidariedade não comporta benefício de ordem (art. 124, parágrafo único), logo, não há de se falar em relação acessória entre o devedor principal e aquele que figura como responsável solidário. Além disso, o inciso II do art. 125 do CTN dispõe que a remissão do crédito exonera todos os obrigados, salvo se outorgada pessoalmente a um deles, subsistindo a responsabilidade ao demais. No caso presente, a exoneração em razão da inexistência da relação pessoal do devedor originalmente indicado como principal pela DRJ, em razão deste não ser o administrador do fundo na época dos fatos geradores, não nulifica a exigência em relação aos demais coobrigados, que foram regularmente chamados para figurar no polo passivo da relação tributária.

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. EXCLUSÃO DO DEVEDOR PRINCIPAL PELA DRJ. MANUTENÇÃO DO SOLIDÁRIO. ALTERAÇÃO DO CRITÉRIO JURÍDICO. IMPOSSIBILIDADE.

A decisão de primeira instância (DRJ) que reconhece a ilegitimidade passiva do sujeito passivo principal eleito no Auto de Infração, excluindo-o da lide, não pode "promover" o responsável solidário à condição de devedor único para manter a exigência do crédito. A obrigação solidária, na forma como constituída no lançamento, não subsiste autonomamente sem a obrigação principal à qual estava vinculada. Tal modificação em sede de julgamento configura alteração do critério jurídico do lançamento, vedada pelo art. 146 do CTN, e viola o contraditório, impondo a nulidade integral do feito.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao Recurso de Ofício. Quanto ao recurso voluntário, acordam os membros do colegiado em rejeitar as preliminares de nulidade (i) por voto de qualidade, quanto à arguida pelo BANCO GENIAL S.A. para anular integralmente o Auto de Infração, vencidos os Conselheiros José Eduardo Dornelas Souza (Relator), Eduardo Monteiro Cardoso e Eduarda Lacerda Kanieski, que a acolhiam; e (ii) por unanimidade de votos, em rejeitar a de ausência de motivação e fundamentação legal. Quanto ao mérito, acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Iágaro Jung Martins.

*Assinado Digitalmente*

**JOSE EDUARDO DORNELAS SOUZA** – Relator

*Assinado Digitalmente*

**IÁGARO JUNG MARTINS** – Redator designado

*Assinado Digitalmente*

**RAFAEL TARANTO MALHEIROS** – Presidente

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Iágaro Jung Martins, Jose Eduardo Dornelas Souza, Luis Angelo Carneiro Baptista, Eduarda Lacerda Kanieski, Eduardo Monteiro Cardoso, Rafael Taranto Malheiros (Presidente).

RELATÓRIO

Trata-se de Recursos de ofício e Voluntário interpostos em face do Acórdão nº 108-045.637, proferido pela Delegacia de Julgamento da Receita Federal do Brasil 08, que, por unanimidade de votos, julgou procedente em parte as Impugnações para:

- i) Manter integralmente o crédito tributário lançado;
- ii) excluir a sujeição passiva da impugnante S3 CACEIS BRASIL DISTRIBUIDORA DE TITULOS E VALORES MOBILIARIOS S.A e;
- iii) manter no polo passivo a impugnante BANCO GENIAL S.A, respondendo esta última integralmente pelo crédito tributário mantido.

Por bem descrever o ocorrido, valho-me do relatório elaborado por ocasião do julgamento de primeira instância, a seguir transcrito:

RELATÓRIO

1. Trata-se de análise da impugnação ao auto de infração do Imposto sobre a Renda Retido na Fonte - IRRF, lançado quando constatado que a administradora do FUNDO DE INVESTIMENTO IMOBILIÁRIO TM – FII não reteve o imposto de renda incidente sobre os rendimentos e sobre o ganho de capital distribuídos pelo FUNDO, pagos ao BR7 FUNDO DE INVESTIMENTO MULTIMERCADO CRÉDITO PRIVADO, nos montantes de R\$ 26.444.882,66 e R\$ 113.353.951,30, respectivamente. No processo também será analisada a impugnação à imputação de responsabilidade solidária atribuída ao BANCO GENIAL, antigo administrador do fundo, nos termos do artigo 124, inciso II, do Código Tributário Nacional (CTN).
2. No presente processo o crédito tributário lançado encontra-se demonstrado a seguir:

Auto de infração			
IMPOSTO DE RENDA RETIDO NA FONTE			
LAVRATURA			
Tributante		Número de Inscrição Fiscal	
DEOPE - SÃO PAULO		0816900.2022.00061	
Local de Lançamento		Data	
RUA AVANHANDAVA, 55, 5º andar		19/09/2023	
Hora		20:01	
SUJEITO PASSIVO			
Nome		CNPJ	
S3 CACEIS BRASIL DISTRIBUIDORA DE TITULOS E VALORES MOBILIARIOS S.A		62.318.407/0001-19	
Logradouro		Número	Complemento
RUA AMADOR BUENO		474	ANDAR
			1
			BLOCO
			D
Nome		CPF	
SANTO AMARO		04752901	
DEMAIS SUJEITOS PASSIVOS			
Nome Impugnante		CNPJ	
BANCO GENIAL S.A.		45.246.410/0001-55	
Tipo de Responsabilidade Tributária			
Responsabilidade Solidária de Direito			
Logradouro		Número	Complemento
PRAIA DE BOTAFOGO		228	SALA 907
		(21) 39233000	
Nome		CPF	
BOTAFOGO		22250-040	
DEMONSTRATIVO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO em R\$			
		Cód. Receita Defat	
IMPOSTO		2932	
		Valor	
		27.959.767,30	
JUROS DE MORA (Cálculo em 09/2023)		Valor	
		7.126.662,56	
MULTA PROPORCIONAL (Pena por Retenção)		Valor	
		20.969.825,47	
VALOR DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO		Valor	
		56.056.255,33	
Valor por Extensão			
CINQUENTA E SEIS MILHÕES, CINQUENTA E SEIS MIL, DUZENTOS E CINQUENTA E CINCO REAIS E TRINTA E TRÊS CENTAVOS			

3. A síntese do que consta no Termo de Verificação Fiscal (TVF) traz as seguintes informações:

- Fiscalização aberta com o objetivo de verificar a adequação da tributação dos rendimentos e do ganho de capital distribuídos pelo FUNDO DE INVESTIMENTO IMOBILIÁRIO TM – FII – “FUNDO” - no ano de 2020. Os imóveis que compõem a carteira do fundo imobiliário foram adquiridos por BRKB DISTRIBUIDORA DE TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS S/A da BW1 MORUMBI EMPREENDIMENTO IMOBILIÁRIO, empresa do grupo econômico WTORRE.
- O procedimento de fiscalização foi inicialmente instaurado em face do BANCO GENIAL, antigo Administrador e, após a coleta de informações, redirecionado para o atual, S3 CACEIS BRASIL DISTRIBUIDORA DE TITULOS E VALORES MOBILIARIOS. O FUNDO contava, no final do ano de 2020, com 468.498.000 cotas integralizadas por BR7 FUNDO DE INVESTIMENTO MULTIMERCADO CRÉDITO PRIVADO, que tem como cotista único BSREP II BR7 II LLC - BANCO BTG PACTUAL S/A, entidade domiciliada no exterior.
- O FUNDO distribuiu rendimentos que totalizaram R\$ 26.444.882,66 no ano de 2020, assim como alienou, por R\$ 260.485.000,00, no dia 16/12/2020, 25% de seu patrimônio para HEDGE AAA FUNDO DE INVESTIMENTO IMOBILIÁRIO. Não houve retenção do imposto de renda, alegando o Administrador do FUNDO a isenção prevista no artigo 14 da Instrução Normativa 1.585/1995, no que tange aos rendimentos entregues ao Fundo Multimercado, bem assim como a dispensa constante no artigo 16 da Lei nº 8.668/1993, no que se refere a eventual ganho de capital que poderia ter surgido da venda do patrimônio do fundo imobiliário.
- No mesmo dia da alienação de parte dos imóveis, amparado no permissivo contido na cláusula 6.2 do Regulamento do FUNDO, abaixo transcrita, decidiu pagar ao BR7 FUNDO DE INVESTIMENTO MULTIMERCADO CRÉDITO PRIVADO a quantia de R\$ 261.003.404,97 a título de amortização de 261.003.000 mil cotas:

6.2. O Administrador poderá efetuar amortizações de Cotas a qualquer momento, durante o prazo de duração do Fundo, ao seu exclusivo critério e de acordo com as condições previstas neste Regulamento, na medida em que o valor dos ganhos e rendimentos do Fundo provenientes de seus investimentos em e/ou desinvestimento nos Ativos sejam suficientes para pagar o montante de todas as exigibilidades e reservas do Fundo.

6.2.1. As Cotas serão amortizadas proporcionalmente ao montante que o valor de cada Cota representa relativamente ao Patrimônio Líquido, sempre que houver desinvestimentos ou qualquer pagamento relativo aos Ativos integrantes do patrimônio do Fundo, no prazo máximo de 30 (trinta) dias contados de seu recebimento pelo Fundo.

- O Administrador do FUNDO informou que, em razão da isenção aplicável aos ganhos de capital auferidos pela carteira do fundo imobiliário, apenas evidenciou o resultado da alienação dos imóveis, que foi calculado da seguinte forma:

<b>(-) Composição do Custo – Imóvel WT Morumbi:</b>	<b>R\$ 1.014.693.450,00</b>
Custo Histórico de Aquisição	R\$ 558.372.551,55
Apreciação decorrente da Avaliação a Valor Justo (AVJ)	R\$ 426.169.255,18
Linearização	R\$ 1.215.325,94
Gastos Capitalizados	R\$ 28.936.317,33
<b>Preço de Venda da Fração Ideal:</b>	<b>R\$ 260.485.000,00</b>
<b>(-) Custo atribuído à venda de 25% do Imóvel WT Morumbi:</b>	<b>R\$ 253.673.362,50</b>
<b>Resultado da Venda</b>	<b>R\$ 6.811.637,50</b>

• Para efeitos de demonstração do resultado das operações realizadas, percebe-se que o procedimento atende ao comando contido no artigo 7ª da Instrução CVM 516/201 • Enquanto se tratar de estimativa acerca do valor que seria alcançado pela venda do ativo, a contrapartida contábil da valoração se dá em conta de receita que não transita pelo caixa do fundo imobiliário, não estando pronto para distribuição ao cotista. Havendo, porém, a alienação do ativo, ocorre a realização da renda e o montante atribuído à avaliação a valor justo transforma-se em acréscimo patrimonial, disponível para ser tributado.

• Toda a quantia recebida pela alienação de parcela dos imóveis foi entregue ao cotista, sem que fosse apurado e retido o imposto de renda devido em razão da diferença positiva surgida na operação. Embora as normas contábeis destinadas às demonstrações financeiras dos fundos imobiliários prevejam a inclusão do montante representativo da avaliação a valor justo no custo de aquisição do imóvel, essa mesma soma não deve ser considerada como parte integrante do valor contábil para fins de apuração do ganho de capital.

• No campo tributário, as companhias abertas devem seguir as disposições contidas na Lei nº 12.973/2014, que são cristalinas no sentido de determinar que, na apuração do ganho de capital, a contrapartida da avaliação a valor justo do ativo deve ser desconsiderada como parte integrante do valor contábil ou computado na apuração do lucro.

• Assim sendo, utilizando-se das informações fornecidas pelo Administrador do FUNDO à época dos fatos, apuramos o ganho de capital, que restou demonstrado no quadro abaixo:

apuração do ganho de capital	
custo histórico dos imóveis	558.372.551,55
linearização	1.215.325,94
gastos capitalizados	28.936.317,33
<b>total custo</b>	<b>588.524.194,82</b>
<b>preço de venda da fração ideal</b>	<b>260.485.000,00</b>
custo atribuído à venda de 25% do Imóvel WT Morumbi	147.131.048,71
<b>ganho de capital</b>	<b>113.353.951,30</b>

• Embora o ganho de capital computado pela carteira do fundo imobiliário esteja isento de tributação, sua distribuição ao cotista, a qualquer título, atrai a incidência do imposto de renda, nos termos da disposição contida no artigo 17 da Lei nº 8.668/1993.

• Apresentou então a análise efetuada entre a incidência da tributação dos rendimentos e do ganho de capital distribuídos pelo FUNDO DE INVESTIMENTO IMOBILIÁRIO TM – FII, prevista no artigo 17 da Lei nº 8.668/1993, em confronto tanto com a isenção concedida aos rendimentos auferidos pelas carteiras dos

fundos de investimento, disposta no § 4º da Medida Provisória nº 2.189-49/2001, quanto com a dispensa tributária outorgada aos rendimentos e ganhos líquidos ou ganhos de capital constante no art. 14 da Instrução Normativa SRF nº 1.585/2015.

#### Dos Fundos de Investimentos

- A Lei nº 8.668/1993, alterada pelas Leis n.ºs 9.779/1999, 11.033/2004, 11.196/2005 e 12.024/2009, criou microssistema contendo as regras e regulamentos necessários para a instituição, administração, funcionamento e tributação dos rendimentos e ganhos de capital auferidos e distribuídos pelos fundos imobiliários no Brasil.
- Especificamente na seara tributária, temos o preceito que equipara às pessoas jurídicas o fundo de investimento imobiliário que aplicar recursos em empreendimento imobiliário que tenha como incorporador, construtor ou sócio, cotista que possua, isoladamente ou em conjunto com pessoa a ele ligada, mais de vinte e cinco por cento das cotas do fundo. (art. 2º da Lei nº 9.779/1999).
- Em não se verificando a equiparação prevista no art. 2º da Lei nº 9.779/1999, o art. 17 da Lei nº 8.668/1993 fixou a alíquota de vinte por cento que deve incidir sobre os rendimentos e ganhos de capital, quando distribuídos pelos fundos de investimento imobiliário a qualquer beneficiário.
- O art. 3º da Lei nº 11.033/2004 concedeu às pessoas físicas isenção do imposto de renda sobre a remuneração produzida por letras hipotecárias, certificados de recebíveis imobiliários e letras de crédito imobiliário e sobre os rendimentos distribuídos pelos fundos de investimento imobiliário.
- Ainda no mesmo artigo 3º da Lei nº 11.033/2004 são impostas condições para a fruição do benefício: é concedido somente nos casos em que os fundos de investimento imobiliário possuam, no mínimo, cinquenta cotistas, desde que o cotista pessoa física não seja titular de cotas que representem 10% ou mais da totalidade das cotas emitidas pelo Fundo de Investimento Imobiliário, ou ainda cujas cotas lhe derem direito ao recebimento de rendimento superior a 10% do total de rendimentos auferidos pelo fundo.
- Por sua vez, os denominados fundos multimercados, que alocam o capital dos seus cotistas em diferentes opções financeiras disponíveis no mercado, tanto em renda variável, quanto renda fixa, não contam com regulamentação minuciosa. Ao contrário, esses fundos de investimento são mencionados no artigo 117 da Instrução CVM nº 555/2014 e tratados apenas esparsamente ao longo da mencionada norma regulamentadora.
- Não há lei que trate da criação, organização e atuação dos fundos multimercados, assim como inexistente disciplinamento individualizado em legislação tributária.

- Nesse sentido, afirmou a inaplicabilidade do disposto no artigo 14 da IN RFB 1.585/2015, destinado aos fundos que contam com legislação específica, a exemplo dos Fundos de Investimento em Participações-FIP (Lei nº 11.312/2006) e Fundo de Investimento em Participações em infraestrutura-FIP-IE (Lei nº 11.478/2007).
- Em face da inexistência de legislação exclusiva, na hipótese de estarem sujeitas ao imposto de renda, as operações realizadas pelos fundos multimercados devem obedecer às normas gerais, previstas nos artigos 68 da Lei nº 8.981/1995, art. 28 da Lei nº 9.532/1997, art. 6º da MP nº 2.189-49/2001, art. 3º da Lei nº 10.892/2002, art. 1º da Lei nº 11.033/2004 e art. 6º da Lei nº 11.053/2004.
- A legislação tributária aplicável aos fundos de investimento não imobiliário tem sido objeto de reiteradas alterações, evoluindo ao longo do tempo para a criação de uma regra geral de retenção do imposto de renda denominada “come-cotas”.
- Saliente-se, no entanto, que atualmente o procedimento que resulta no come-cotas aplica-se apenas a fundos de investimentos abertos, nos quais os cotistas podem solicitar o resgate a qualquer tempo. E tanto é assim que, recentemente, por meio da Medida Provisória 1.184/2023, ainda em tramitação, da Medida Provisória nº 806/2017 e do Projeto de Lei do Senado nº 336/2018, foram efetuadas tentativas de extensão da tributação do imposto de renda aos fundos fechados.
- A Instrução Normativa RFB nº 1.581/2015 veicula o mesmo entendimento, ao dispor, no § 4º do art. 9º, a inaplicabilidade da exação incidente sobre os rendimentos obtidos pelos fundos fechados.
- O BR7 FUNDO DE INVESTIMENTO MULTIMERCADO CRÉDITO PRIVADO foi constituído sob a forma de condomínio fechado, destinado exclusivamente a investidores profissionais. Como demonstrado, fundos que não admitem resgate de cotas antes do término do prazo de sua duração não estão sujeitos à sistemática do come-cotas, não se aplicando, por conseguinte, o disposto no artigo 6º da MP nº 2.189-49/2001.

