

ANOTAÇÕES SOBRE FUNDOS EXCLUSIVOS

*Elidie Palma Bifano*¹

1. Introdução

É incontestável a relevância que os fundos de investimento adquiriram no mercado financeiro e a principal razão para isso é o fato de que através dos fundos pequenos investidores podem participar desse mercado adquirindo e operando ativos aos quais, de outra forma, não teriam acesso. O crescimento dos fundos e em consequência o aumento de sua importância se deve, acima de tudo, à consciência que os aplicadores adquiriram de que os fundos permitem a democratização dos investimentos entre poupadores que não desfrutam de condições de efetivar grandes inversões, mas, ainda assim querem participar de forma ativa do mercado financeiro aplicando suas poupanças.

Afora a oportunidade de investir em ativos financeiros aos quais não teriam acesso, individualmente, os investidores em fundos também têm a segurança de que o fundo é fiscalizado pela Comissão de Valores Mobiliários – CVM e administrado

1. Doutora e Mestre em Direito Tributário pela PUC/SP. Bacharel pela Faculdade de Direito da USP, Professora no Curso de Mestrado Profissional da Escola de Direito de São Paulo - FGV, dos Cursos de Especialização Instituto Brasileiro de Estudos Tributários - IBET, do Instituto Brasileiro de Direito Tributário – IBDT e do CEU. Advogada em São Paulo.

de forma profissional, por pessoas que conhecem o mercado. Além disso, todo fundo tem um gestor, nomeado/indicado por seu administrador, cuja tarefa é traçar a política de investimento do fundo, negociando e contratando em nome do fundo a compra/venda de ativos financeiros. O administrador do fundo tem a responsabilidade de informar aos cotistas a situação financeira do fundo, exigindo-se a mais absoluta transparência.

Considerados esses aspectos o fundo é um investimento que não exige experiência do investidor e tampouco participação no cumprimento de obrigações, visto que o administrador/gestor de tudo se desincumbem. Associada a essas vantagens, a variedade de fundos que se apresenta aos investidores, assim como a diversidade de tipos de remuneração, permite concluir que os fundos estão, quase que certamente, qualificados dentre os investimentos preferidos do mercado.

Atualmente, a Instrução n. 555, de 17.12.2014, da CVM, trata da constituição, administração, funcionamento e divulgação de informações dos fundos de investimento, contemplando em seu art. 130 a figura do fundo exclusivo, objeto principal de nossa análise. O fundo exclusivo é de grande utilidade na estruturação de políticas de gestão financeira das sociedades bem como dos patrimônios das pessoas físicas.

Este trabalho se propõe a examinar o fundo exclusivo, sua evolução e atualidade, bem como os reflexos tributários desse tipo de investimento.

2. Breve histórico dos fundos de investimento no Brasil: da Lei n. 4728/65 à Lei n. 13874/19

Os fundos de investimento foram pela primeira vez regulados, no Brasil, pela Lei n. 4728, de 14.07.1965, que regulou o mercado de capitais, nos seguintes termos:

“Art. 49. Depende de prévia autorização do Banco Central o funcionamento das sociedades de investimento que tenham por objeto:

I - a aplicação de capital em Carteira diversificada de títulos ou valores mobiliários ou;

CONSTRUCTIVISMO LÓGICO-SEMÂNTICO
E OS DIÁLOGOS ENTRE TEORIA E PRÁTICA

II - a administração de fundos em condomínio ou de terceiros, para aplicação nos termos do inciso anterior”.

E, mais adiante:

“Art. 50.

(...)

§ 1º A administração da carteira de investimentos dos fundos, a que se refere este artigo, será sempre contratada com companhia de investimentos, com observância das normas gerais que serão traçadas pelo Conselho Monetário Nacional.

§ 2º Anualmente os administradores dos fundos em condomínios farão realizar assembleia geral dos condôminos, com a finalidade de tomar as contas aos administradores e deliberar sobre o balanço por eles apresentado.

§ 3º Será obrigatório aos fundos em condomínio a auditoria realizada por auditor independente, registrado no Banco Central.

§ 4º As quotas de Fundos Mútuos de Investimento constituídos em condomínio, observadas as condições estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional, poderão ser emitidas sob a forma nominativa, endossável ou ao portador, podendo assumir a forma escritural.”

Essas determinações inserem-se na Seção IX da Lei, que trata das Sociedades e Fundos de investimento. O art. 29, V, da Lei n. 4728, qualificou os fundos de investimentos tratados no art. 50, como fundos em condomínio, figura regulada pelo Código Civil, tanto de 1916, época da edição da Lei n. 4728, quanto o de 2002, atualmente em vigor.

A regulação que se fez das disposições da Lei n. 4728, quanto aos fundos de investimentos, quer pelo Banco Central do Brasil quer pela CVM, sempre os considerou como condomínios na forma da lei civil. Assim, a Instrução CVM n. 555, de 17.12.2014 define os fundos de investimentos nos seguintes termos:

“Art. 3º O fundo de investimento é uma comunhão de recursos, constituído sob a forma de condomínio, destinado à aplicação em ativos financeiros.”