Afastada a incidência dos preceitos estabelecidos no caput do artigo, inaplicável por óbvio, a isenção tributária concedida pelo § 4º do referido artigo.

#### Do conflito de normas

- O Artigo 2º do Decreto Lei nº 4.657/1942 (Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro) regula a vigência e a eficácia das normas jurídicas:

*Art. 2º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue. (Vide Lei nº 3.991, de 1961) (Vide Lei nº 5.144, de 1966)*

*§ 1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.*



*§ 2º A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.*

(...)

- Com exceção dos casos em que destinada a existir por tempo determinado, a lei terá vigor até que outra lei a modifique ou a revogue. A revogação pode ser parcial (derrogação) ou total (ab-rogação). Pode ser expressa (quando indica claramente o dispositivo legal a ser revogado) ou tácita (quando regule inteiramente o assunto tratado na lei anterior). Não havendo revogação ou modificação de lei vigente, a publicação de uma nova lei, geral ou especial, não implica revogação automática de outra que trate de matéria já abordada em outra lei.

- A Lei nº 8.668/1993 é legislação especial, em contraposição às regras previstas na Medida Provisória nº 2.189-49/2001, que traz normas gerais aplicáveis a outros fundos de investimentos • O confronto entre a dispensa tributária estatuída pela Medida Provisória (lei geral posterior) e a imposição tributária da lei regulamentadora dos fundos imobiliários (lei especial precedente) resulta no que a doutrina tem denominado de “antinomia de segundo grau”.

- Da doutrina vem a seguinte proposta para a superação de antinomias aparentes, especialmente quando se verifica conflito entre uma norma especial anterior e uma norma geral posterior (FIEDDE, Reis – Antinomias e Critérios Solucionadores - Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife, vol.89, n.02, jul.-dez. 2017, pág. 155):

*b) “Conflito entre o critério de especialidade e o cronológico: esse conflito tem lugar quando uma norma anterior especial é incompatível com uma norma posteriorgeral. Tem conflito porque, aplicando o critério da especialidade, dá-se preponderância à primeira norma, aplicando o critério cronológico, dá-se prevalência à segunda. Também aqui foi transmitida uma regra geral, que soa assim: Lex posterior generalis non derogat priori speciali. Com base nessa regra, o conflito entre critério de especialidade e critério cronológico deve ser resolvido em favor do primeiro: a lei geral sucessiva não tira do caminho a lei especial precedente. O que leva a uma posterior exceção ao princípio lex posterior derogat priori: esse princípio falha, não só quando a lex posterior é inferior, mas também quando é generalis (e a lex prior é specialis) (...)*

- O fundamento racional estaria no fato de, na existência de um sujeito competente que possa dispor sobre a mesma matéria, mediante o mesmo processo legislativo, deve-se dar prevalência às normas expedidas para tratar situações específicas em face das normas gerais, até porque essa é uma das formas que o direito dispõe para tratar diferentemente situações que não se confundem.



- Portanto, a regra específica, disposta no artigo 17 da Lei nº 8.668/1993, que tributa os rendimentos e ganhos de capital distribuídos pelos fundos imobiliários prevalece sobre a isenção concedida pelo § 4º do art. 6L2 da MP nº 2.189-49/2001, ainda com mais razão na presença de norma que obriga a distribuição de pelo menos 95% dos lucros dos fundos imobiliários.

#### Da norma anti-diferimento

- Disposição legal contida no parágrafo único do artigo 10 da Lei nº 8.668/1993 obriga a distribuição semestral de no mínimo 95% dos lucros auferidos aos cotistas, apurados segundo o regime de caixa:

*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.*

- A determinação de distribuição obrigatória semestral dos rendimentos visa evitar o diferimento por tempo indeterminado da tributação.
- O motivo que levou o legislador tributário a determinar a distribuição obrigatória dos resultados dos fundos imobiliários foi atender a necessária disponibilidade econômica e jurídica da renda, ao mesmo tempo que viabiliza as condições financeiras para o adimplemento da obrigação tributária, pois o imposto de renda sobre os lucros somente pode ser exigido quando da sua distribuição efetiva.
- O BR7 FUNDO DE INVESTIMENTO MULTIMERCADO CRÉDITO PRIVADO não distribuiu rendimentos, tendo incorporado dividendos, juros sobre capital próprio e outras quantias advindas de ativos que integram sua carteira ao seu patrimônio líquido. Os rendimentos e o ganho de capital recebidos do FUNDO DE INVESTIMENTO IMOBILIÁRIO TM – FII remanesçam sem tributação.
- A interposição de um fundo multimercado fechado, não sujeito ao come-cotas, tornaria nula a regra anti-diferimento prevista no artigo 10 da Lei nº 8.668/1993 e permitiria que o fundo utilizasse em seus investimentos o imposto que deixou de ser recolhido, em vez de repassá-los aos cofres públicos.

#### Da conclusão

- Os fundos de investimento multimercado não contam com legislação tributária específica, o que afasta a aplicação da isenção prevista no artigo 14 da Instrução Normativa SRF nº 1485/85;
- O BR7 FUNDO DE INVESTIMENTO MULTIMERCADO CRÉDITO PRIVADO, por estar constituído sob a forma de condomínio fechado, não está sujeito à tributação pelo imposto de renda na forma prevista no art. 6º, da MP nº 2.189-49/2001 e, por consequência, não se beneficia da isenção contida no § 4º citado artigo;

- A regra tributária disposta no art. 17 da Lei nº 8.668/1993, por ser norma contida em lei especial, que versa sobre os fundos imobiliários e rege por completo a operação de tais fundos de investimento, prevalece sobre a isenção concedida em caráter geral;
- A alienação de parte dos ativos do FUNDO dá ensejo à apuração de ganho de capital, e sua distribuição conduz à exação pelo imposto de renda;
- Em face da inaplicabilidade de norma isentiva, aplica-se, na espécie, a tributação sobre rendimentos e ganhos de capital distribuídos pelo FUNDO DE INVESTIMENTO IMOBILIÁRIO TM – FII à alíquota de 20%, prevista no artigo 17 da Lei nº 8.668/1993;
- Com isto, foi efetuado o lançamento do imposto de renda incidente sobre os rendimentos e sobre o ganho de capital distribuídos pelo FUNDO, pagos ao BR7 FUNDO DE INVESTIMENTO MULTIMERCADO CRÉDITO PRIVADO, nos montantes de R\$ 26.444.882,66 e R\$ 113.353.951,30, respectivamente.

#### Da responsabilidade Solidária

- O Código Tributário Nacional – CTN, nos artigos 113, 121 e 124, dispõe cuidadosamente quanto à relação jurídica existente entre o sujeito passivo e o Fisco.
- A legislação ordinária, direcionada especificamente à regulamentação dos fundos imobiliários, atribui à administradora ampla competência na gestão. O art. 14 da Lei nº 8.668/1993 estabelece:

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

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

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

- As normas tributárias, por sua vez, em contraponto a profusa atribuição de poderes à administradora do fundo imobiliário, determinam suas obrigações perante o Fisco.
- A Lei nº 9.532/1997, em seu artigo 32, determina que o administrador dos fundos e clubes de investimento retenha e recolha o imposto de renda correspondente aos rendimentos pagos ou creditados como resultado da alienação, amortização, ou resgate das respectivas cotas. Do mesmo modo, o artigo 4º da Lei nº 9.779/1999 dispõe que a instituição administradora é responsável pelas obrigações tributárias do fundo de investimento imobiliário, inclusive de natureza acessória:

*Art. 32 da Lei nº 9.532/1997:*

*O imposto de que tratam os arts. 28 a 31 será retido pelo administrador do fundo de investimento na data da ocorrência do fato gerador e recolhido até o terceiro dia útil da semana subsequente.*

*Artigo 4º da Lei nº 9.779/1999:*

*Art. 4º Ressalvada a responsabilidade da fonte pagadora pela retenção do imposto sobre os rendimentos de que trata o art. 16 da Lei no 8.668, de 1993, com a redação dada por esta Lei, fica a instituição administradora do fundo de investimento imobiliário responsável pelo cumprimento das demais obrigações tributárias, inclusive acessórias, do fundo.*

- A responsabilidade ordinária do administrador pelos tributos incidentes sobre o patrimônio e a renda dos fundos que administra decorre da lei e lhe é imputada em consonância com as normas gerais previstas nos artigos do CTN acima transcritos, o que o coloca como sujeito passivo da obrigação tributária na condição de responsável

- Particularmente, no presente caso, o BANCO GENIAL detinha as informações necessárias e suficientes para reter o imposto de renda incidente sobre os rendimentos e ganhos de capital distribuídos pelo FUNDO DE INVESTIMENTO IMOBILIÁRIO TM – FII e, por consequência, evitar a infringência do disposto no art. 17 da Lei nº 8.668/1993.

4. Cientificada da autuação em 22/09/2023 (fls. 1.230), a contribuinte apresentou Impugnação em 24/10/2023 (fls. 1.236) alegando, em síntese, que:

- Conforme Termo de Verificação e Encerramento, o procedimento fiscal foi inicialmente instaurado em face do Banco Genial S.A (tido por sujeito passivo solidário), antigo administrador do TM FII, e redirecionado à Impugnante, atual administradora.

- De início, a Impugnante destaca que, à época dos fatos, não tinha qualquer gerência sobre o TM FII, que teve sua administração transferida à Impugnante apenas em 16/01/2021, conforme Ata da Assembleia Geral realizada em 15/01/2021 e devidamente informado à DEOPE/SPO em Resposta ao Termo de Intimação n.

01/2023.

- Durante o procedimento fiscal o Banco Genial informou que, em 16/12/2020, o FUNDO alienou 25% de seu patrimônio para o HEDGE AAA FUNDO DE INVESTIMENTO, por R\$ 260.485.000,00 e, amparado no permissivo contido nº Regulamento do FUNDO, distribuiu rendimentos que totalizaram R\$ 26.444.882,66 ao seu cotista BR7 FUNDO DE INVESTIMENTO MULTIMERCADO CRÉDITO PRIVADO (BR7 FIM), a título de amortização de 261.003.000 mil cotas • Questionado durante o procedimento fiscal, o Banco Genial esclareceu que eventuais rendimentos ou ganhos percebidos no nível da carteira do BR7 FIM são isentos de Imposto sobre a Renda, ficando dispensado da retenção nos termos do

artigo 14, da Instrução Normativa RFB nº 1.585/1995 e do artigo 28, § 10 da Lei nº 9.532/1997.

- A fiscalização sustenta que, embora o ganho de capital computado pela carteira do fundo imobiliário esteja isento de tributação, sua distribuição ao cotista, a qualquer título, atrai a incidência do imposto de renda, com base no art. 17 da Lei nº 8.668/19981, tendo o Banco Genial, administrador responsável pelo TM FII à época, deixado de reter e recolher o Imposto de Renda Retido na Fonte (IRRF), à alíquota de 20%, quando da distribuição de rendimentos ao BR7 FIM.
- A Autoridade Fiscal sustenta a incidência do IRRF de 20% com base no artigo 17 da Lei nº 8.668/1993, em suma, sob os seguintes fundamentos:

*a) o artigo 17 da Lei n' 8.668/1993 prevê a incidência do IRRF de 20% sobre os rendimentos e ganhos de capital, quando distribuídos pelos fundos de investimento imobiliário a qualquer beneficiário, de modo que o IRRF seria devido mesmo na hipótese de o beneficiário/cotista ser um fundo de investimento isento de Imposto de Renda, tal como o BR7 FIM;*

*b) a menção aos “fundos de investimento com tributação específica” contida no §2º do art. 14 da IN RFB n' 1585/2015 indicaria que tal dispositivo é destinado aos fundos que contam com legislação específica, a exemplo dos Fundos de Investimento em Participações-FIP (Lei n' 11.312/2006) e o Fundo de Investimento em Participações em infraestrutura – FIP-IE (Lei n' 11.478/2007), sendo inaplicável aos fundos de investimento multimercados, como o BR7 FIM;*

*c) o BR7 FIM foi constituído sob a forma de condomínio fechado, o que afastaria a isenção prevista no art. 6º, §4º da MP n' 2.189-49/2001, aplicável aos fundos abertos sujeitos à tributação na sistemática de come-cotas;*

*d) ainda que se admitisse a subsunção da distribuição dos resultados do TM FII à isenção do § 4º do artigo 6º da MP n' 2.189-49/2001, haveria conflito entre normas(antinomia), devendo a imposição do art. 17 da Lei n' 8.668/1993 prevalecer sobre a isenção de caráter geral da MP n' 2.189-49/2001, dado ser norma especial editada antes da MP; e*

*e) a interposição de um fundo multimercado fechado, não sujeito ao come-cotas, e que ainda pudesse se beneficiar da isenção tributária disposta no artigo 6º da MP 2189-49/2001, tornaria nula a regra anti-diferimento prevista no artigo 10 da Lei n' 8.668/1993 e permitiria que o fundo utilizasse em seus investimentos o imposto que deixou de ser recolhido, em vez de repassá-lo aos cofres públicos.*

- Afigura-se totalmente insubsistente a autuação, notadamente com relação à ilegitimidade passiva da Impugnante, por não ser ela a administradora do FUNDO à época dos fatos.

- Ademais, diferentemente do sustentado na Autuação, o art. 17 da Lei nº 8.668/1993 não se aplica ao BR7 FIM, vez que tal tributação pelo IRRF representaria hipótese de bis in idem, a qual é vedada pelo artigo 154 da Constituição Federal de 1988, vez que seria necessário recolher 20% (vinte por cento) de IRRF no momento da amortização de cotas do TM FII ao BR7 FIM; e novo IRRF no momento do resgate ou amortização das cotas do BR7 FIM para o seu cotista, sem qualquer compensação do IRRF retido pelo TM FII, restando, assim, onerada as duas camadas da estrutura de investimento.
- Para preservar a sistemática na qual os fundos de investimento, na qualidade de cotistas de outros fundos de investimento estão inseridos, se faz necessária a aplicação dos artigos 6º, parágrafos 3º e 4º da MP nº 2.189-49/2001, 28, parágrafo 10 da Lei nº 9.532/1997 e 14, inciso I da IN RFB nº 1.585/2015 ao caso em tela.
- Ao contrário do que foi sustentado pela Autoridade Fiscal, inexistente conflito entre o artigo 17 da Lei nº 8.668/1993 e o artigo 6º, parágrafos 3º e 4º da MP nº 2.189-49/2001, não havendo o que se falar em eventual existência de Antinomia • Não obstante, ainda que se argumente pela existência de Antinomia entre o artigo 17 da Lei nº 8.668/1993 e o artigo 6º, parágrafos 3º e 4º da MP nº 2.189-49/2001, por ser mais específico em cenários como o ora discutido (i.e., que avaliam a tributação de rendimentos recebidos por fundos de investimento, na qualidade de cotistas de outros fundos de investimento), o artigo 6º, parágrafos 3º e 4º da MP nº 2.189-49/2001 deve prevalecer em face do artigo 17 da Lei nº 8.668/1993, que traz disposições genéricas relativas a tributação de rendimentos distribuídos por FIIs.