Em face dessa determinação de lei, todas as consequências da adoção do condomínio, instituto de Direito Civil, sempre se aplicaram aos fundos. De acordo com Pontes de Miranda, à época da edição da lei, se importou de países de direito anglo saxônico a figura do fundo de investimento, dedicado à gestão de bens e que, no exterior, pode se consubstanciar mediante o uso de sociedade ou de condomínio. A despeito da preferência pelo fundo em condomínio, a Lei n. 4728 não descartou a hipótese de se adotar o modelo de sociedade para efetivar inversões, na linha de sociedades holding encontradas em muitos países, inclusive como instrumento para atrair investidores, na hipótese de entidades submetidas a regimes benéficos de tributação. A sociedade holding de investimento não está regulada pela CVM, como estão os fundos².

Recentemente, por força da edição da Lei n. 13874, de 20.09.2019, que, dentre outras medidas, institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, algumas alterações se fizeram no que tange à regulação dos fundos de investimento. Por esse diploma legal alterou-se o Código Civil, introduzindo-se um capítulo denominado “Do Fundo de Investimento”, com o seguinte teor:

*“Art. 1.368-C. O fundo de investimento é uma comunhão de recursos, constituído sob a forma de **condomínio de natureza especial, destinado à aplicação em ativos financeiros, bens e direitos de qualquer natureza.**”*

§ 1º Não se aplicam ao fundo de investimento as disposições constantes dos arts. 1.314 ao 1.358-A deste Código.

§ 2º Competirá à Comissão de Valores Mobiliários disciplinar o disposto no caput deste artigo.”

A primeira constatação importante é que os fundos de investimento passam, agora, a ser considerados como condomínio de natureza especial, distintos, portanto, das demais

2. A Instrução CVM 480, de 7.12.2009, trata de sociedades holding e seus tipos (estatal, estrangeira e privada) sem maiores detalhes.

CONSTRUCTIVISMO LÓGICO-SEMÂNTICO
E OS DIÁLOGOS ENTRE TEORIA E PRÁTICA

hipóteses de propriedade em comum previstas na lei civil. A nosso ver, essa característica está associada aos bens que dele são objeto, no caso ativos financeiros, bens e direitos de qualquer natureza, diversamente do condomínio edilício, por exemplo. À CVM cabe regular essa matéria, dispondo sobre as exigências de enquadramento nessa nova figura tanto para os fundos que venham a ser criados como para aqueles que hoje existem, especialmente porque a lei não ressalvou que esse tratamento deva ser aplicado em condições diferenciadas.

Além disso, novas regras foram introduzidas no que se refere à responsabilidade de condôminos, administradores e gestores dos fundos, devendo os regulamentos dos fundos dispor sobre a matéria. Dentre as mais relevantes, deve-se citar:

“Art. 1.368-D. O regulamento do fundo de investimento poderá, observado o disposto na regulamentação a que se refere o § 2º do art. 1.368-C desta Lei, estabelecer:

*I - a **limitação da responsabilidade de cada investidor** ao valor de suas cotas;*

(...)

*III - classes de cotas com direitos e obrigações distintos, com **possibilidade de constituir patrimônio segregado para cada classe.***

(...)

§ 3º O patrimônio segregado referido no inciso III do caput deste artigo só responderá por obrigações vinculadas à classe respectiva, nos termos do regulamento.” (grifamos)

A limitação de responsabilidade do investidor ao valor de sua cota afasta se possa imputar a um único condômino obrigações e dívidas do fundo, embora ele possa ressarcir-se junto aos demais, oportunamente.

Ainda:

“Art. 1.368-E. Os fundos de investimento respondem diretamente pelas obrigações legais e contratuais por eles assumidas, e os prestadores de serviço não respondem por essas obrigações, mas respondem pelos prejuízos que causarem quando procederem com dolo ou má-fé.

§ 1º Se o fundo de investimento com limitação de responsabilidade não possuir patrimônio suficiente para responder por suas dívidas, aplicam-se as regras de insolvência previstas nos arts. 955 a 965 deste Código.

(...)

Art. 1.368-F. O fundo de investimento constituído por lei específica e regulamentado pela Comissão de Valores Mobiliários deverá, no que couber, seguir as disposições deste Capítulo.”

A possibilidade de limitar a responsabilidade dos investidores a sua participação no fundo, assim como a criação de patrimônios de afetação, segregados por classe de cotas, são importantes movimentos no sentido de proteger os investidores, bem como impedir que se atribuam ganhos ou perdas de forma indiscriminada entre os condôminos investidores.

A caracterização legal dos fundos de investimentos como condomínios implica que eles não têm personalidade jurídica e, portanto, não são sujeitos de direitos e obrigações. Nesse sentido o fundo de investimento é uma aplicação financeira detida por mais de uma pessoa, daí nascendo a comunhão a que se refere a lei. Com isso, os ativos que compõem o fundo não saem da propriedade dos investidores, integrando seus patrimônios pessoais, contudo sob a forma de condomínio. Conquanto o fundo não tenha personalidade jurídica, as pessoas que deles são titulares podem ter essa personalização, assim como seus gestores e administradores.