Da nulidade material do lançamento pela ilegitimidade passiva da Impugnante

- O fato gerador do IRRF lançado nestes autos ocorreu em 16/12/2020, momento em que a Impugnante ainda não era a administradora do TM FII.
- O procedimento de fiscalização foi inicialmente instaurado em face do Banco Genial, antigo administrador do TM FII e, após coleta de informações, foi redirecionado à Impugnante, atual administradora do TM FII.
- A administração do TM FII foi transferida à Impugnante somente em 16/01/2021, conforme Ata da Assembleia Geral realizada em 15/01/2021 e devidamente informado à DEOPE/SPO em Resposta ao Termo de Intimação n. 01/2023.
- Dessa forma, à época dos fatos que ensejaram o lançamento e do pretense fato gerador do IRRF a Impugnante não era a administradora e não tinha qualquer gerência sobre o TM FII, sendo totalmente equivocada sua inclusão no polo passivo da presente autuação.
- A sujeição passiva tributária é disciplinada pelos arts. 121 e seguintes do CTN.

- Da interpretação sistêmica das normas encimadas, depreende-se que o contribuinte do imposto é aquele que pratica o evento previsto no antecedente da regra matriz de incidência tributária, ao passo que o responsável é aquele que, por estar vinculado de alguma forma ao fato gerador, tem o dever jurídico de recolher o tributo, por expressa determinação legal.
- Trata-se de figuras distintas, porém, que ocupam, isolada ou cumulativamente, o mesmo polo na relação jurídico-tributária, dado que a legislação prevê que a obrigação tributária poderá ser constituída face (i) ao contribuinte; (ii) ao responsável; ou (ii) a ambos, sendo que na hipótese em que a obrigação for imputada exclusivamente ao responsável, o contribuinte estará exonerado de adimpli-la, salvo se a lei expressamente determinar a sua responsabilidade solidária ou subsidiária.
- Portanto, irá figurar no polo passivo da obrigação tributária o sujeito a quem a lei atribuir o ônus de recolher o imposto;
- No que tange ao IRRF sobre rendimentos pagos/distribuídos pelos fundos de investimento, se devido, o legislador optou por atribuir a responsabilidade exclusiva pelo adimplemento do imposto devido ao administrador.
- Ao regulamentar a matéria, a RFB trouxe regra expressa no art. 17, §2º da IN RFB 1585/2015 de que, na hipótese de mudança de administrador, cada administrador será responsável pela retenção e recolhimento referente aos fatos geradores ocorridos no período relativo à sua respectiva administração.
- A Solução de Consulta Cosit nº 103, de 20 de agosto de 2018 é expressa sobre a impossibilidade de responsabilizar o atual administrador pelas obrigações tributárias relativas a fatos geradores anteriores à sua administração.
- Outrossim, não procede qualquer tentativa de se atribuir responsabilidade pelo crédito tributário à Impugnante, haja vista que, em matéria de sujeição passiva tributária, a sua interpretação deve se ater aos estritos termos legais.
- Se a legislação imputou expressamente ao administrador do fundo à época do fato gerador, a responsabilidade pelo recolhimento do IRRF, não cabe à D. Autoridade Fiscal criar hipótese de sujeição passiva não prevista em lei.
- O lançamento tributário é ato administrativo vinculado e, como tal, é imprescindível a observância de atributos mínimos para fins de validade, elencados no art. 142 do CTN, dentre os quais exige-se a identificação do sujeito passivo.
- No caso, é inconteste que o lançamento fiscal se deu em descompasso com o prescritivo legal, eis que a Autoridade Fiscal constituiu a exigência tributária em face de sujeito NÃO eleito pela regra matriz de incidência tributária do IRRF como responsável pela retenção e recolhimento do imposto.
- O lançamento vergastado é a materialização da quebra do princípio da confiança legítima do administrado, eis que busca cobrar crédito tributário em

face de quem, sabidamente, não detém legitimidade para tanto e que sequer poderia, dado que não era administrador do TM FII à época do pretense fato gerador.

- O equívoco relativo ao sujeito passivo da obrigação tributária constitui vício grave, impassível de convalidação, porquanto vinculado à própria essência da relação jurídico-tributária.
- Portanto, é inconteste que o lançamento em tela incorreu em erro na eleição do sujeito passivo, ao que deve ser decretada a sua nulidade, por vício material intransponível na sua constituição.

Da nulidade material do lançamento pela ausência de motivação e fundamentação legal.

- Da leitura do TVE verifica-se que, com relação à inclusão da Impugnante no polo passivo da autuação, a Autoridade Fiscal se limitou a mencionar que o procedimento de fiscalização foi inicialmente instaurado em face do Banco Genial, antigo administrador do TM FII e foi redirecionado à Impugnante, atual administradora do TM FII.
- A Autoridade fiscal não dedica uma linha sequer para fundamentar a inclusão da Impugnante como sujeito passivo, do que denota, também, a nulidade da autuação, em vista da ausência de motivação e preterição do direito de defesa.
- O Auto de Infração lavrado carece de motivação clara e suficiente à indicação da Impugnante como sujeito passivo da suposta obrigação tributária.
- A ausência de fundamentação legal e da motivação do lançamento, o torna nulo frente ao regramento do Processo Administrativo Federal.
- A falta de motivação da inclusão da Impugnante no polo passivo viola também as garantias constitucionais do contraditório e ampla defesa, causando sério embargo ao direito de defesa da Impugnante, que pressupõe o conhecimento das acusações contra si formuladas.
- Portanto, o lançamento padece de vício insanável, devendo ser decretada a sua nulidade por essa Instância Julgadora, salvo se decidido o mérito a favor da Impugnante, a quem aproveitaria a declaração de nulidade, nos termos do §3º do art. 59 do Decreto nº 70.235/72.

Dos aspectos gerais sobre os fundos de investimentos

- À época da amortização das cotas do TM FII ao BR7 FIM (i.e., em 16/12/2020), os fundos de investimentos em geral, entre eles, os FIM (e.g., BR7 FIM), estavam disciplinados, na esfera regulatória, pela Instrução Normativa da CVM nº 555, de 17.12.2014 e poderiam (e ainda podem), inclusive, investir em outros fundos de investimentos.
- Algumas espécies de fundos de investimento não estavam abrangidas pela CVM 555/2014, possuindo normativa regulatória própria, dentre os quais, pela óbvia



relevância à presente análise, destacamos o Fundo de Investimento Imobiliário (“FII”), que era regulamentado pela Instrução CVM nº 472, de 31.10.2008.

- Em que pese as classificações utilizadas pela CVM no âmbito regulatório, enquadramento próprio e específico se aplica para fins fiscais.
- Até o final de 2004, para efeitos de tributação do investidor (cotista) pelo IRRF, a regra tributária geral identificava duas modalidades de fundos de investimento, cujo tratamento tributário era diferenciado para cada uma delas, quais sejam: (i) os Fundos de Investimento em Ações (“FIA”); e (ii) os fundos de investimento de renda fixa em geral, que abarcavam todos os fundos que não especificamente enquadrados como FIA.
- Para os cotistas de fundos de investimento de renda fixa em geral sob condomínio aberto, vigorava, e se mantém até hoje, a sistemática de tributação conhecida como “Come-Cotas”.
- A partir de 2005, este cenário sofreu algumas alterações. No que tange à classificação, para fins fiscais, os fundos de investimento passaram a se subdividir em dois grandes grupos:

*(i) os “fundos de investimento regidos por norma geral”, classificados pelas regras antigas como fundos de investimento de renda fixa, os quais passaram a ser gênero, subdividido em duas espécies de fundos, de acordo com o prazo médio de sua carteira, sendo classificados como fundos de investimento de longo prazo (“FILP”); e fundos de investimento de curto prazo (“FICP”). Aos cotistas de ambos, portanto, continua aplicável a sistemática do Come-Cotas para fins de tributação pelo IRRF, sempre que o fundo for constituído sob a forma de condomínio aberto.*

*(ii) os “fundos de investimento regidos por norma própria”, como é o caso dos FIAs e dos FIIs, por exemplo.*

- O BR7 FIM estava enquadrado como FIM para fins regulatórios da CVM e, para fins fiscais, é um fundo de investimento regido por norma geral.
- Note-se que a sistemática de tributação supra descrita se refere aos cotistas. Os fundos de investimento (a carteira), regra geral, não recebem tratamento de pessoas jurídicas nem de pessoas físicas; de fato, os fundos de investimentos estão sujeitos a um regime tributário específico, qual seja, a isenção do IR e dispensa de recolhimento de IRRF sobre os rendimentos, ganhos líquidos, ganhos de capital e juros sobre o capital próprio auferidos pela carteira dos fundos de investimento, nos termos dos artigos 28, parágrafo 10, da Lei nº 9.532/1997, e 14, da IN RFB nº 1.585/2015.
- Nesse contexto, especificamente com relação aos dispositivos da IN RFB nº 1.585/2015, é possível observar em razão do próprio título da Seção em que se encontram inseridos aos fundos de investimento regidos por norma geral (e.g., BR7 FIM), enquanto o parágrafo 2º do artigo 14 se direciona aos fundos de

investimento regidos por norma própria, tratados na Seção II da IN RFB nº 1.585/2015.

- Vale frisar que este racional de tributação, ou seja, onerar somente uma das camadas do investimento, é absolutamente coerente com a própria natureza jurídica do veículo fundo de investimento.
- Ante exposto, o legislador tributário, a fim de evitar efeito adverso da imposição do IR sobre as carteiras dos fundos de investimento e preservar a neutralidade e eficiência nas decisões deliberadas no âmbito dos fundos de investimento, optou, desde o início, por seguir racional linear do ponto de vista tributário, tributando, como regra geral, apenas uma figura dessas estruturas, qual seja, os cotistas desses veículos de investimento, quando não sejam estes cotistas outros fundos de investimento, situação em que a tributação, igualmente, se dará exclusivamente no âmbito dos seus próprios cotistas.
- A partir do racional desenvolvido, é de perfeita coerência que somente a carteira ou o cotista (e nunca ambos) seja tributado, por guardarem, em última instância, identidade entre si.
- No caso concreto sob análise, o cotista exclusivo do TM FII é justamente um outro fundo de investimento, o BR7 FIM.
- O BR7 FIM, embora seja um fundo de investimento, na específica relação perante o TM FII, nada mais é que um cotista. E nessa medida, toda a lógica de tributação e não oneração em cascata das camadas do investimento deve-lhe ser plenamente aplicável.
- É recomendável que se faça um histórico da tributação dos fundos de investimento que são cotistas de outros fundos de investimentos.
- Primeiramente, o artigo 68, inciso II da Lei nº 8.981, de 20.01.1995 (“Lei nº 8.981/1995”) “estabeleceu serem isentos do IR os rendimentos auferidos no resgate das cotas de fundos de investimento de titularidade de fundo de investimento”.
- Com o advento da Lei nº 9.532/1997, portanto, é estabelecida a sistemática geral até hoje vigente de isenção da carteira dos fundos em geral e tributação do cotista, sendo expressamente prevista ordem inversa no caso específico de investimento em fundo de investimento que investe em outro fundo de investimento.
- No ano seguinte, no entanto, foi editada a Medida Provisória (“MP”) nº 1.680-7, de 29.06.1998, produzindo efeitos, especificamente em relação ao artigo 6º relevante à presente análise, a partir de 01.01.1999 (contemplando, assim, o período relativo ao equivocado fato gerador indicado na Autuação Fiscal). Referida MP foi reeditada diversas vezes, sendo sua última versão, ainda hoje vigente, a MP nº 2.189-49, de 24.08.2001 (“MP nº 2.189-49/2001”). Esta MP volta a dispor especificamente sobre os fundos de investimentos que investem em

outros fundos de investimentos (e.g., BR7 FIM) e, por este motivo, embora não tenha promovido expressa revogação dos termos dispostos naquela Lei, ensejou efetiva e clara revogação tácita. Nessa medida, cancelou a inversão promovida pela Lei nº 9.532/1997. e impôs especificamente aos fundos de investimento que investem em outros fundos de investimentos a mesma sistemática aplicável a todos os demais fundos de investimento • Tal sistemática de tributação está, inclusive, expressamente prevista no Manual do Imposto sobre a Renda Retido na Fonte (“MAFON”).

- No código 6800 (de especificação “Fundos de Investimento e Fundos de Investimento em Quotas de Fundos de Investimento”) do MAFON de 2020 (vigente à época dos fatos questionados), estabelecido pela própria RFB, aponta que os ganhos dos fundos de investimento, cujas aplicações são direcionadas às quotas de outro fundo de investimento, estão isentos/dispensados de IRRF.

Das regras tributárias específicas/próprias atinentes aos FIIs.

- Os cotistas do FII serão tributados pelo IRRF, regra geral, à alíquota de 20% (vinte por cento), sobre os rendimentos e ganhos de capital auferidos, quando da distribuição pelo FII (artigo 17, da Lei nº 8.668/1993.
- O caso objeto da presente Impugnação, no entanto, guarda particularidade: além do veículo investido ser um fundo do tipo FII (TM FII), o cotista é também um fundo, do tipo FIM (BR7 FIM). É exatamente essa peculiaridade que gerou, em nosso sentir, a equivocada interpretação e aplicação da legislação fiscal vigente pelas Autoridades Fiscais, dando ensejo ao Auto de Infração.
- Do que se observa da autuação fiscal, a base do argumento para a lavratura do auto está, como visto, no artigo 17 da Lei nº 8.668/1993, que regula os FII.
- Em que pese as argumentações da fiscalização, o artigo 17 da Lei nº 8.668/1993 não se aplicaria ao caso concreto, de fundo de investimento que investe em outro fundo (e.g., BR7 FIM) como cotista de FII (e.g., TM FII). Desta forma, por expressa e especial previsão contida no artigo 6º, da MP nº 2.189-49/2001 e no artigo 14 da IN RFB nº 1.585 2015, os rendimentos distribuídos pelo TM FII ao BR7 FIM estão isentos de tributação pelo IRRF.
- Esta conclusão decorre não só da análise da evolução legislativa anteriormente exposta, mas, especialmente, das regras que permeiam a aplicação e interpretação das normas, conforme demonstrado adiante.

Da vedação ao “Bis in Idem” e ausência de regramento de compensação de IRRF.

- A tributação das cotas amortizadas pelo TM FII ao BR7 FIM, seguida de nova tributação destes rendimentos quando de eventual distribuição de rendimentos pelo BR7 FIM a seu cotista exclusivo, caracterizaria evidente hipótese de bis in idem.
- Embora não exista vedação expressa na Constituição Federal de 1988 para a instituição de bis in idem, pode-se depreender sua restrição pela competência

residual da União Federal a esta atribuída nos termos do artigo 154, inciso I, da Constituição Federal.

- A tributação de um mesmo fato gerador mais de uma vez oneraria desnecessária e indevidamente a cadeia produtiva e econômica dos fundos de investimento envolvidos, sem qualquer respaldo jurídico e justificativa social de médio e longo prazo.
- No caso concreto sob análise, admitir a tributação da carteira do fundo e do cotista representaria efetiva tributação em cascata que não se justificaria pelo próprio conceito do que seja fundo de investimento. Isso porque, a tributação da amortização de cotas do TM FII ao BR7 FIM contraria todo o racional pensado pelo legislador tributário no que tange à sistemática de tributação dos fundos de investimento.
- Ademais, vale pontuar que mesmo na expressa exceção representada pela carteira do FII, tributada (nas aplicações nos mercados financeiros) como se pessoa jurídica fosse, a desoneração da etapa subsequente se faz possível por específico procedimento de compensação de eventual IR pago no âmbito da carteira do FII.
- Aliás, neste aspecto, somente ao FII é possível a sistemática de compensar o imposto pago no nível de sua carteira com aquele retido quando da distribuição de rendimentos/amortização de cotas ao cotista. Impor tributação a BR7 FIM representaria efetiva tributação definitiva, desencadeando o fenômeno do bis in idem, posto que a este não é concedida tal sistemática de compensação.
- Diante do exposto, a aplicação do artigo 17 da Lei nº 8.668/1993 deve ser afastada e a amortização de cotas do TM FII ao BR7 FIM não deve ser tributada pelo IRRF, sob pena de incidir hipótese de bis in idem, que contraria não só a lógica de tributação dos fundos de investimento, mas também o disposto no artigo 154, inciso I da Constituição Federal.