A fração ideal de cada um dos condôminos, a quota, corresponde a sua participação no fundo comum. Os direitos dos condôminos, no que tange a sua remuneração, estão restritos ao valor de sua quota.

3. Tipos de fundos: características

Neste tópico passa-se a examinar os fundos por suas especiais qualificações ou características. Adverte-se que neste momento a matéria dos fundos é regulada pela Instrução n. 555,

CONSTRUCTIVISMO LÓGICO-SEMÂNTICO
E OS DIÁLOGOS ENTRE TEORIA E PRÁTICA

da CVM, inclusive no que tange aos fundos exclusivos. Até o momento não se tem notícia de alteração da Instrução CVM n. 555, para incorporar as alterações da Lei n. 13.874, de tal forma que se após esta data ocorrerem câmbios na regulação da CVM, é certo que este estudo deve ser revisto e atualizado.

De toda sorte, qualquer regulação por parte da CVM, a nosso ver, não deverá contrariar o disposto na Lei n. 13.874, sendo certo que os fundos de investimento poderão manter a natureza de condomínio, como já ocorre desde a edição da Lei n. 4728 e assim foi reforçado por esse novo diploma legal que alterou o Código Civil e a própria Lei n. 4728, introduzindo um caráter de especialidade ao condomínio formado pelo fundo de investimento.

À luz da Instrução CVM n. 555, os fundos de investimento podem ter como cotistas pessoas físicas ou jurídicas, podendo ser constituídos sob a forma de condomínios abertos, em que os cotistas podem solicitar o resgate de suas cotas conforme estabelecido em seu regulamento, ou fechados, em que as cotas somente são resgatadas ao término do prazo de duração do fundo. Do ponto de vista da composição de sua carteira, os fundos de investimento classificam-se como de renda fixa, de ações, multimercado e cambial, qualificação voltada ao tipo de ativo em que investem.

Além disso, a CVM admite a constituição de fundos com investidores qualificados, assim entendidos os que possuem patrimônios superiores a R\$ 1 milhão, bem como com investidores profissionais, ou seja, detentores de patrimônios superiores a R\$ 10 milhões, nos termos da Instrução CVM n. 539, de 14.11.2013.

Por fim e no quanto nos interessa para este estudo, a Instrução CVM n. 555 prevê a figura do fundo exclusivo, assim definido:

“Art. 130. Considera-se “Exclusivo” o fundo para investidores profissionais constituído para receber aplicações exclusivamente de um único cotista.”

A figura do fundo exclusivo, de apenas um condômino, aparenta contradição com o próprio instituto do condomínio e dos fundos, os quais pressupõem comunhão de recursos entre as pessoas dos condôminos. A sua criação, certamente, decorre da utilidade que se vislumbrou nesses fundos para compor interesses variados, sem que o fato de ter apenas um investidor afete o mercado ou produza qualquer vantagem discutível. Os fundos exclusivos têm se mostrado de grande utilidade para o mercado, especialmente para organizar a sucessão de pessoas físicas e para viabilizar estratégias financeiras de corporações, pois permitem isolar interesses negociais que em um fundo com diversos cotistas talvez não fosse possível obter.

No primeiro caso, envolvendo o planejamento sucessório de pessoas físicas, permitem a transmissão dos ativos do fundo aos sucessores, em vida, permanecendo o investidor com o usufruto desses bens até sua morte, quando, então consolidam-se propriedade e a remuneração no donatário sucessor.

Na segunda situação, envolvendo corporações, os fundos permitem, em especial, que a estratégia financeira dessas entidades fique concentrada, consolidada e isolada no fundo exclusivo, sem misturar-se com outros investidores. Assim, exemplificativamente, os gestores profissionais desses fundos, como determina a CVM, buscam investir os recursos disponíveis em ativos financeiros cuja performance deve atender às metas financeiras desenhadas pelas corporações, coordenando vencimentos com necessidades de caixa, de tal sorte que não resultem recursos sem o devido investimento e, tampouco, falte caixa para atender os vencimentos programados.

Esses fundos exclusivos, no caso das corporações, têm, no geral, a natureza de multimercado, pois congregam aplicações de renda fixa, variável, em moeda estrangeira, incluindo operações com a finalidade de proteção (finalidade de hedge), ou seja, todo tipo de investimento que a sociedade faria, diretamente, se não tivesse a comodidade de operar fundos de investimento exclusivos. Assim, o resultado de todo esse movimento de aplicações é refletido no patrimônio do fundo

CONSTRUCTIVISMO LÓGICO-SEMÂNTICO
E OS DIÁLOGOS ENTRE TEORIA E PRÁTICA

e, em linha, nas cotas detidas pelo investidor, de forma diversa do que ocorreria caso a entidade fizesse o investimento direto, situação em que ganhos e perdas em cada tipo de aplicação seriam refletidos no seu próprio patrimônio.