#### Da aplicabilidade do artigo 14 da IN RFB nº 1.585/2015

- A IN RFB nº 1.585/2015 objetiva dispor sobre incidência de IR sobre os rendimentos e ganhos líquidos auferidos nos mercados financeiro e de capitais, regulamentando, inclusive, a tributação de aplicações financeiras realizadas por fundos de investimento.
- Entre os temas regulamentados pela IN RFB nº 1.585/2015, está a tributação dos fundos de investimento constituídos em formato de condomínio fechado (e.g., BR7 FIM), os quais não possuem tratamento tributário previsto em lei, e estão disciplinados no Capítulo I, Seção I desta IN.
- Ao examinarmos as categorias de agregação do artigo 14 da IN RFB nº 1.585/2015, podemos observar que este dispositivo está localizado no Capítulo I - "Da Tributação das Aplicações em Fundos de Investimento de Residentes ou

Domiciliados no Brasil” e Seção II – “Das Aplicações em Fundos de Investimentos Regidos por Norma Geral”, de forma que o seu cerne é voltado à:

*(i) regulamentação da tributação de fundos de investimento de residentes ou domiciliados no Brasil (Capítulo I); e*

*(ii) fundos de investimento que são regidos por norma geral (Seção II), ou seja, fundos que não sejam excetuados pelo artigo 2º, incisos I a X da própria IN RFB nº 1.1585/2015.*

- Para a presente discussão, apenas a hipótese tratada pelo inciso I merece destaque, que determina que são isentos do IR os rendimentos e ganhos líquidos ou de capital, auferidos pelas carteiras dos fundos de investimento.
- Ao se referir às carteiras de fundos de investimento, o artigo 14, inciso I da IN RFB nº 1.585/2015 está se direcionando aos fundos que estão no escopo do Capítulo I, Seção II desta IN RFB, ou seja, que são regidos por norma geral (contemplando, assim, os FIMs, independente se aberto ou fechado, tal qual o BR7 FIM).
- O parágrafo 2º, que claramente tem por intenção esclarecer que a isenção de que trata este artigo aplica-se também/inclusive aos fundos de investimento com tributação específica, excetuado o FII, que deve ser tributado conforme o disposto no artigo 36 desta IN RFB.
- Nesse sentido, a intenção do regulador ao acrescentar o parágrafo 2º ao artigo 14 da IN RFB nº 1.585/2015 foi expressar os aspectos complementares à norma enunciada no caput do artigo.
- Se a intenção da RFB fosse afastar esta isenção dos rendimentos recebidos por FIMs (e.g., BR7 FIM) teria o feito de maneira expressa, incluindo no texto do parágrafo 2º, assim como fez com o FII.
- Em suma, por tudo quanto exposto, resta claro que não há que se falar em retenção do IRRF pelo TM FII sobre a amortização de cotas ao seu cotista BR7 FIM, vez que o artigo 14, inciso I da IN RFB nº 1.585/2015 é perfeitamente aplicável ao caso em tela.

Da aplicação dos artigos 6º, parágrafos 3º e 4º da MP nº 2.189-49/2001 e 28, parágrafo 10 da lei nº 9.532/1997 ao caso

- No entender da Autoridade Fiscal, o artigo 6º da MP nº 2.189-49/2001 seria aplicável apenas aos fundos de investimento sujeitos a sistemática do Come-Cotas, de modo que, sendo o BR7 FIM um fundo de condomínio fechado que não estava sujeito ao regime do Come-Cotas e não poderia usufruir do tratamento fiscal previsto neste dispositivo, no entanto, Autoridade Fiscal não apresentou argumentos que justifiquem este racional.
- Mais uma vez o Fisco alcançou conclusão equivocada. Em primeiro lugar, cumpre salientar que inexistente um elemento de conexão que justifique que o

artigo 6º da MP nº 2.189-49/2001 seria direcionado aos fundos de investimento de condomínio aberto ou fechado.

- Os FIMs (e.g., BR7 FIM), mesmo que sejam constituídos sob condomínio fechado, não foram excetuados da isenção tributária de que trata o artigo 6º, parágrafos 3º e 4º da MP nº 2.189-49/2001.
- A MP excetua apenas os Cotistas dos FIAs, e não dos fundos de investimento fechados em geral.
- Portanto, é incorreto afirmar que o artigo 6º da MP nº 2.189-49/2001 se direciona apenas aos fundos de investimento de condomínio aberto.
- Nas relações envolvendo fundos de investimento a tributação recai em somente uma das etapas, sendo atualmente a eleita a etapa do cotista.
- Nesse sentido, o que o legislador tributário objetiva através dos artigos 6º, parágrafos 3º e 4º da MP nº 2.189-49/2001 e 28, parágrafo 10 da Lei nº 9.532/1997 é reconhecer a efetiva transparência dos fundos de investimento que investem em cotas de outros fundos de investimento (e.g., BR7 FIM), desonerando-o e concentrando a carga financeira da tributação somente na última etapa do investimento, qual seja, o cotista final.
- Podemos observar que a legitimidade do artigo 28, parágrafo 10 da Lei nº 9.532/1997 para isentar os rendimentos obtidos por fundos de investimento que aplicam em outros fundos de investimento (e.g., BR7 FIM) é reconhecida pela própria RFB, que utiliza o código 6.800 de forma específica na operacionalização desta isenção.
- Por esta razão, ainda que a Autoridade Fiscal não tenha atacado expressamente a aplicação do artigo 28, parágrafo 10 da Lei nº 9.532/1997 ao presente caso, vale mencionar que o dispositivo em referência se enquadra perfeitamente ao presente caso, assim como o artigo 6º parágrafos 3º e 4º da MP nº 2.189-49/2001 e o artigo 14 da IN RFB nº 1.585/2015.

Da inexistência da antinomia entre o artigo 17 da lei nº 8.668 e o artigo 6º, parágrafos 3º e 4º da MP nº 2.189-49/2001.

- A Autoridade Fiscal se equivocou ao concluir que existe eventual Antinomia entre o disposto no artigo 17 da Lei nº 8.668/1993 e o artigo 6º, parágrafos 3º e 4º da MP nº 2.189-49/2001.
- O instituto da Antinomia vem à tona quando ocorre a presença de duas normas conflitantes, válidas e emanadas por autoridade competente. No presente caso, o artigo 17 da Lei nº 8.668/1993 e o artigo 6º, parágrafos 3º e 4º da MP nº 2.189-49/2001, que são normas que visam alcançar circunstâncias distintas, conforme observaremos a seguir.
- O escopo do artigo 17 da Lei nº 8.668/1993, como norma de caráter “geral”, se direciona à incidência de IRRF nos rendimentos recebidos por qualquer beneficiário, inclusive pessoa jurídica isenta, o artigo 6º, parágrafos 3º e 4º da MP

nº 2.189-49/2001 faz menção à hipótese “específica” envolvendo a isenção de rendimentos auferidos por fundos de investimento que investem em outros fundos de investimento (e.g., BR7 FIM)• Nesse sentido, a existência de dispositivos legais hierarquicamente equivalentes que tratam de matérias conexas ao caso em tela, por si só, não gera uma Antinomia a ser solucionada.

- Ademais, especialmente com relação ao termo “qualquer beneficiário” inserido no texto do artigo 17 da Lei nº 8.668/1993, há que se mencionar que a interpretação meramente literal deste termo, sem uma contextualização histórica e econômica da tributação dos fundos de investimento, pode levar o aplicador da lei a conclusões equivocadas – assim como alcançou a Autoridade Fiscal no caso concreto sob análise.

- A interpretação normativa é exercício fundamental para a aplicação do texto ao caso concreto. Sem essa atividade cerebrina que verifica a subsunção do fato ao que dispôs o legislador não há efetiva realização e observação do Direito.

- Essa tarefa compete ao aplicador do Direito (cidadãos, contribuintes, advogados, juízes, auditores fiscais, promotores, etc) e não é tarefa simples. Várias técnicas coexistem de modo a proporcionar sua realização.

- Nessa medida, restringir-se à mera interpretação literal de qualquer texto normativo representa pobreza e inadequação técnica em qualquer esfera do Direito. No Direito Tributário não seria diferente. A literalidade é, sem dúvida, uma das ferramentas à disposição do intérprete na tarefa de aplicar ao caso concreto o texto normativo, mas sua aplicação pura e isolada macula o processo interpretativo, invalidando-o de forma irreparável.

- A partir de uma cuidadosa interpretação histórica, lógica, sistemática e finalística, com segurança, podemos observar que o termo “qualquer beneficiário” empregado pelo legislador no artigo 17 da Lei nº 8.668/1993 não foi utilizado de forma irrestrita.

- Se dispositivos como o artigo 17 da Lei nº 8.668/1993 fossem aplicáveis às entidades imunes enquanto beneficiárias de rendimentos produzidos por FIIs, por exemplo, a lógica constitucional de “desoneração tributária” voltada a estas entidades seria prejudicada.

- Ressalvadas as proporções, o mesmo racional deve ser utilizado para afastar incidência do artigo 17 da Lei nº 8.668/1993 sobre os rendimentos auferidos por fundos de investimento que detém cotas de FIIs (e.g., BR7 FIM). Ora, empregar o termo “qualquer beneficiário” de forma irrestrita neste cenário, sem considerar o tratamento específico que o legislador tributário dedicou aos fundos de investimento, é interpretar o ordenamento jurídico de modo limitado.

- Destarte, visualizarmos a legislação tributária de forma ampla e sistemática, podemos depreender que a finalidade do artigo 6º, parágrafos 3º e 4º da MP nº 2.189-49/2001 é preservar o tratamento diferenciado que merece os fundos de investimento (e.g., BR7 FIM).



- Nesta esteira, a partir deste exercício hermenêutico, somos conduzidos para a manutenção do racional tributário sustentado e perpetuado em todas as relações envolvendo fundos de investimento: a tributação recai em somente uma das etapas, sendo atualmente a eleita a etapa do cotista.
- Sempre que houver um fundo de investimento figurando como cotista de outro fundo de investimento (e.g., BR7 FIM), a regra de isenção incidirá na distribuição de rendimentos, pois é mecanismo imprescindível para o funcionamento adequado e coerente do racional pensado pelo legislador para a tributação de fundos de investimento.
- Ante o exposto, depreende-se que não há Antinomia entre o artigo 17 da Lei nº 8.668/1993 e o artigo 6º, parágrafos 3º e 4º da MP nº 2.189-49/2001, sendo que, por uma interpretação histórica, lógica, sistemática e finalística, tem-se que o artigo 17 da Lei nº 8.668/1993 não abrange/alcança o cenário ora discutido.

Da antinomia e a prevalência/aplicação do artigo 6º, parágrafos 3º e 4º da MP nº 2.189-49/2001

- Ainda que se admita a existência de Antinomia entre o artigo 17 da Lei nº 8.668/1993 e o artigo 6º, parágrafos 3º e 4º da MP nº 2.189-49/2001, pelas razões expostas a seguir, prevaleceria e seria aplicável ao caso em exame o artigo 6º, parágrafos 3º e 4º da MP nº 2.189-49/2001
- As antinomias, quando “aparentes” (i.e., se os critérios para as corrigir forem normas integrantes do ordenamento jurídico) podem ser solucionadas pelos seguintes critérios (“Critérios Solução Antinomias”): (i) cronológico (exclui-se a norma mais antiga, mantendo-se a mais recente); (ii) hierárquico (exclui-se a norma inferior, mantendo-se a superior); ou (iii) de especialidade (afasta-se a norma geral, aplicando-se a especial).
- Em linhas gerais, o critério hierárquico é superior aos demais, seguido do critério de especialidade, que é o intermediário, e do cronológico, que é inferior aos outros dois.
- Estes critérios vêm sendo adotados pelas Autoridades Fiscais e pelo CARF para fins de solucionar Antinomias entre normas jurídicas verificadas em situações práticas.
- No presente litígio ambos os dispositivos envolvidos na Antinomia (se admitida) possuem o mesmo caráter hierárquico (lei ordinária).
- Nesse sentido, o critério da especialidade será essencial para a resolução da Antinomia em questão.
- O princípio da especialidade, preceito basilar no sistema jurídico pátrio, determina que a norma específica prevaleça sobre a geral.
- Desta forma, para solucionar conflito de normas, diante da possibilidade de aplicação de norma de caráter mais geral, ao mesmo tempo em que existe norma

mais específica regulando a matéria, deve-se atentar para a aplicação daquela norma que mais se amoldar ao caso concreto. Ou seja, uma norma de caráter geral não será aplicada quando a norma especial contiver elementos que delimitem de maneira mais acurada sua conformação ao caso concreto.

- Nesse contexto, a norma atinente aos rendimentos e ganhos auferidos pelo BR7 FIM enquanto cotista de outros fundos (sem qualquer discriminação quanto ao tipo de fundo investido) é mais específica que regra disposta no artigo 17, da Lei nº 8.668/1993 que estabelece, genericamente, a tributação dos cotistas (quaisquer beneficiários, sem especificar beneficiários fundos de investimento) do FII.

- Isto porque:

*(i) o artigo 17 da Lei nº 8.668/1993 traz uma disposição que é voltada ao “todo”, ou seja, ao FII que distribui os rendimentos e ganhos de capital, e os participantes deste “todo” (i.e., quaisquer cotistas do FII) então abarcados pela previsão deste dispositivo. Neste caso, pode haver eventuais exceções que, por se sujeitarem a uma sistemática distinta/específica de tributação, não devem se sujeitar a tal incidência de IRRF (e.g., fundo de investimento que detém cotas de outro fundo de investimento);*

*(ü) o artigo 6º, parágrafos 3º e 4º da MP nº 2.189-49/2001, por sua vez, se direciona a uma modalidade de cotista que faz parte do “todo”, ou seja, os fundos de investimento que investem em outros fundos de investimento (e.g., BR7 FIM).*

*Desta forma, podemos notar que a razão de existir por trás deste dispositivo é justamente trazer cenário que merece tratamento especial, haja vista toda a fundamentação histórica e econômica da tributação das carteiras dos fundos de investimento.*

- Ademais, a especialidade inerente ao artigo 6º, parágrafos 3º e 4º da MP nº 2.189-49/2001 também pode ser observada do ponto de vista gramatical.
- Os parágrafos 3º e 4º do artigo 6º da MP nº 2.189-49/2001 visam apresentar exceção ao contexto normativo em que os fundos de investimento estão inseridos. Esta exceção, portanto, visa trazer cenário que, embora pertença ao “todo”, possui tratamento específico.
- O artigo 17 da Lei nº 8.668/1993, por sua vez, apresenta um único conteúdo, o qual possui caráter genérico.
- Assim, a partir de um comparativo dos dois dispositivos também através de um viés estrutural/gramatical, podemos notar que os parágrafos 3º e 4º do artigo 6º da MP nº 2.189-49/2001 são mais específicos e, em função do critério da especialidade, devem prevalecer no caso concreto.

- Ante o exposto, ainda que se admita a existência da Antinomia ventilada acima, o artigo 6º, parágrafos 3º e 4º da MP nº 2.189-49/2001, por ser mais específico e recente do que o artigo 17 da Lei nº 8.668/1993, prevalece no caso concreto, em atenção aos critérios da especialidade e cronológico.

Da jurisprudência sobre o tema.

- Tem-se conhecimento apenas de um litígio administrativo que já foi analisado e transitado em julgado na esfera administrativa: o Processo Administrativo nº 16327.721534/2012-72.
- Em que pese não tenha sido possível acessar à íntegra aos autos e às decisões, sabe-se que a Coinvalores Corretora de Câmbio e Valores Mobiliários Ltda, na qualidade de administradora de FII, foi autuada em dezembro de 2012, com relação a não retenção e recolhimento do IRRF, nos períodos de 2010 e 2011, nas distribuições de rendimentos feitas por um FII a um FIM • Nesse contexto, sabe-se que a administradora autuada obteve êxito em sede de julgamento pela Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento (“DRJ”) e a Fazenda Nacional recorreu ao CARF, mas, sequer teve seu recurso de ofício conhecido, pois o limite de alçada para conhecimento do recurso não foi atingido.
- Pelas razões expostas, o presente caso deve seguir a única decisão da DRJ existente sobre o tema, restando preservada a isenção de IRRF na amortização de cotas realizadas pelo TM FII ao BR7 FIM, nos termos do artigo 14, inciso I da IN RFB nº 1.585/2015, artigo 28, parágrafo 10 da Lei nº 9.532/1997 e artigo 6º, parágrafos 3º e 4º da MP nº 2.189-49/2001.

Do pedido

- Por todo o exposto, pugna-se pelo conhecimento da presente Impugnação e pelo seu julgamento procedente, para que seja cancelado o lançamento e exonerado o pretendo débito que consigna, tendo em vista:

*Preliminarmente:*

- A nulidade material do lançamento diante da ilegitimidade passiva da Impugnante;*
- A nulidade material do lançamento diante da ausência de motivação e fundamentação legal acerca da atribuição da sujeição passiva à Impugnante.*

*No mérito:*

- A inaplicabilidade do 17 da Lei nº 8.668/1993 na amortização de cotas do TM FII ao BR7 FIM;*
- A aplicação do artigo 14, inciso I, da IN RFB nº 1.585/2015, do artigo 28, § 10 da Lei nº 9.532/1997 e do artigo 6º, §§ 3º e 4º da MP nº 2.189-49/2001 aos rendimentos auferidos pelo BR7 FIM na amortização de*

*cotas realizada pelo TM FII, diante da interpretação literal, histórica, lógica e sistemática da legislação;*

*iii. Que a tributação pelo IRRF pretendida pela Autoridade Fiscal, com a aplicação do artigo 17 da Lei nº 8.668/1993, representaria hipótese de bis in idem, a qual é vedada pelo artigo 154 da Constituição Federal de 1988;*

*iv. A inexistência de Antinomia entre o artigo 17 da Lei nº 8.668/1993 e o artigo 6º, §§ 3º e 4º da MP nº 2.189-49/2001, pois são dispositivos que convivem sem conflito no contexto em exame; e*

*v. Que ainda que se entenda pela existência de Antinomia, os §§ 3º e 4º do artigo 6º da MP nº 2.189-49/2001, por serem mais específicos quando inseridos no caso em discussão, prevalecem em face do artigo 17 da Lei nº 8.668/1993.*

5. Cientificada da responsabilização solidária em 27/09/2023 (fls. 1.232), a contribuinte BANCO GENIAL S.A apresentou Impugnação em 27/10/2023 (fls. 1.347) alegando, em síntese, que:

- O AUTO foi lavrado para exigir o recolhimento de Imposto de Renda Retido na Fonte (IRF) sobre pagamentos efetuados por um Fundo de Investimento Imobiliário (FII) em favor de um Fundo de Investimento Multimercado (FIM).

- Os fatos são incontroversos:

*(i) no ano calendário de 2020, o Fundo de Investimento Imobiliário TM (KI TM)*

*realizou pagamentos a seu cotista BR7 Fundo de Investimento Multimercado Crédito Privado (BR7 FIM), a título de: (i.a) distribuições semestrais de lucros;*

*e (i.b) amortização de cotas; e(ii) o RESPONSABILIZADO deixou de reter e recolher IRF sobre tais pagamentos, por entender que os rendimentos oriundos da carteira de investimentos do BR7 FIM estavam alcançados pelas normas isentivas concedidas pelo art. 28, § 10, da Lei nº 9.532, de 10.12.1997, e pelo art. 6º, §§ 3º e 4º, da Medida Provisória (MP) nº 2.189-49, de 23.08.2001.*

- O que se discute no presente caso é se as referidas normas isentivas são mesmo aplicáveis ao caso concreto ou se, ao contrário, como alegado pela fiscalização, tais normas teriam sido afastadas pelo disposto no art. 17 da Lei nº 8.668, de 25.06.1993.

- Sem sequer mencionar o disposto no art. 28, § 10, da Lei nº 9.532/97 (e aparentemente ignorando a sua existência), a fiscalização concluiu que a norma isentiva do § 4º do art. 6º da MP nº 2.189-49/01 não seria aplicável ao caso concreto porque: (i) o BR7 FIM seria um fundo constituído sob a forma de condomínio fechado, não estando sujeito à sistemática de "come cotas" a que se

refere o caput do art. 6º da MP nº 2.189-49/01; e (ii) a isenção do § 4º do art. 6º da MP nº 2.189-49/01 supostamente somente seria aplicável aos fundos alcançados pela sistemática de "come cotas", prevalecendo em distribuições de rendimentos realizadas por FII o disposto no art. 17 da Lei nº 8.668/93, que seria mais específico em relação aos dispositivos anteriormente mencionados.

- Diante desta visão e com base no referido art. 17 da Lei nº 8.668/93, a fiscalização exigiu o recolhimento de IRF, à alíquota de 20%, sobre os mencionados pagamentos efetuados pelo FII TM em favor do BR7 FIM durante o período autuado, acrescido de multa de ofício de 75% e juros moratórios.

- A fiscalização também considerou que a amortização das cotas do FII TM estaria igualmente alcançada pelo disposto no art. 17 da Lei nº 8.668/93 sob o entendimento de que teria ocorrido distribuição ao cotista de ganho auferido pelo FII TM na alienação de determinados ativos imobiliários.

- A fiscalização ainda desconsiderou o resultado contábil apurado pelo FII TM e recalculou o ganho auferido pelo fundo na referida alienação, subtraindo do custo das unidades imobiliárias alienadas os ajustes de avaliação a valor justo (AVJ)

previamente efetuados. Assim, numericamente, a fiscalização considerou que o fundo teria realizado ganho no montante de R\$ 113.353.951,30 na operação, que, embora isento no nível da carteira do FII TM, ficaria sujeito à tributação ao ser distribuído ao BR7 FIM, nos termos do art. 17 da Lei nº 8.668/93.

- Embora o AUTO tenha sido lavrado contra S3 CACEIS BRASIL DISTRIBUIDORA DE TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS S.A. (S3 CACEIS), a responsabilidade pelo recolhimento do IRF supostamente devido foi atribuída ao RESPONSABILIZADO por ser ele o administrador do FII TM à época dos fatos, com base no art. 124, II, do Código tributário nacional (CTN) e no art. 40 da Lei nº 9.779, de 19.01.1999.

- Apresentou algumas considerações gerais sobre a natureza dos fundos de investimento no Brasil para evidenciar que, desde sempre, o legislador brasileiro optou por atribuir aos fundos de investimento uma natureza condominial, desprovida de personalidade jurídica própria, caracterizada como uma mera comunhão de recursos destinados à aplicação em ativos financeiros e/ou outros bens e direitos autorizados pela legislação, sendo cada cotista titular de uma fração ideal do patrimônio do fundo, materializada por suas cotas.

- A consequência natural e lógica dessas características dos fundos é que estes, em regra, não são contribuintes do Imposto de Renda (IR).

- Logo, a tributação de aplicações financeiras realizadas em fundos de investimento é focada na figura de seus cotistas, com IR exigido apenas por ocasião dos eventos específicos elencados pelo legislador como capazes de configurar a captura, pelos cotistas, de disponibilidade econômica ou jurídica sobre os resultados positivos de seu investimento no fundo.

- A partir do momento, porém, que as normas de tributação das aplicações financeiras passaram a exigir o IR sob a sistemática de fonte e expandiram seu alcance indistintamente a "qualquer beneficiário", tornou-se importante consignar, de forma expressa, que a incidência do imposto não poderia alcançar os resultados das carteiras dos próprios fundos de investimento, em respeito à sua natureza condominial e à transparência fiscal.
- Assim é que, mesmo antes do advento da Lei nº 9.532/97, as normas fiscais já passaram a consignar que as regras gerais de IRF previstas para aplicações financeiras de renda fixa ou, ainda, as normas de IR referentes a ganhos líquidos em operações de renda variável, não seriam aplicáveis a rendimentos ou ganhos líquidos auferidos pelas carteiras dos fundos de investimento.
- É importante enfatizar que a Lei nº 8.981/95 foi expressa não apenas no sentido de que os resultados (rendimentos ou ganhos) oriundos da carteira de investimentos dos fundos estariam isentos de tributação, mas também no sentido de que essa isenção alcançaria inclusive os resultados oriundos de investimentos de fundos em cotas de outros fundos (conforme consignado no inciso II do art. 68 e caput do art. 73) • A Lei nº 9.532/97, por sua vez, trouxe novas regras de incidência do IR com relação a aplicações em fundos de investimento, mas novamente tratou de consignar que os resultados das operações das carteiras dos fundos estavam isentos da incidência do imposto • Fica claro que a referida isenção alcança tanto (a) os rendimentos oriundos de títulos, aplicações financeiras e valores mobiliários integrantes das carteiras dos fundos de investimento, quanto os (b) ganhos líquidos auferidos na alienação, liquidação, resgate, cessão ou repactuação dos títulos, aplicações financeiras e valores mobiliários integrantes das carteiras dos fundos de investimento.
- O que o art. 28 da Lei nº 9.532/97 fez, após alterar as regras gerais de incidência de IR em aplicações em fundos (por meio de seu caput), foi apenas reiterar que essas mudanças não alcançariam os rendimentos e ganhos oriundos dos ativos das carteiras dos fundos, em linha com o que já dispunha a Lei nº 8.981/95.
- Com efeito, até o advento da Lei nº 9.532/97, as aplicações em fundos de investimento somente eram tributadas (no nível dos cotistas) por ocasião do resgate de cotas, conforme previsto nos arts. 66 e 73 da Lei nº 8.981/95. O art. 28, caput, da Lei nº 9.532/97 veio a alterar essa forma de tributação para prever a cobrança do IR (em nome dos cotistas) em bases diárias (sobre parcela do patrimônio do fundo vinculada a investimentos de renda fixa), mesmo antes da realização dos resgates de suas cotas. Mas, feita essa mudança (no caput), o legislador, na sequência (§ 10), tratou de consignar que a mesma não afetaria os rendimentos e ganhos oriundos de ativos de renda fixa ou variável integrantes das carteiras dos fundos, que permaneceriam isentos.
- Há um outro ponto que precisa ser endereçado em relação ao art. 28 da Lei nº 9.532/97.

- Se, por um lado, o mencionado § 10 buscou deixar claro, como regra geral, que a isenção das carteiras dos fundos (já prevista pela Lei nº 8.981/95) continuaria a ser aplicável, por outro, o § 12 do referido dispositivo introduziu uma efetiva mudança em relação à situação específica dos fundos com investimentos em cotas de outros fundos:

*"§ 11. Fica dispensada a retenção do imposto de renda sobre os rendimentos auferidos pelos quotistas dos fundos de investimento:*

*a) cujos recursos sejam aplicados na aquisição de quotas de outros fundos de investimento;*

*b) constituídos, exclusivamente, pelas pessoas jurídicas de que trata o art. 77, inciso I, da Lei nº 8.981, de 20 de janeiro de 1995.*

*§ 12. Os fundos de investimento de que trata a alínea "a" do parágrafo anterior serão tributados:*

*a) como qualquer quotista, quanto a aplicações em quotas de outros fundos de investimento;*

*b) como os demais fundos, quanto a aplicações em outros ativos."(Destaques do RESPONSABILIZADO.)*

- Como se vê, o § 12 alterou a sistemática da Lei nº 8.981/95, para excluir da regra geral de isenção das carteiras dos fundos a situação específica dos "fundos de fundos", determinando que os resultados auferidos por fundos oriundos de investimentos em outros fundos passariam a se sujeitar à incidência de IRF. Contudo, para se evitar uma dupla tributação sobre as aplicações financeiras dos investidores finais de estruturas de "fundos de fundos", o § 11 do art. 28 dispensou do recolhimento de IRF as subseqüentes distribuições de rendimentos efetuadas pelos fundos aos investidores finais dessas estruturas.

- Ou seja, ainda que assegurando que as aplicações destes investidores ficariam sujeitas a uma única camada de tributação pelo IRF, a Lei nº 9.532/97 autorizou que, nas estruturas de "fundos de fundos", essa tributação já fosse antecipada para o momento da distribuição de rendimentos efetuada pelo último fundo investido da estrutura, alterando a sistemática anterior prevista pela Lei nº 8.981/95, que deixava essa tributação apenas para o momento da distribuição de rendimentos efetuada ao investidor final da estrutura.

- Assim, apenas durante o breve período em que os §§ 11 e 12 do art. 28 da Lei nº 9.532/97 permaneceram em vigor, os rendimentos oriundos de investimentos de fundos em outros fundos ficaram alcançados pelas regras de incidência de IRF, ainda que tenha sido assegurado que os correspondentes fluxos de rendimentos estariam livres de nova tributação até a "subida" dos recursos aos investidores finais da estrutura.

- Esse cenário, contudo, foi alterado pela MP nº 1.680-7, de 29.07.1998, reeditada sucessivamente até a MP nº 2.189-49/01, que, além de fazer novas mudanças na



sistemática geral de tributação de investimentos em fundos e reiterar a ampla isenção quanto aos resultados das carteiras dos fundos, retomou a sistemática anteriormente prevista pela Lei nº 8.981/95, estendendo a isenção inclusive aos resultados dos investimentos de fundos em outros fundos.

- Com efeito, a redação dos parágrafos 3º e 4º é absolutamente clara no sentido de que a isenção em discussão alcança quaisquer rendimentos auferidos pelas carteiras dos fundos de investimento, inclusive em cenários de investimentos dos fundos em cotas de outros fundos (como no caso concreto). Logo, somente as distribuições subsequentes realizadas aos investidores finais das estruturas de "fundos de fundos" é que ficaram sujeitas à tributação.

- Isso significa dizer, por decorrência lógica das considerações acima, que os §§ 3º e 4º da MP nº 2.189-49/01 revogaram tacitamente o disposto nos §§ 11 e 12 do art. 28 da Lei nº 9.532/97, por força do art. 2º, § 1º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - "LINDB" (aprovada pelo Decreto-Lei nº 4.657, de 04.09.1942), que determina que lei posterior revoga a anterior quando seja com ela incompatível ou quando regule a matéria de que tratava a lei anterior.

- Portanto, após o advento da MP nº 2.189-49/01, os resultados das carteiras dos fundos de investimento, incluindo aqueles oriundos de investimentos em cotas de outros fundos, passaram a ter a sua isenção de IR assegurada pelo §§ 3º e 4º do art. 6º da própria MP nº 2.189-49/01 e, ainda, pelo § 10 do art. 28 da Lei nº 9.532/97. Tais dispositivos eram aplicáveis à época dos fatos em discussão no AUTO e permanecem em vigor até a presente data.

- A fiscalização, contudo, não atentou para os detalhes desse histórico legislativo, adotando uma interpretação completamente equivocada.

- O AUTO rejeita a literalidade dos referidos dispositivos da Lei nº 9.532/97 e da MP nº 2.189-49/01, sujeitando ao IRF os rendimentos distribuídos pelo FII TM ao BR7 FIM, sob a alegação de que o art. 17 da Lei nº 8.668/93 seria mais específico e prevaleceria sobre aqueles, por ser destinado a FII.

- Ora, o fato de o art. 17 da Lei nº 8.668/93 indicar que a exigência de IRF nele prevista alcançaria "qualquer beneficiário" jamais poderia ter o efeito de impedir que isenções fossem contempladas pela legislação. Trata-se de ressalva geral encontrada em diversos outros dispositivos referentes à tributação de aplicações financeiras, como os acima transcritos arts. 65 e 72 da Lei nº 8.981/95, o caput do art. 28 da Lei nº 9.532/97 e o caput do art. 6º da MP nº 2.189-49/01, que convivem harmoniosamente com as isenções contempladas subsequentemente em seu texto, que constituem exceções à regra geral de tributação.

- Tanto é assim que outras regras posteriores de isenção foram introduzidas no ordenamento jurídico, que, por certo, não tiveram seu alcance frustrado pelo fato de a regra geral de incidência ser destinada a "qualquer beneficiário, inclusive pessoa jurídica isenta".