Os fundos exclusivos podem ser abertos, hipótese em que se permite livres movimentações de aportes e de resgates. Os fundos exclusivos fechados de sua vez, admitem aportes apenas duas vezes ao ano, com amortizações anuais e resgate total no encerramento do fundo. O principal fundamento e a razão econômica da criação de fundos exclusivos é, certamente, a possibilidade de os investidores organizarem seus investimentos de acordo com seus objetivos e perfil. Aos interesses negociais associam-se vantagens de gestão profissional, personalização (customização) da carteira, vantagens de gestão profissional e transparência, e, por fim, a eficiência tributária que mais adiante se comenta.

Os fundos exclusivos, como se observa, são soluções para investidores que buscam estruturação de investimentos sob medida e atendimento pleno, visto que não são especialistas no mercado financeiro.

Reitere-se que as regras de operação e funcionamento do fundo, entretanto, são as específicas determinadas pela CVM, sob pena de questionamentos.

4. O registro contábil dos fundos exclusivos, nos investidores: Contabilidade vs. Direito

Até a entrada em vigor da Instrução CVM n. 408, de 18.04.2004, os investidores em fundos exclusivos registravam suas inversões na contabilidade, como regra geral e acompanhando as determinações da Lei n. 6404, de 15.12.1976, em:

- (i) Ativo Circulante, subconta Disponibilidades, rubrica resgatáveis a qualquer momento: investimentos temporários, resgatáveis em até 12 meses da aplicação

- (ii) Ativo Realizável a Longo Prazo: investimentos resgatáveis após 12 meses da aplicação.

A Instrução n. 408 determinou que, em se tratando das chamadas entidades de propósito específico - EPE deveriam elas, EPEs, integrar as demonstrações contábeis consolidadas das companhias abertas juntamente com as sociedades controladas, individualmente ou em conjunto, sempre que a essência de sua relação com a companhia aberta indicasse que as atividades da EPE fossem controladas, direta ou indiretamente, individualmente ou em conjunto, pela companhia aberta. Esclareça-se, de início, que nessa época as determinações da CVM para companhias abertas resultavam obrigatórias para todas as demais entidades. Ainda, enfatize-se, para fins contábeis uma entidade não é caracterizada como uma pessoa jurídica, senão que como uma unidade patrimonial para a qual existem usuários das demonstrações financeiras. Essa é a situação do fundo de investimento.

Para tais fins, a Instrução CVM 408 dispôs considerar-se como controlada a EPE em que: (i) a companhia aberta tenha o poder de decisão ou os direitos suficientes à obtenção da maioria dos benefícios de suas atividades, podendo, em consequência, estar exposta aos riscos decorrentes dessas atividades; ou (ii) a companhia aberta esteja exposta à maioria dos riscos relacionados à propriedade da EPE ou de seus ativos. Além disso também determinou que as participações societárias em EPE, incluídas na consolidação, deveriam ser avaliadas pelo Método de Equivalência Patrimonial - MEP.

O Ofício – Circular/CVM/SNC/SEP n. 01, de 22.02.2006, em seu item 20.2, reiterando tais determinações, ao tratar das demonstrações contábeis consolidadas, assim determinou:

“(…)

20.2.2 Consolidação das entidades de propósito específico (EPEs)

20.2.2.1 Fundos de Investimentos Exclusivos

CONSTRUCTIVISMO LÓGICO-SEMÂNTICO
E OS DIÁLOGOS ENTRE TEORIA E PRÁTICA

Os fundos de investimentos exclusivos têm características próprias que devem ser consideradas para tratá-los como EPEs. Dificilmente as condições para a não consolidação são atendidas para esses tipos de fundos e, portanto, como regra geral, os mesmos devem ser consolidados.

Normalmente os fundos exclusivos representam apenas um veículo para que a companhia diversifique seus investimentos em uma carteira conveniente em termos de fluxo de caixa e rentabilidade, com a neutralidade do tratamento tributário dos fundos (uma vez que as operações realizadas pelo fundo não se sujeitam ao IRRF, assim como sobre a movimentação financeira do fundo não incide a CPMF) . Assim, em essência, os ativos do fundo são na verdade os ativos da companhia, e devem ser assim considerados, para fins da divulgação nas demonstrações contábeis conidadas, evidenciando, segregadamente, a sua natureza.” (grifamos)

Ora, o que se observa à luz dessas disposições é que o fundo de investimento exclusivo podia assumir características de investimento em controlada ou coligada com influência, sujeito à avaliação, na controladora, pelo MEP, desde que ficasse evidenciada a existência de controle das atividades e benefícios do investimento.

Com a entrada em vigor das novas práticas contábeis, introduzidas pela Lei n. 11638, de 27.12.2007, começaram a ser editados os pronunciamentos do Comitê de Políticas Contábeis - CPC, a partir de 2008, espelhando o conteúdo dos IFRS, em sua generalidade. Os investimentos em fundos passaram a ser objeto de dois grupos de pronunciamentos, os chamados CPCs, a saber: (i) CPCs voltados a investimentos em controladas, coligadas e assemelhadas, no que tange às Demonstrações Consolidadas, ou seja, CPC 18 (R2), que trata de Investimento em Coligada, em Controlada e em Empreendimento Controlado em Conjunto, CPC 19 (R2) , que aborda Negócios em Conjunto, CPC 26 (R1) que cuida da apresentação das Demonstrações Contábeis e CPC 36 (R3), que trata das demonstrações consolidadas; (ii) CPCs voltados ao tratamento e mensuração de instrumentos financeiros , de cuja natureza se reveste o direito creditório, ou seja, CPCs 38, revogado a partir de 01/2018 pelo CPC 48, 39 e 40 (R1).

A par disso, o CPC emitiu uma interpretação, ICPC 09(R2) acerca dos investimentos em controladas e coligadas, especialmente abordando os CPCs acima indicados, com o fito de definir em que circunstâncias uma entidade deve ser avaliada pelo MEP ou pelo valor justo³. Os critérios contábeis discutidos nessas manifestações indicam que a metodologia de avaliação de uma entidade investida deve se nortear, também, pelo conceito de negócio, como adotado no CPC 15 (R1) que se orienta pela existência de uma unidade geradora de caixa.

Assim, uma vez definido que há negócio e há entidade objeto da contabilidade, a metodologia contábil que se há de adotar para sua avaliação deverá considerar as condições de controle e o poder de mando do investidor. Se concluído pelos operadores da contabilidade que o fundo de investimento preenche os requisitos de uma EPE controlada, nos termos acima comentados, é possível que o investimento em fundo exclusivo efetuado por uma sociedade seja objeto de avaliação pelo MEP.

Em contrapartida, na ausência de controle, o fundo será apenas um veículo para diversificação de carteira, permitindo fluxo de caixa e rentabilidade, sendo tratado como circulante, instrumentos financeiros.

Por fim, reitera-se, os ativos do fundo são ativos da companhia, para fins da divulgação nas demonstrações consolidadas, devendo evidenciar-se, segregadamente, a sua natureza, embora nas demonstrações individuais possam ser registrados pelo MEP.

Essa conclusão evidencia uma importante e interessante divergência entre as práticas contábeis e o Direito, ou seja, as regras dispostas na Lei n. 6404, assim como no Código Civil, não permitem, em nenhum momento, inferir que fundos de investimento, caracterizados pela propriedade em comum de ativo

3. O valor justo é metodologia de avaliação introduzida pela Lei n. 11638, correspondente ao preço que seria recebido pela venda de um ativo ou que seria pago pela transferência de um passivo em uma transação não forçada entre participantes do mercado na data de mensuração.

financeiro, possam receber tratamento previsto para pessoas com personalidade jurídica, na forma da lei. As consequências tributárias dessa contabilização mais adiante serão tratadas.

5. Aspectos tributários dos fundos de investimento

5.1 Tributação dos fundos e dos condôminos

Não tendo personalidade jurídica, os fundos de investimentos não têm sua renda/resultado/receita submetidos à tributação, seja pelo Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica – IRPJ, pela Contribuição Social sobre o Lucro - CSL, seja pelas contribuições devidas ao Programa de Integração Social – PIS e ao Financiamento da Seguridade Social – COFINS, sendo que o produto dos investimentos obtidos pelo condomínio é objeto de tributação na pessoa dos cotistas, os condôminos, e sempre em função da valorização de suas quotas e no momento de seu resgate ou amortização.

De acordo com a Lei n. 9532, de 10.12.1997, art. 28, parágrafo 10:

“Ficam isentos do imposto de renda:

a) os rendimentos e ganhos líquidos auferidos na alienação, liquidação, resgate, cessão ou repactuação dos títulos, aplicações financeiras e valores mobiliários integrantes das carteiras dos fundos de investimento;

(...).”

Entretanto, no que concerne aos fundos abertos de renda fixa, os cotistas não são tributados somente no resgate/amortização de suas quotas, mas a eles aplica-se regra conhecida no mercado como “come cota”, de discutível constitucionalidade,⁴ que tributa os investidores, em momentos definidos em

4. Veja-se sobre o tema Elidie Palma Bifano, *O Mercado Financeiro e o Imposto sobre a Renda*, 2ªed. atual. e ampl., São Paulo: Quartier Latin, 2011, pp. 308 e 309.

lei, contudo antes do efetivo resgate, por uma renda supostamente auferida em regime de competência (Lei n. 10.892, de 13.07.2004). Os ganhos decorrentes das operações dos fundos são tributados na fonte, quando disponibilizados aos condôminos (Lei n. 9532, de 10.12.1997, art. 28), obedecendo a regras aplicáveis a cada tipo de ganho. A Instrução Normativa n. 1585, de 31.08.2015, da Secretaria da Receita Federal do Brasil – RFB dispõe sobre tais procedimentos.

No que se refere ao Imposto sobre Operações Financeiras – IOF, a tributação só ocorre no resgate de quotas, pelos quotistas, à alíquota zero, observado o adicional de 0,38% (Decreto n. 6306, de 14.12.2007, art. 32, parágrafo 2º, IV e alterações).