- Nesse sentido, por exemplo, a Lei nº 11.196, de 21.11.2005, alterou o art. 3º da Lei nº 11.033, de 21.12.2004, para introduzir isenção de IR quanto aos investimentos em FII realizados por pessoas físicas (desde que atendidos determinados requisitos específicos), e não se tem notícia de qualquer questionamento quanto à validade de tal benefício atrelado ao teor da regra geral de incidência prevista no art. 17 da Lei nº 8.668/93; e, em linha semelhante, o art. 16 da MP nº 2.189-49/01 ampliou o alcance do regime especial de tributação de investidores não residentes (INR), reduzindo de 20% para 15% a alíquota geral de incidência de IR sobre investimentos em FII, não obstante a referência geral do art. 17 da Lei nº 8.668/93 continuar a prever que a alíquota de 20% seria aplicável a "qualquer beneficiário".
- Ademais, embora a redação do art. 17 da Lei nº 8.668/93 tenha sido alterada pelo art. 10 da Lei nº 9.779, de 19.01.1999, a redação original do dispositivo já destinava a incidência do IRF sobre distribuições de rendimentos realizadas por FII a "qualquer que seja o beneficiário", tendo esta última lei apenas reduzido a alíquota geral aplicável (de 25% para 20%). Assim, até mesmo a Lei nº 9.532/97 pode ser considerada posterior ao advento do art. 17 da Lei nº 8.668/93, o que reforça a necessidade de reconhecimento de sua prevalência sobre a orientação geral deste último dispositivo. E, ainda que pudesse existir alguma margem de discussão quanto à ordem cronológica desses últimos dois dispositivos, não há qualquer dúvida que a MP nº 2.189-49 é posterior a ambos, tendo sido baixada em 23.08.2001, de maneira que não há qualquer razão para se deixar de observar o disposto em seu art. 6º.
- A fiscalização ainda busca se esquivar da aplicação dos §§ 3º e 4º do art. 6º da MP nº 2.189-49/01 sob a alegação de que o caput de tal dispositivo seria destinado apenas aos fundos constituídos como condomínios abertos, na medida em que os fundos constituídos como condomínios fechados (como era o caso do BR7 FIM) não se sujeitariam à incidência periódica de IRF disciplinada pelo caput.
- Ora, o fato de os fundos fechados não poderem ser submetidos à tributação em bases periódicas decorre de uma mera construção interpretativa, desenvolvida após o advento da MP nº 2.189-49/01 e referendada em atos infralegais baixados pelas autoridades fiscais.
- A exclusão dos fundos fechados do alcance do caput do art. 6º da MP nº 2.189-49/01 não tem suporte em ato legal específico.
- Ademais, ainda que o caput do referido artigo tratasse apenas de fundos abertos, seus parágrafos não estariam presos aos estritos termos de seu caput, podendo dispor sobre questões diversas relacionadas a investimentos em fundos de outra natureza, incluindo fundos fechados.
- Entendimento em sentido contrário poderia colocar em risco a isenção da carteira de outros fundos organizados como fundos fechados, como são necessariamente os Fundos de Investimento em Participações - FIPs e podem ser

os Fundos de Investimento em Direitos Creditórios FIDCs e os Fundos de Investimento do Agronegócio - FIAGROs, o que seria impensável.

- Portanto, sendo os §§ 3º e 4º do art. 6º da MP nº 2.189-49/01 expressos no sentido de isentar os rendimentos oriundos das carteiras de investimentos dos fundos, inclusive aqueles oriundos de investimentos em outros fundos, tal isenção há que ser observada. A inobservância de tal orientação configura violação ao art. 111 do CTN, que determina que as isenções devem ser interpretadas literalmente, não podendo essa literalidade ser afastada por um alegado alcance limitado do caput do dispositivo no qual inserida a norma isentiva.

- Por conseguinte, a aplicabilidade das referidas isenções ao BR7 FIM decorre não só da literalidade das referidas normas, que concedem o benefício de forma ampla e irrestrita, mas, também, da própria finalidade (ou teleologia) da norma, que busca assegurar a transparência fiscal dos fundos e tributação apenas no nível de seus investidores finais.

- Interpretação em sentido contrário resultaria em uma indesejada dupla tributação sobre a renda auferida pelos investidores em suas aplicações na estrutura de fundos (i.e., quando da distribuição de rendimentos efetuada, por exemplo, por um FII a um FIM, e, subsequentemente, quando da distribuição efetuada por este FIM a seus investidores finais).

- No único cenário em que a legislação em vigor prevê efetivamente a possibilidade de tributação de rendimentos oriundos da carteira de um fundo (aplicações financeiras de natureza não imobiliária realizadas por FII), é assegurada a possibilidade de compensação entre o IRF exigido sobre a aplicação realizada pelo FII e o imposto a ser posteriormente recolhido por ocasião das distribuições periódicas de rendimentos realizadas a seus cotistas.

- A fiscalização ainda sustenta a não aplicação das normas isentivas ao caso concreto sob o argumento de que o BR7 FIM seria fundo fechado e que, por conseguinte, não estaria sujeito à sistemática de tributação periódica do come-cotas, o que supostamente frustraria a expectativa de arrecadação do Fisco gerada pela obrigatoriedade de distribuição semestral mínima prevista pelo art. 10 da Lei nº 8.668/93.

- Ora, uma coisa não justifica a outra. A tributação é atividade administrativa vinculada, atrelada à lei. Se o legislador optou por não tributar os resultados das carteiras dos fundos de investimento e não sujeitar aqueles constituídos sob a forma de condomínio fechado à sistemática do come-cotas, não pode a fiscalização, fundada em um suposto anseio por justiça arrecadatória, demandar o recolhimento do imposto.

- Ademais, a "solução" adotada pela fiscalização, de impor a incidência do IRF já nas distribuições efetuadas pelo FII TM ao BR7 FIM, resulta em uma indevida e inaceitável dupla tributação sobre os resultados financeiros obtidos pela estrutura de investimentos em discussão.

- Convém, ainda, destacar que a linha adotada pelo AUTO não tem suporte em nenhum dos normativos baixados pela Receita Federal sobre a matéria após o advento da MP nº 1.680-7, de 29.07.1998 (com reedições subsequentes até a MP nº 2.189-49/01), que revogou tacitamente os §§ 10 e 11 da Lei nº 9.532/97.
- Todos os normativos da Receita editados a partir de 1998 sobre a matéria são expressos em reconhecer que os resultados das carteiras dos fundos de investimento estão isentos de IR:

*Instrução Normativa ("IN") SRF nº 7, de 03.02.1999*

*"Art. 1º Os rendimentos auferidos em qualquer aplicação ou operação financeira de renda fixa ou de renda variável sujeitam-se à incidência do imposto de renda na fonte, mesmo no caso das operações de cobertura, hedge, realizadas por meio de operações de swap e outras, nos mercados de derivativos.*

*(...)Art. 3º Não estão sujeitos à incidência do imposto de renda na fonte:*

*- os rendimentos auferidos em aplicação ou operação financeira de renda fixa ou de renda variável, de titularidade:*

*a) de pessoa jurídica referida no inciso I do art. 77 da Lei No 8.981, de 1995, com a redação dada pela Lei No 9.065, de 20 de junho de 1995;*

*b) das carteiras dos fundos de investimento;*

*c) de órgãos públicos, autarquias e fundações públicas, dos partidos políticos e suas fundações, e de entidades sindicais de trabalhadores;*

*(...)"*

*IN SRF nº 25, de 06.03.2001*

*"Aplicação em Fundos de Investimento Art. 1º A incidência do imposto de renda na fonte sobre os rendimentos auferidos por qualquer beneficiário, inclusive pessoa jurídica isenta, nas aplicações em fundos de investimento, ocorrerá:*

*(...)Art. 4º São isentos do imposto de renda:*

*I - os rendimentos e ganhos líquidos auferidos pelas carteiras dos fundos de investimento;"*

*IN RFB nº 1.022, de 05.04.2010*

*"Art. 1º Esta Instrução Normativa disciplina a cobrança e o recolhimento do imposto sobre a renda incidente sobre os rendimentos e ganhos auferidos nos mercados financeiros e de capitais, por investidores residentes ou domiciliados no País e no exterior, em 3 (três) Capítulos assim dispostos:*

*(...)Art. 14. São isentos do imposto sobre a renda:*

*I - os rendimentos e ganhos líquidos ou de capital, auferidos pelas carteiras dos fundos de investimento;*

*IN RFB nº 1.585, de 31.08.2015*

*Art. 1º Esta Instrução Normativa disciplina a cobrança e o recolhimento do imposto sobre a renda incidente sobre os rendimentos e ganhos auferidos nos mercados financeiros e de capitais, por investidores residentes ou domiciliados no País e no exterior, em 3 (três) Capítulos assim dispostos:*

*(...)Art. 14. São isentos do imposto sobre a renda:*

*I - os rendimentos e ganhos líquidos ou de capital, auferidos pelas carteiras dos fundos de investimento;*

- O foco das normas de tributação de aplicações financeiras é sempre o titular da aplicação financeira realizada (cotista).
- Por conseguinte, na medida em que os FIM não foram excluídos do alcance dos arts. 14 da IN RFB nº 1.022/10 e da IN RFB nº 1.585/15, não há razão para se deixar de aplicar a eles a isenção quanto aos rendimentos de suas carteiras de investimentos, o que naturalmente inclui os rendimentos por eles recebidos de investimentos em FII.
- Reitere-se que o objeto do AUTO é a análise da aplicabilidade das normas isentivas quanto à carteira do BR7 FIM, e não do FII TM. De fato, embora os pagamentos em discussão tenham sido originados de investimentos do BR7 FIM no FII TM, o que se discute é se o BR7 FIM estava alcançado pelas isenções da Lei nº 9.532/97 e da MP nº 2.189-49/01, e não se o FII TM estava alcançado por tais benefícios.
- O que se percebe, por todo o exposto, é que a fiscalização tenta reinterpretar dispositivos legais e infralegais editados há décadas, distorcendo todo o histórico legislativo.
- Assim, sob qualquer perspectiva, seja numa interpretação histórica, sistemática, lógica, teleológica e/ou literal do art. 28, § 10, da Lei nº 9.532/97 e do art. 6º, §§ 3º e 4º, da MP nº 2.189-49/01, em conjunto com o art. 17 da Lei nº 8.668/93, não há como deixar de reconhecer que as distribuições de rendimentos efetuadas pelo FII TM ao BR7 FIM durante o período autuado estavam isentas de IRF.

Do equívoco da fiscalização quanto aos efeitos da amortização de cotas e quanto à quantificação e natureza dos valores atribuídos

- A fiscalização atribuiu ao pagamento efetuado pelo FII TM ao BR7 FIM a título de amortização de cotas o mesmo tratamento tributário aplicado às distribuições de rendimentos efetuadas pelo fundo, igualmente afastando as normas isentivas abordadas na seção precedente e sujeitando a operação à incidência de IRF à alíquota de 20%.

- Além disso, a fiscalização tomou como base para aferição do valor supostamente sujeito ao IRF o montante do ganho de capital auferido pelo FII TM na alienação de determinados ativos imobiliários, subtraindo do cálculo desse ganho os ajustes de AVJ previamente efetuados pelo próprio FII TM quanto ao custo das unidades negociadas.
- Ao proceder dessa forma, a fiscalização parece ignorar os efeitos e a natureza das operações de amortização de cotas.
- À época dos fatos em discussão, as operações de amortização de cotas eram assim definidas pela Instrução CVM nº 555/14.
- Do dispositivo verifica-se que tais operações têm por objeto o pagamento aos cotistas de montante correspondente ao valor de suas cotas, sem redução do número das mesmas.
- O valor das cotas amortizadas é composto pela soma dos valores originalmente aportados pelos investidores e os resultados acumulados pelo fundo, subtraídos de seus encargos e obrigações. Isso porque o referido valor é obtido por meio da divisão do número total de cotas do fundo por seu patrimônio líquido, que é atualizado periodicamente, conforme a evolução do valor de seus ativos.
- Logo, ao pagar aos cotistas um montante correspondente ao valor de suas cotas, o fundo está: (a) restituindo ao investidor o custo de seu investimento; e/ou (b) realizando uma efetiva distribuição dos resultados acumulados pelo fundo.
- Assim, ao contrário do que ocorre em uma simples distribuição de rendimentos, na qual todo o valor atribuído ao cotista deve ser considerado "fruto" de sua aplicação financeira no fundo, na amortização de cotas, o valor pago ao cotista pode ser em parte tratado como uma distribuição de rendimentos e, em outra (ou a integralidade do valor recebido) como restituição do seu custo de aquisição.
- Dessa maneira, o pagamento realizado pelo FII TM a título de amortização de cotas jamais se sujeitaria ao IRF exigido pelo AUTO: (i) quanto à parcela do custo de aquisição devolvida ao cotista, por não haver efetivo acréscimo patrimonial, mas mera restituição de parcela do valor de seu investimento, inexistindo fundamento para tributação da operação de amortização em questão; e (ii) quanto a eventual excesso do custo de aquisição, por consistir em uma distribuição de rendimentos do fundo, que estaria igualmente alcançada pelas isenções concedidas pelo art. 28, § 10, da Lei nº 9.532 / 97 e pelo art. 6º, §§ 3º e 40, da MP nº 2.189-49/01, por todas as razões apresentadas.
- Jamais poderia a fiscalização "pinçar" uma operação imobiliária do FII TM e atribuir o ganho por ele próprio realizado a seu cotista, como se o investimento do cotista tivesse sido feito diretamente nos ativos imobiliários alienados, e não no próprio FII TM.

- Ainda que se admitisse que a parcela paga a título de amortização que se refere a rendimentos distribuídos estivesse sujeita ao IRF, a suposta base tributável seria obtida do confronto entre o valor recebido pelo BR7 FIM e o seu custo de aquisição nas cotas do FII TM. Somente a diferença positiva eventualmente apurada é que, caso não alcançada por isenção, poderia ser submetida à tributação em uma operação de amortização. E tal diferença, para o cotista, corresponde a um rendimento oriundo de sua aplicação financeira no FII TM, e não ao ganho oriundo da operação imobiliária celebrada pelo próprio FII TM.

- Todavia, o AUTO apura a base de cálculo do IRF supostamente devido a partir de uma operação específica realizada pelo FII TM, e não a partir de um efetivo contraste entre o resultado acumulado do fundo e o custo de aquisição do investimento cujas cotas foram amortizadas, o que corresponde a uma desconsideração da autonomia e existência própria do FII TM, que deve ser rechaçada pelas autoridades julgadoras.

Tanto é assim que a parcela da amortização paga pelo FII TM ao RESPONSABILIZADO que correspondia a rendimentos foi de apenas R\$ 86.465.892,40, enquanto que o valor remanescente de R\$ 174.537.512,57 dizia respeito à devolução do custo de aquisição; valor totalmente diverso daquele que o AUTO equivocadamente considera tributável (R\$ 113.353.951,30).

- Por conseguinte, resta demonstrada a total improcedência de qualquer exigência de IRF sobre o pagamento efetuado ao BR7 FIM a título de amortização.

#### Da impossibilidade de exigência de multa de ofício e de juros

- Na hipótese de a exigência de IRF ser mantida, ao menos devem ser canceladas as cobranças de multa de ofício e de juros de mora trazidas pelo AUTO, por força do disposto no art. 100 do CTN, na medida em que a não retenção do imposto nas distribuições de rendimentos em discussão seguiu orientação contida na Lei nº 9.532/97 e na MP nº 2.189-49/01, bem como determinação expressa contida no art. 14 da IN RFB nº 1.585/15.

#### Do pedido

- Em razão de todo o exposto, pede e espera o RESPONSABILIZADO que o AUTO seja julgado totalmente improcedente e seja cancelado o crédito tributário nele lançado. Na eventualidade de o mesmo ser mantido, em linha com o disposto acima, requer o RESPONSABILIZADO que, ao menos, sejam canceladas as cobranças de multa de ofício e de juros de mora.

6. Os documentos apresentados com a impugnação foram juntados aos autos.

É o relatório.

Naquela oportunidade, a Delegacia de Julgamento da Receita Federal do Brasil 08, analisando os argumentos da interessada, julgou a Impugnação procedente em parte, em conformidade com a ementa a seguir transcrita:



Assunto: Imposto sobre a Renda Retido na Fonte - IRRF

Ano-calendário: 2020

**NULIDADE. ERRO NA SUJEIÇÃO PASSIVA. NÃO CARACTERIZAÇÃO**

Não cabe a argumentação de nulidade, por erro na sujeição passiva, quando a autoridade fiscal efetivamente trouxe para o polo passivo do lançamento fiscal os administradores do fundo de investimentos imobiliários e imputou a eles a responsabilização, que entendeu aplicável, pelo crédito tributário constituído de IRRF.

**MUDANÇA DE ADMINISTRADOR DE FUNDO DE INVESTIMENTOS. NÃO VINCULAÇÃO AO FATO GERADOR. COMPROVAÇÃO.**

Comprovada que a instituição financeira, atual administradora do fundo de investimentos, não estava à frente da administração do fundo, à época dos fatos geradores, necessário se faz a sua exclusão do polo passivo da autuação fiscal.

**DISTRIBUIÇÃO DE RENDIMENTOS E GANHOS DE CAPITAL AUFERIDOS DE FII. IRRF. INCIDÊNCIA**

Nos termos do que determina o artigo 17 da Lei nº8.668/1993, os rendimentos e ganhos de capital auferidos pelos Fundos de Investimentos Imobiliário quando distribuídos a qualquer beneficiário (cotista) sujeitam-se à incidência de imposto de renda na fonte, à alíquota de vinte por cento.