Quanto às contribuições devidas ao PIS e à COFINS, não sendo o fundo tributado, elas são exigíveis na pessoa do condômino, se pessoa jurídica submetida ao regime de apuração não cumulativo dessas contribuições e desde que as receitas auferidas sejam enquadradas como financeiras, por força do Decreto n. 8426, de 01.04.2015⁵.

5.2 Reflexos tributários da utilização do MEP na avaliação de fundos exclusivos

5.2.1 As novas práticas contábeis e os tributos

Após a adoção dos IFRS, no Brasil, a Lei n. 12.973, de 13.05.2014, adaptou a legislação tributária às novas práticas contábeis, alterando e revogando normas, incorporando algumas das novas práticas e determinando que naquilo que não fosse expressamente tratado se aplicasse a legislação então em vigor. O art. 1º, da Lei n.12973, faz expressa referência ao IRPJ, à CSL, ao PIS e à COFINS e, de fato, esses são os tributos que, diretamente, podem ser afetados, ou não, pelas novas práticas contábeis.

5. A constitucionalidade do Decreto n. 8426 está sendo discutida no STF, RE n. 986296, em repercussão geral.

CONSTRUCTIVISMO LÓGICO-SEMÂNTICO
E OS DIÁLOGOS ENTRE TEORIA E PRÁTICA

Tendo em vista esses possíveis reflexos das novas práticas contábeis, dispôs a Lei n. 12973:

“Art. 58. A modificação ou a adoção de métodos e critérios contábeis, por meio de atos administrativos emitidos com base em competência atribuída em lei comercial, que sejam posteriores à publicação desta Lei, não terá implicação na apuração dos tributos federais até que lei tributária regule a matéria.

Parágrafo único. Para fins do disposto no caput, compete à Secretaria da Receita Federal do Brasil, no âmbito de suas atribuições, identificar os atos administrativos e dispor sobre os procedimentos para anular os efeitos desses atos sobre a apuração dos tributos federais.” (grifamos)

Com o propósito descrito no parágrafo único, o Ato Declaratório Executivo Cosit n. 20, de 13.07.2015, relacionou os pronunciamentos emitidos pelo CPC, após a Lei n. 12973, que por ela não estariam colhidos (sua primeira versão é de 11.11.2013, Medida Provisória n. 627), emitidos entre 12/2013 e 11/2014, alertando que os pronunciamentos nesse ato relacionados, caso adotados pelas pessoas jurídicas, não provocam efeitos na apuração dos tributos federais, não necessitando de ajustes para a sua aplicação. Dentre os atos expressamente mencionados consta a ICPC 09 (R2), já comentada.

A Instrução Normativa n. 1700, de 14.03.2017, da RFB, regula esse comando da Lei n. 12973, nos seguintes termos:

“Art. 283. A modificação ou a adoção de métodos e critérios contábeis, por meio de atos administrativos emitidos com base em competência atribuída em lei comercial, que sejam posteriores a 12 de novembro de 2013, não terá implicação na apuração dos tributos federais até que lei tributária regule a matéria.

§ 1º Para fins do disposto no caput, a RFB identificará os atos administrativos emitidos pelas entidades contábeis e órgãos reguladores e disporá sobre os procedimentos para anular os efeitos desses atos sobre a apuração dos tributos federais em atos específicos.

§ 2º A Coordenação-Geral de Tributação da RFB (Cosit), por meio de Ato Declaratório Executivo, identificará os atos administrativos que não contemplem modificação ou adoção de métodos e

critérios contábeis, ou que tal modificação ou adoção não tenha efeito na apuração dos tributos federais.”

Por fim, todos os pronunciamentos do CPC aqui citados e referidos à avaliação de investimentos, são anteriores à Lei n. 12973, à exceção do CPC 48 que entrou em vigor em 01/2018, ao qual, como se vê, também se aplicam as determinações do art. 58, da Lei n. 12973, ou seja, tampouco produz efeitos para fins de tributos federais, como confirmou o Ato Declaratório Executivo Cosit n. 01, de 16.01.2018.

5.2.2 O MEP e o IRPJ

O MEP foi acolhido para fins tributários, pela primeira vez, pelo Decreto-Lei n. 1598 e para fins de apuração do IRPJ, nos seguintes termos:

“Art. 21. Em cada balanço, o contribuinte deverá avaliar o investimento pelo valor e patrimônio líquido da investida, de acordo com o disposto no art. 248 da Lei no 6.404, de 15 de dezembro de 1976, e com as seguintes normas:

(...)

Art. 22. O valor do investimento na data do balanço, conforme o disposto no inciso I do caput do art. 20, deverá ser ajustado ao valor de patrimônio líquido determinado de acordo com o disposto no art. 21, mediante lançamento da diferença a débito ou a crédito da conta de investimento.

Parágrafo único. Os lucros ou dividendos distribuídos pela investida deverão ser registrados pelo contribuinte como diminuição do valor do investimento, e não influenciarão as contas de resultado.

Art. 23 - A contrapartida do ajuste de que trata o artigo 22, por aumento ou redução no valor de patrimônio líquido do investimento, não será computada na determinação do lucro real.

(...)” (grifamos)

O art. 248 da Lei n. 6404, acima citado, trata exclusivamente de investimentos em coligadas ou em controladas, objeto do art. 243 da mesma lei, e sempre referidos como sociedades. O que se observa é que, especificamente, a lei societária

CONSTRUCTIVISMO LÓGICO-SEMÂNTICO
E OS DIÁLOGOS ENTRE TEORIA E PRÁTICA

não colheu, até hoje, a figura de controladas ou coligadas que não se corporifiquem como sociedades, conquanto as manifestações do CPC, como visto, tratem como coligadas ou controladas outras figuras que não desfrutam de personalidade jurídica, como é o caso dos fundos.

Entretanto e independentemente de sua aplicação, o fato é que o MEP é adotado pela contabilidade, aplicável a investimentos em controladas, em toda a sua extensão e qualquer que seja a sua natureza jurídica. Além disso, há apenas uma metodologia que se qualifica como de equivalência patrimonial, a qual, entretanto, pode ser aplicada, contabilmente, a muitas situações. Confira-se na dicção do CPC 18(R2), a saber:

“3. (...)

Método da equivalência patrimonial é o método de contabilização por meio do qual o investimento é inicialmente reconhecido pelo custo e, a partir daí, é ajustado para refletir a alteração pós-aquisição na participação do investidor sobre os ativos líquidos da investida. As receitas ou as despesas do investidor incluem sua participação nos lucros ou prejuízos da investida, e os outros resultados abrangentes do investidor incluem a sua participação em outros resultados abrangentes da investida. “ (grifamos)

Diferentemente da lei societária, o CPC 18(R2) trata do MEP em investidas e não em sociedades. Assim, essa metodologia é aplicável a investimentos em controladas e coligadas, nos termos abaixo descritos:

“6. O investidor controla a investida quando está exposto a, ou tem direitos sobre retornos variáveis decorrentes de seu envolvimento com a investida e tem a capacidade de afetar esses retornos por meio de seu poder sobre a investida.” (CPC 36 (R3))

E:

“3. (...)

Coligada é a entidade sobre a qual o investidor tem influência significativa (CPC 18(R2)).

O CPC vale-se de expressões diferentes de sociedade ou sociedades, como é o caso de investida, controlada e entidade, esta última de ampla aplicação. Com isso conclui-se que a utilização do MEP, do ponto de vista contábil, é mais ampla do que seu uso apenas em sociedades. Entretanto, para fins do art. 21 e seguintes do Decreto-lei n. 1598, que regula o MEP para fins fiscais, somente estão abarcados os investimentos efetivados em sociedades coligadas e controladas, na forma do art. 248 da Lei n. 6404, que não inclui entidades despersonalizadas. Como conciliar tais divergências?

A resposta encontra-se no art. 58, da Lei n. 12973: o fruto da aplicação do MEP em um fundo, reconhecido em regime de competência por seu detentor, por conta da aplicação da ICPC n. 9, não pode gerar reflexos tributários para fins de IRPJ, visto que o citado art. 58, assim o determinou e o Ato Declaratório Executivo Cosit n. 20 o confirmou. Com isso o resultado da aplicação do MEP, determinada pela contabilidade, apurado em regime de competência em um fundo, será neutro para fins de IRPJ.

Ocorre que os rendimentos de investimentos em participações societárias, lucros e dividendos, quando distribuídos, não são objeto de tributação, nem na fonte nem em poder dos beneficiários (art. 10, Lei n. 9249, de 26.12.1995), não transitando em conta de resultado, mas sendo registrados em conta caixa em contrapartida da conta de investimento (na qual esse lucro acrescido já foi reconhecido no momento da aplicação do MEP em contrapartida de resultado). Entretanto, no caso do fundo, e para fins fiscais, não são auferidos dividendos, mas ganhos e rendimentos, tributados no momento em que são disponibilizados ao beneficiário, pelo IRF, nos termos do art. 28, da Lei n. 9532 e como antecipação do devido na declaração de rendimentos.

Ainda que para fins contábeis tais remunerações recebam o mesmo tratamento de dividendos, na sociedade beneficiária, não há previsão legal no sentido de que tais ganhos e rendimentos sejam objeto de ajuste, no cálculo do lucro real,

CONSTRUCTIVISMO LÓGICO-SEMÂNTICO
E OS DIÁLOGOS ENTRE TEORIA E PRÁTICA

para serem excluídos de tributação pelo IRPJ. Tampouco há previsão no sentido de que o fruto do MEP aplicado em fundo possa ser excluído em caráter definitivo dessa incidência, ou possa acrescer o custo de aquisição das cotas do fundo, para cálculo do ganho de capital auferido, como ocorre com participações societárias. E, mais, o fruto do MEP do fundo é neutro para fins tributários, por disposição legal.