Impugnação Procedente em Parte

Crédito Tributário Mantido

Cientes do acórdão recorrido, e com ele inconformado, a defesa apresentou, tempestivamente, seus respectivos recursos voluntários, reiterando as razões de defesa apresentadas. Foi interposto também recurso de ofício, pela Fazenda Nacional.

## VOTO VENCIDO

Conselheiro José Eduardo Dornelas Souza, Relator.

Os recursos apresentados são tempestivos e atendem aos pressupostos regimentais de admissibilidade, portanto, deles conheço.

Conhece-se também do recurso de ofício, em decorrência ao que prevê a Portaria nº 02, de 17 de janeiro de 2023, que estabeleceu o limite de alçada em R\$ 15.000.000,00 (quinze milhões de reais), para fins de conhecimento.

No presente caso, a decisão da DRJ excluiu S3 CACEIS BRASIL DISTRIBUIDORA DE TITULOS E VALORES MOBILIARIOS S.A. do polo passivo da obrigação tributária, o que, por si só, é suficiente para o conhecimento do recurso de ofício.

## **Análise do Recurso Voluntário**

### **Síntese dos Fatos**

Trata-se de Recurso de Ofício e Recursos Voluntários interpostos contra o Acórdão nº 108-045.637, proferido pela 8ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento (DRJ) em São Paulo/SP.

A decisão de primeira instância julgou "Procedente em Parte" as impugnações, para excluir do polo passivo a S3 Caceis, mas manter integralmente o crédito tributário exigido, imputando a responsabilidade total ao Banco Genial S.A.

O presente litígio origina-se do Auto de Infração lavrado em 19/09/2023, exigindo Imposto de Renda Retido na Fonte (IRRF), acrescido de multa de ofício (75%) e juros de mora, totalizando um crédito tributário de R\$ 56.056.255,33.

A infração, segundo o Termo de Verificação e Encerramento (TVE), consiste na falta de retenção do IRRF sobre rendimentos e ganhos de capital distribuídos pelo FUNDO DE INVESTIMENTO IMOBILIÁRIO TM - FII ("TM FII") ao seu cotista, o BR7 FUNDO DE INVESTIMENTO MULTIMERCADO CRÉDITO PRIVADO ("BR7 FIM"), ocorridos no ano-calendário de 2020.

Os fatos que fundamentaram o lançamento foram:

i) Distribuição de Rendimentos: Pagamento de R\$ 26.444.882,66.

ii) Distribuição de Ganho de Capital: Em 16/12/2020, o TM FII alienou 25% de seu patrimônio e, na mesma data, amortizou cotas do BR7 FIM, distribuindo um ganho de capital que, recalculado pela fiscalização, totalizou R\$ 113.353.951,30.

O Auto de Infração foi originalmente lavrado tendo como sujeito passivo principal a S3 Caceis (atual administradora do fundo) e como responsável solidário o Banco Genial (administrador do fundo à época dos fatos geradores).

A autoridade fiscal sustentou que, embora o administrador à época (Banco Genial) tenha alegado isenção, a tributação era devida por força do art. 17 da Lei nº 8.668/1993, que estabelece a incidência do IRRF à alíquota de 20% sobre rendimentos e ganhos de capital distribuídos por FII "a qualquer beneficiário, inclusive pessoa jurídica isenta".

Ambos os sujeitos passivos apresentaram as devidas impugnações.

A S3 Caceis, na qualidade de atual administradora, arguiu, em sede preliminar, sua nulidade por ilegitimidade passiva. Afirmou que os fatos geradores ocorreram em 2020, notadamente em 16/12/2020, ao passo que sua assunção da administração do TM FII deu-se

apenas em 16/01/2021. A impugnante fundamentou sua tese no art. 17, §2º da IN RFB 1.585/2015 e na Solução de Consulta Cosit nº 103/2018, normativos que estabelecem ser a responsabilidade pela retenção do administrador vigente na data do fato gerador.

No mérito, tanto o Banco Genial (Antigo Administrador) quanto a S3 Caceis contestaram a exigência tributária.

A defesa de mérito baseou-se, em síntese, na inaplicabilidade do art. 17 da Lei nº 8.668/93, por considerá-la uma norma geral que não se aplicaria ao caso específico de distribuição de um FII para outro FIM. Sustentaram que a operação estaria amparada por isenção, primeiramente com base em norma específica para "fundos de fundos", qual seja, o art. 6º, §§ 3º e 4º da MP nº 2.189-49/2001, e também pela isenção geral de carteira prevista no art. 28, § 10 da Lei 9.532/1997 e no art. 14 da IN RFB 1.585/2015.

Argumentaram que a tributação na distribuição do FII para o FIM, seguida de nova tributação na saída do FIM para o cotista final, configuraria dupla tributação (bis in idem), violando o racional do sistema que visa onerar apenas uma camada da estrutura.

Defenderam, ainda, que a MP nº 2.189-49/01, por ser mais específica e posterior, prevaleceria sobre a Lei nº 8.668/93.

Por fim, o Banco Genial arguiu especificamente o erro na apuração da base de cálculo, defendendo que, por se tratar de amortização, o tributo deveria incidir sobre o ganho do cotista (BR7 FIM) — aferido pela diferença entre o valor recebido e o seu custo de aquisição das cotas — e não sobre o ganho de capital apurado pelo FII na alienação do ativo.

Sobreveio a decisão da DRJ, que acolheu a preliminar de ilegitimidade passiva e julgou procedente a impugnação da S3 Caceis, determinando sua exclusão do polo passivo. A decisão fundamentou que, nos termos do art. 17, §2º da IN RFB 1.585/2015 e da Solução de Consulta Cosit nº 103/2018, a responsabilidade é do administrador à época do fato gerador, concluindo que a responsabilidade integral recairia sobre o Banco Genial. Não obstante, a DRJ rejeitou a tese de nulidade total do lançamento, sob o entendimento de que o erro na inclusão da S3 Caceis como sujeito passivo não invalidava o auto de infração, visto que o administrador correto (Banco Genial) já constava no polo passivo desde o início, ainda que na condição de solidário.

No mérito, a decisão manteve integralmente o crédito tributário, rejeitando os argumentos de mérito das defesas. Sustentou que a isenção da MP nº 2.189-49/01 (Art. 6º) aplica-se exclusivamente a fundos sujeitos ao "come-cotas", o que não seria o caso do BR7 FIM, por ser um fundo fechado; que a isenção da IN RFB nº 1.585/2015 (Art. 14) não se aplica ao BR7 FIM (fundo multimercado), pois este não se enquadra como um fundo "com tributação específica", conforme interpretação literal (Art. 111, CTN) do § 2º do referido Art. 14; que a autoridade administrativa está vinculada à aplicação da lei (Art. 17 da Lei 8.668/93), validando a base de cálculo utilizada pela fiscalização, por entender que a operação foi, em essência, uma "distribuição do resultado total da alienação" e não uma devolução de capital.

O Recuso de ofício consiste na reversão da decisão da DRJ que excluiu a S3 Caceis do polo passivo. Em razões, a PGFN sustenta que o Fundo (TM FII) é o devedor principal e que a S3 Caceis, como sua atual administradora, é sua representante legal (art. 14 da Lei 8.668/93). Argumenta que a manutenção da S3 Caceis é necessária para garantir que o patrimônio do Fundo responda pela dívida, sem prejuízo da responsabilidade do Banco Genial.

A S3 Caceis, embora excluída, recorre da parte da decisão que não reconheceu a nulidade total do lançamento. Argumenta que o vício na sua inclusão era material e insanável, devendo anular todo o processo. Apresenta, também, contrarrazões ao Recurso de Ofício, pugnando pela manutenção de sua exclusão.

Inconformado, o Banco Genial S.A. interpõe Recurso Voluntário, arguindo, preliminarmente, a nulidade do lançamento por alteração do critério jurídico. Sustenta que o Auto de Infração o qualificou expressamente como "responsável solidário", ao lado da devedora principal S3 Caceis. Argumenta que a decisão da DRJ, ao excluir o devedor principal, não poderia "promovê-lo" à condição de devedor único, pois tal ato configuraria uma alteração do critério jurídico do lançamento, vedada pelo art. 146 do CTN, e violaria o contraditório, uma vez que sua defesa foi pautada na condição de solidário, e não de principal.

No mérito, o Recorrente reitera integralmente as teses de sua impugnação, insistindo na isenção da distribuição (com base na MP 2.189/01 e Lei 9.532/97), na ocorrência de *bis in idem*, e no equívoco na apuração da base de cálculo da amortização. Subsidiariamente, pede o cancelamento da multa de ofício e dos juros, alegando que a não retenção foi baseada em interpretação plausível da legislação (art. 100, CTN).

#### DO RECURSO DE OFÍCIO

A DRJ julgou procedente a impugnação da S3 CACEIS BRASIL DISTRIBUIDORA DE TITULOS E VALORES MOBILIARIOS S.A. ("S3 Caceis") para excluí-la do polo passivo da obrigação tributária.

A PGFN pugna pela reforma da decisão e pela reinclusão da S3 Caceis na lide. Argumenta, em síntese, que a S3 Caceis, na qualidade de atual administradora do Fundo TM FII, é sua representante legal ativa e passiva, conforme o art. 14 da Lei nº 8.668/1993. Sustenta que o devedor principal é o Fundo (uma comunhão de recursos) e que a exclusão de sua atual representante legal poderia "obstaculizar a satisfação do crédito público", impedindo que o patrimônio do Fundo responda pela dívida.

A decisão da DRJ, neste ponto, deve ser mantida pelos seus próprios fundamentos.

A controvérsia sobre a legitimidade passiva da S3 Caceis foi analisada pela DRJ, que identificou que a responsabilidade pela retenção do IRRF é um ato vinculado ao momento do fato gerador, e não uma responsabilidade que se transfere automaticamente ao administrador sucessor.

A decisão recorrida fundamentou a exclusão da S3 Caceis, nos seguintes termos:

41. Sobre a questão, o artigo 17, §2º da IN RFB 1.585/2015, citado pela defesa, deixa claro que, no caso de mudança de administrador, cada administrador será responsável pela retenção e recolhimento referente aos fatos geradores ocorridos no período relativo à sua respectiva administração:

*Art. 17. É responsável pela retenção e pelo recolhimento do imposto:*

*I- o administrador do fundo de investimento;*

*(...)*

*§ 2º No caso de mudança de administrador do fundo de investimento, cada administrador será responsável pela retenção e recolhimento do imposto referente aos fatos geradores ocorridos no período relativo à sua respectiva administração.*

42. Nesse mesmo sentido, a Solução de Consulta Cosit nº 103, de 20 de agosto de 2018, também citada pela defesa, apresenta o posicionamento da RFB sobre a questão, no qual é reforçado o entendimento de que, no caso de mudança de administrador do Fundo de Investimento, cada administrador será responsável pela retenção na fonte referente aos pagamentos que efetuar. Da consulta ainda se extrai que a responsabilização deverá se reportar ao fato gerador da obrigação tributária. [...]

43. Os fatos geradores da autuação reportam-se às datas de 30/06/2020 e 30/12/2020...

44. Pelos trechos da ata da Assembleia Geral Extraordinária do fundo TM FII (fls.729 e 730), abaixo reproduzidos, a efetiva mudança na administração do fundo para a impugnante S3 CACEIS somente ocorreu em 15/01/2021:

*[...]*

*1. Aprovar, por unanimidade e sem quaisquer restrições, a transferência da administração fiduciária do Fundo, atualmente exercida pelo Administrador, a partir do fechamento das operações de 15 de janeiro de 2021 (Data de Transferência"), para o Novo Administrador, que assumirá as obrigações oriundas da atividade de administração fiduciária do Fundo a partir do primeiro dia subsequente à Data de Transferência ("Data de Abertura"), não sendo responsabilidade do Novo Administrador, os atos de administração do Fundo praticados até a Data de Transferência.*

45. A análise dos documentos mostra que a impugnante S3 CACEIS, à época dos fatos geradores, não estava à frente da administração do fundo e, a princípio, não deveria ser incluída no polo passivo da autuação.

*[...]*

50. Diante de toda a análise efetuada, considero necessária a exclusão da impugnante S3 CACEIS, com a manutenção no polo passivo do BANCO GENIAL S.A, visto que esta última era efetivamente a instituição que estava à frente da administração do fundo TM FII, à época dos fatos geradores, e que deixou de reter e recolher o IRRF, infração esta que é o objeto da autuação analisada.

Como se vê na fundamentação transcrita, a DRJ decidiu com acerto.

A responsabilidade pelo recolhimento do IRRF é atribuída por lei ao administrador do fundo e, como pacificou a própria Receita Federal (IN 1.585/2015 e SC Cosit 103/2018), trata-se de uma obrigação personalíssima do administrador que estava em exercício na data do fato gerador, pois foi ele quem praticou o ato omissivo que deu origem à infração.

Os fatos geradores (a falta de retenção) ocorreram em 30/06/2020 e 30/12/2020. A S3 Caceis só assumiu a administração em 16/01/2021. Manter a S3 Caceis no polo passivo seria imputar-lhe responsabilidade por ato de terceiro (Banco Genial) sem qualquer amparo legal.

Ante o exposto, voto por NEGAR PROVIMENTO ao Recurso de Ofício, mantendo a decisão da DRJ que excluiu a S3 CACEIS BRASIL DISTRIBUIDORA DE TITULOS E VALORES MOBILIARIOS S.A. do polo passivo da lide, por manifesta ilegitimidade passiva.

É como voto.

#### DO RECURSO VOLUNTÁRIO

#### DA NULIDADE DO LANÇAMENTO NA CONSTITUIÇÃO DO POLO PASSIVO

Como relatado, a DRJ julgou "Procedente em Parte" a impugnação, para excluir do polo passivo a S3 CACEIS BRASIL DISTRIBUIDORA DE TITULOS E VALORES MOBILIARIOS S.A. (originalmente indicada como sujeito passivo principal), mas manter integralmente o crédito tributário, imputando a responsabilidade total ao BANCO GENIAL S.A. (originalmente indicado como responsável solidário).

Sustenta o Banco Genial, em preliminar de mérito, a nulidade total do lançamento, argumentando que a decisão da DRJ, ao excluir o sujeito passivo principal (S3 Caceis) e "promovê-lo" de responsável solidário a devedor principal, configurou uma indevida alteração do critério jurídico do lançamento, violando o art. 146 do CTN. Alega que a exclusão do devedor principal macula todo o lançamento, não podendo a autoridade julgadora "sanar" um vício material na constituição do polo passivo.

Pois bem.

Assiste razão à Recorrente quanto à preliminar.

O lançamento, da forma como foi constituído e posteriormente modificado pela decisão *a quo*, padece, a meu ver, de vício material insanável.

O ato administrativo de lançamento é vinculado e obrigatório, devendo a autoridade administrativa, nos termos do art. 142 do CTN, "identificar o sujeito passivo". No

presente caso, a autoridade fiscal, em seu Termo de Verificação Fiscal e no Auto de Infração, fez uma escolha clara e vinculante quanto à estrutura do polo passivo. Definiu como sujeito passivo principal a S3 Caceis Brasil DTVM S.A. e imputou ao Banco Genial S.A. a condição de responsável solidário.

De acordo com a fiscalização, portanto, foi de que a S3 Caceis, na qualidade de atual administradora do fundo, seria a devedora principal (ou a representante do fundo devedor), enquanto o Banco Genial, antigo administrador e agente efetivo na época dos fatos geradores, responderia em solidariedade nos termos do art. 124 do CTN.

A S3 Caceis apresentou impugnação, alegando sua ilegitimidade passiva, vez que os fatos geradores (distribuições de 2020) ocorreram sob a gestão do Banco Genial, tendo ela assumido a administração apenas em 16/01/2021. A DRJ acolheu reconheceu, com base no Art. 17, §2º da IN RFB 1585/2015 e na Solução de Consulta Cosit nº 103/2018, que a responsabilidade pela retenção é do administrador vigente à época dos fatos, e assim concluiu:

"50. Diante do toda a análise efetuada, considero necessária a exclusão da impugnante S3 CACEIS, com a manutenção no polo passivo do BANCO GENIAL S.A, visto que esta última era efetivamente a instituição que estava à frente da administração do fundo TM FII, à época dos fatos geradores..."

Ocorre que a autoridade julgadora não pode substituir a autoridade lançadora. O lançamento foi constituído com base em uma premissa (S3 Caceis é a principal devedora) que a própria DRJ declarou ser juridicamente incorreta. A obrigação solidária (Banco Genial) não existe autonomamente sem uma obrigação principal válida à qual se vincular dentro do mesmo ato de lançamento, ou dito de outra forma, a responsabilidade solidária imputada ao Banco Genial é, por natureza, acessória; ela depende da existência de uma obrigação principal validamente constituída *no mesmo ato de lançamento*.

Ao ser retirado do processo o único devedor principal eleito pela fiscalização, a DRJ deveria, por consequência lógica e jurídica, anular o feito por erro insanável na identificação do sujeito passivo (erro *in eligendo*).

Ao invés de anular o ato, optou-se por manter o crédito tributário e imputá-lo integralmente ao Banco Genial. Na prática, a decisão *a quo* promoveu uma indevida alteração do critério jurídico do lançamento, em clara ofensa ao disposto no art. 146 do CTN. O Banco Genial S.A. foi formalmente chamado ao processo para se defender da condição específica de "responsável solidário" e, ao fim do julgamento de primeira instância, viu-se transformado, por ato da julgadora, em devedor principal e único. Esta "reconstituição" do lançamento em sede recursal é inadmissível, pois também configura cerceamento de defesa, visto que a parte se defendeu de uma imputação (solidariedade) e foi condenada por outra (responsabilidade principal/única).

Esta Turma já analisou caso semelhante, concluindo que um lançamento fundamentalmente viciado em sua estrutura de sujeição passiva deve ser anulado, não sendo



passível de "correção" pela instância julgadora. Neste sentido é o precedente representado pelo Acórdão nº 1301-005.667, do qual, inclusive, participei. Naquela assentada, decidiu-se:

- Lançamento: IRRF lançado contra a Proquitech (principal) e o Sr. José Roberto Haddas (solidário).

- Decisão DRJ: A DRJ excluiu a Proquitech (principal) e manteve a cobrança integral contra o Sr. Haddas (solidário).

- Decisão CARF: Este Colegiado, por unanimidade, deu provimento ao recurso do Sr. Haddas para cancelar integralmente o lançamento.

No voto condutor daquele acórdão, a Conselheira Relatora, Giovana Pereira de Paiva Leite identificou com clareza que o lançamento estava irremediavelmente viciado. Naquele caso, o Sr. Haddas (o "solidário" mantido pela DRJ) fora autuado como responsável por um tributo (IRRF), quando sua condição jurídica material era de contribuinte (IRPF). A tentativa da DRJ de "salvar" a autuação, mantendo-a contra o solidário após a exclusão do principal, foi rejeitada, por unanimidade de votos, culminando na anulação do feito por vício na constituição do polo passivo.

No caso em tela, o vício é de natureza semelhante. A autoridade fiscal elegeu, como devedora principal, a S3 Caceis. A DRJ, em sua análise, provou factualmente e fundamentou juridicamente que essa eleição estava errada. O lançamento, portanto, carece de um de seus elementos essenciais, conforme exige o Art. 142 do CTN: a correta identificação do sujeito passivo. A tentativa da DRJ de "corrigir" o lançamento, excluindo o principal e transmutando o solidário em devedor único, não é uma simples correção de erro material; é uma alteração substancial e retroativa do critério jurídico-tributário utilizado pela autoridade lançadora, o que é expressamente vedado.

O lançamento é, portanto, nulo em sua origem.

Pelo exposto, voto por DAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário do BANCO GENIAL S.A., para anular integralmente o Auto de Infração em tela, por vício insanável na constituição do polo passivo.

**Como fui vencido, prossigo na análise dos demais argumentos da Recorrente.**

#### 1. DA PRELIMINAR DE NULIDADE POR AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO E FUNDAMENTAÇÃO LEGAL

A Recorrente arguiu a nulidade do lançamento por suposta ausência de motivação e fundamentação legal quanto à sua inclusão no polo passivo.

Entretanto, não há vício a ser sanado. O relatório fiscal e o auto de infração apresentaram de forma clara todo o descritivo do procedimento, a motivação do lançamento e as

infrações fiscais, permitindo que as recorrentes tivessem acesso a todos os elementos necessários para o exercício do contraditório e da ampla defesa.

A própria apresentação das impugnações e recursos, com argumentos detalhados, demonstra o pleno conhecimento das responsabilizações imputadas, afastando a alegação de prejuízo à defesa. Além disso, a nulidade prevista no Decreto nº 70.235/72 ocorre em casos de atos praticados por autoridade incompetente, o que não se verifica nos autos, visto que o crédito foi constituído por Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil no estrito exercício de suas atribuições.

Portanto, rejeito a preliminar.

## 2. DO MÉRITO

No mérito, a controvérsia reside na definição da regra de incidência tributária aplicável aos rendimentos distribuídos por um Fundo de Investimento Imobiliário (FII) quando o beneficiário (cotista) é outro Fundo de Investimento (FIM). De um lado, o Fisco defende a tributação na fonte com base na literalidade do art. 17 da Lei nº 8.668/93. De outro, a Recorrente pugna pela aplicação do princípio da transparência fiscal e das normas específicas de isenção de carteira (MP nº 2.189-49/2001 e Lei nº 9.532/97), visando evitar o bis in idem.

Entendo que assiste razão à Recorrente. A manutenção da cobrança, tal como formulada, viola a sistemática de neutralidade tributária que rege a indústria de fundos de investimento no Brasil.

### 2.1. Da Natureza Jurídica dos Fundos e o Princípio da Transparência Fiscal

Para a correta deslinde da questão, faz-se mister uma breve digressão didática sobre a natureza jurídica dos veículos de investimento. No ordenamento pátrio, os fundos de investimento são constituídos sob a forma de condomínio, desprovidos de personalidade jurídica própria. Eles não são entidades empresariais que auferem lucro para si; são, em essência, uma comunhão de recursos destinados à aplicação em ativos financeiros.

Dessa natureza jurídica decorre o princípio da transparência fiscal (ou neutralidade fiscal). A lógica estruturante desse regime é que o fundo de investimento atua como um mero veículo de passagem (pass-through entity). O objetivo do legislador é que a tributação ocorra, via de regra, na pessoa do investidor final (o cotista), e não na carteira do fundo, para evitar que o intermédio do veículo financeiro onere o investimento de forma mais gravosa do que se o investidor tivesse aplicado diretamente no ativo subjacente.

No caso em tela, o FII TM (fundo investido) distribuiu rendimentos ao BR7 FIM (fundo investidor). O BR7 FIM, por sua vez, é apenas um veículo intermediário. Se tributarmos a entrada do recurso no BR7 FIM (via retenção no FII) e, posteriormente, tributarmos a saída do

recurso para o cotista final do BR7 FIM, estaremos diante de uma clássica tributação em cascata sobre a mesma riqueza, o que fere a racionalidade do sistema.

## 2.2. Do Conflito Aparente de Normas: Especialidade da Regra do Investidor

A autoridade fiscal fundamentou o lançamento no art. 17 da Lei nº 8.668/1993, que dispõe:

"Os rendimentos e ganhos de capital auferidos [...] quando distribuídos pelos Fundos de Investimento Imobiliário a qualquer beneficiário, inclusive pessoa jurídica isenta, sujeitam-se à incidência do imposto de renda na fonte..."

Contudo, o ordenamento jurídico possui norma posterior e específica que regula a situação dos fundos que investem em outros fundos. Refiro-me ao art. 6º da Medida Provisória nº 2.189-49/2001. Vejamos o que dispõem seus parágrafos:

§ 3º Os quotistas dos fundos de investimento cujos recursos sejam aplicados na aquisição de quotas de outros fundos de investimento serão tributados de acordo com o disposto neste artigo.

§ 4º Os rendimentos auferidos pelas carteiras dos fundos de que trata o § 3º ficam isentos do imposto de renda.

Há aqui um aparente conflito de normas (antinomia). A Lei 8.668/93 (Lei dos FII's) manda tributar a distribuição a "qualquer beneficiário". A MP 2.189-49/2001 (Lei dos Fundos de Fundos) manda isentar o rendimento auferido pela "carteira do fundo investidor".

A solução para tal antinomia se dá pelo critério da especialidade. Embora a Lei 8.668/93 seja específica quanto à fonte pagadora, a MP 2.189-49/2001 é específica quanto à natureza do beneficiário (um fundo de investimento). Quando o beneficiário é um fundo de investimento, aplica-se a norma que regula a tributação de carteiras de fundos, que é expressa ao conceder a isenção. A norma do art. 17 da Lei 8.668/93 é uma regra geral de retenção; ela cede espaço quando o destinatário possui um regime tributário próprio que determina a isenção, justamente para preservar a cadeia de investimento.

## 2.3. Da Interpretação Equivocada da Decisão Recorrida

A decisão da DRJ tentou afastar a aplicação da MP nº 2.189-49/2001 sob o argumento de que o Fundo BR7 FIM é um fundo fechado e, portanto, não estaria sujeito ao "come-cotas" tratado no caput do artigo 6º da referida MP. Com a devida vênia, essa é uma interpretação restritiva que não encontra amparo na lei.

O § 4º do art. 6º da MP 2.189-49/2001 institui uma isenção objetiva aos rendimentos da carteira. O dispositivo não condiciona tal isenção ao fato de o fundo ser aberto ou fechado, nem ao fato de estar sujeito ao recolhimento semestral (come-cotas). O objetivo da

norma é evitar a dupla tributação na estrutura "fundo de fundos" (FIC). Se o fundo é fechado, a tributação do cotista ocorrerá apenas no resgate ou amortização. Isso não autoriza o Fisco a tributar a carteira do fundo (o "meio" do caminho), pois isso anularia o diferimento fiscal que é próprio dos fundos fechados e geraria a cumulatividade vedada.

Ademais, o art. 28, § 10, da Lei nº 9.532/1997 e o art. 14 da Instrução Normativa RFB nº 1.585/2015 reforçam que os rendimentos auferidos pelas carteiras dos fundos de investimento são isentos, sem fazer a distinção restritiva imposta pela fiscalização.

#### **2.4. Do *Bis in Idem* e da Capacidade Contributiva**

A validação da cobrança geraria um inaceitável *bis in idem*. O fundo de investimento, por ser um condomínio, não possui personalidade jurídica e, consequentemente, não possui patrimônio próprio desvinculado dos cotistas para "absorver" um custo tributário. Se tributarmos em 20% a saída do FII para o FIM, esse valor é descontado do patrimônio do FIM. Quando o investidor final do FIM resgatar suas cotas, ele será tributado novamente sobre o valor patrimonial (que já foi reduzido pelo imposto anterior), sem mecanismo legal de compensação do imposto retido na etapa anterior (pois o FIM não entrega Declaração de Ajuste Anual para compensar IRRF).

Diferentemente das pessoas jurídicas, que podem compensar o IRRF pago com o IRPJ devido, os fundos de investimento não possuem esse mecanismo. Portanto, qualquer retenção na carteira torna-se definitiva e cumulativa. Isso fere a capacidade contributiva e distorce a alocação de capital, penalizando a estrutura de fundos em comparação ao investimento direto.

#### **2.5. Da Jurisprudência Administrativa**

Esse entendimento não é isolado. A própria jurisprudência administrativa já reconheceu a prevalência das normas de isenção de carteira em detrimento das regras gerais de retenção na fonte. Cito, conforme trazido pela Recorrente, o Acórdão nº 97.240/2019 da DRJ/POR, que reconheceu que os rendimentos auferidos pelas carteiras dos fundos de investimento, cujos recursos sejam aplicados na aquisição de quotas de outros fundos, não devem sofrer retenção, sob pena de ferir a lógica do sistema. Confira-se a ementa:

"Os rendimentos auferidos pelas carteiras dos fundos de investimento cujos recursos sejam aplicados na aquisição de quotas de outros fundos de investimento não são sujeitos à retenção do imposto de renda."

Diante do exposto, seja pela aplicação das normas específicas de isenção da carteira, seja pela vedação ao *bis in idem*, quanto ao mérito, a autuação não merece prosperar.

#### **CONCLUSÃO**

Ante o exposto, voto por negar provimento ao Recurso de Ofício. Quanto ao Recurso Voluntário, superada a preliminar de nulidade do lançamento na constituição do polo passivo, sigo na análise dos argumentos dos recorrentes, e ao analisá-los, rejeito a preliminar de nulidade por ausência de motivação e fundamentação legal, e no mérito, voto por lhe dar provimento, para cancelar integralmente a exigência fiscal.

*Assinado Digitalmente*

**JOSE EDUARDO DORNELAS SOUZA**

### **VOTO VENCEDOR**

Conselheiro Iágaro Jung Martins, redator designado

Em que pese a respeitável posição do i. Relator, prevaleceu o entendimento da Turma, pelo voto de qualidade, em rejeitar a preliminar de nulidade do lançamento de ilegitimidade passiva subsidiária, em razão de a r. Decisão ter excluído do polo passivo a S3 CACEIS BRASIL DISTRIBUIDORA DE TITULOS E VALORES MOBILIARIOS S.A., indicada como sujeito passivo principal, ao passo em que manteve no polo passivo da relação tributária o BANCO GENIAL S.A., indicado como responsável solidário.

Como relatado, o Banco Genial S.A. arguiu em preliminar de mérito, a nulidade total do lançamento, sob o argumento de que a decisão da DRJ, ao excluir o sujeito passivo principal (S3 Caceis), alterou o critério jurídico do lançamento, transformando-o de responsável solidário a devedor principal, violando o art. 146 do CTN.

A DRJ reconheceu, com base no Art. 17, §2º da IN RFB 1585, de 2015, e na Solução de Consulta Cosit nº 103, de 2018, que a responsabilidade pela retenção é do administrador vigente à época dos fatos geradores e, por essa razão, excluir a S3 Caceis Brasil DTVM S.A. do polo passivo da relação tributária.

Entendeu o i. Relator que a exclusão de um dos sujeitos passivos da relação tributária nulificaria o lançamento, pois a *“responsabilidade solidária imputada ao Banco Genial é, por natureza, acessória; ela depende da existência de uma obrigação principal validamente constituída no mesmo ato de lançamento.”*

Nesse ponto residiu a divergência qualificada da Turma, que resultou na rejeição da preliminar de nulidade.

O CTN é claro ao afirmar que a relação de solidariedade não comporta benefício de ordem<sup>1</sup>, logo, não há de se falar de relação acessória entre o devedor principal e aquele que figura como responsável solidário, pois ambos são chamados ao polo passivo da relação tributária no momento da constituição do lançamento de ofício.

Além disso, o inciso II do art. 125 do CTN<sup>2</sup> dispõe que isenção ou remissão do crédito exonera todos os obrigados, salvo se outorgada pessoalmente a um deles, subsistindo a responsabilidade ao demais.

Ainda que não se trate no caso de isenção ou remissão, o racional do dispositivo, aplica-se como norma integradora.

Veja-se que a DRJ identificou que a relação pessoal da S3 Caceis Brasil DTVM S.A., que não era administradora na época dos fatos geradores e, portanto, tal condição pessoal era impeditiva para figurar no polo passivo da relação tributária.

Em sentido contrário, há elementos que caracterizam o Banco Genial S.A. como administrador do fundo no período a que se referem os lançamentos.

Dessa forma, a exclusão de um dos sujeitos passivos não nulifica o lançamento se a exigência pode ser legitimamente exigida de outro coobrigado, no caso o administrador do fundo à época dos fatos, conforme a art. 17, §2º da IN RFB 1585, de 2015 e na Solução de Consulta Cosit nº 103, de 2018.

Por essa razão, voto no sentido de REJEITAR a preliminar de nulidade do lançamento na constituição do polo passivo.

<sup>1</sup> Art. 124. São solidariamente obrigadas:

I - as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal;

II - as pessoas expressamente designadas por lei.

Parágrafo único. **A solidariedade referida neste artigo não comporta benefício de ordem.** (g.n.)

<sup>2</sup> Art. 125. Salvo disposição de lei em contrário, são os seguintes os efeitos da solidariedade:

I - o pagamento efetuado por um dos obrigados aproveita aos demais;

II - a isenção ou remissão de crédito exonera todos os obrigados, salvo se outorgada pessoalmente a um deles, subsistindo, nesse caso, a solidariedade quanto aos demais pelo saldo;

III - a interrupção da prescrição, em favor ou contra um dos obrigados, favorece ou prejudica aos demais.

ACÓRDÃO 1301-007.965 – 1ª SEÇÃO/3ª CÂMARA/1ª TURMA ORDINÁRIA

PROCESSO 17459.720017/2023-04

*Assinado Digitalmente*

**Iágaro Jung Martins**

DOCUMENTO VALIDADO