Nesses termos, é de se concluir que inexistente a possibilidade, para fins de IRPJ, de excluir em caráter definitivo, à tributação, o fruto do MEP referente a fundo de investimento, o qual deverá ser revertido quando os rendimentos forem pagos, uma vez que a ICPC n.09 é neutra no cálculo desse tributo. Esses rendimentos, para fins fiscais, transitam no lucro sujeito à tributação e não têm a natureza de dividendo ou de qualquer outra verba isenta ou não tributável sendo, inclusive, tributados na fonte. Nesse caso, deve o contribuinte valer-se do e-LALUR, Livro de Apuração do Lucro Real, regulado pela Instrução Normativa n. 1422, de 19.12.2013, para registrar o fruto do MEP como exclusão temporária, por ocasião de seu reconhecimento contábil, revertendo e tributando esse montante, no resgate e amortização de quotas do fundo.

5.2.3 O MEP e a CSL

A Lei n. 7869, de 15.12.1988, dispõe em seu art. 2º:

“A base de cálculo da contribuição é o valor do resultado do exercício, antes da provisão para o imposto de renda.

§ 1º Para efeito do disposto neste artigo:

a) será considerado o resultado do período-base encerrado em 31 de dezembro de cada ano;

b)

(...)

c) o resultado do período-base, apurado com observância da legislação comercial, será ajustado pela:

1 - adição do resultado negativo da avaliação de investimentos pelo valor de patrimônio líquido;

(...)

3 - adição do valor das provisões não dedutíveis da determinação do lucro real, exceto a provisão para o Imposto de Renda

4 - exclusão dos lucros e dividendos derivados de investimentos avaliados pelo custo de aquisição, que tenham sido computados como receita;

5 - exclusão dos lucros e dividendos derivados de participações societárias em pessoas jurídicas domiciliadas no Brasil que tenham sido computados como receita;

6 - exclusão do valor, corrigido monetariamente, das provisões adicionadas na forma do item 3, que tenham sido baixadas no curso de período-base;

(...)”

Conquanto essa determinação legal não faça expressa referência ao art. 248, da Lei n. 6404, que trata de investimentos em sociedades coligadas e controladas, o resultado que será ajustado, para fins de cálculo da CSL, é aquele apurado na forma da lei comercial, que contém o resultado do MEP. A aplicação desse método, de acordo com a lei societária, destina-se apenas a sociedades investidas e este é um ponto relevante, pois muitos dos CPCs editados contemplam procedimentos não de todo colhidos pela Lei n. 6404, como é a hipótese sob análise, dos fundos de investimentos tratados como verdadeiras participações societárias à luz de tudo o que se comentou.

Como já se concluiu para fins de IRPJ, os rendimentos auferidos em fundos não são dividendos, isentos de tributação, mas receitas de natureza financeira, tributados no momento em que são disponibilizadas. Não há previsão legal no sentido de que tais ganhos e rendimentos possam ser excluídos de tributação pela CSL e tampouco há previsão no sentido de que o fruto do MEP aplicado em fundo possa ser excluído dessa incidência (a aplicação da ICPC 09 é neutra), em caráter definitivo, nos mesmos termos comentados para o IRPJ.

Na atualidade, a CSL tem um livro fiscal específico, e-Lacs, para escriturar adições e exclusões a sua base de cálculo

CONSTRUCTIVISMO LÓGICO-SEMÂNTICO
E OS DIÁLOGOS ENTRE TEORIA E PRÁTICA

(Instrução Normativa n. 1422), o que permitirá registrar a neutralidade do MEP, no caso presente, revertendo-a, sem contudo deixar de tributar os rendimentos do fundo no momento de sua disponibilização.

5.2.4 O MEP e o PIS e a COFINS

Antes de examinarmos os reflexos do MEP para fins de PIS e de COFINS, faz-se necessária uma breve digressão sobre a base de cálculo constitucional dessas contribuições (art. 195, I, b): a receita ou o faturamento. Essa matéria foi objeto, no que tange à apuração não cumulativa dessas contribuições, do art. 1º, das Leis ns. 10637, de 30.12.2002 e 10833, de 29.12.2003, cuja redação é idêntica, alterada pela Lei n. 12973, de 13.5.2014, razão pela qual somente reproduzimos a Lei n. 10833, que, para tanto, deve ser lida com a devidas referências ao PIS:

“Art. 1o A Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins, com a incidência não cumulativa, incide sobre o total das receitas auferidas no mês pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil.

§ 1o Para efeito do disposto neste artigo, o total das receitas compreende a receita bruta de que trata o art. 12 do Decreto-Lei no 1.598, de 26 de dezembro de 1977, e todas as demais receitas auferidas pela pessoa jurídica com os seus respectivos valores decorrentes do ajuste a valor presente de que trata o inciso VIII do caput do art. 183 da Lei no 6.404, de 15 de dezembro de 1976.

§ 2o A base de cálculo da Cofins é o total das receitas auferidas pela pessoa jurídica, conforme definido no caput e no § 1o § 3o.

§ 3o Não integram a base de cálculo a que se refere este artigo as receitas:

I - isentas ou não alcançadas pela incidência da contribuição ou sujeitas à alíquota 0 (zero);

II - de que trata o inciso IV do caput do art. 187 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, decorrentes da venda de bens do ativo não circulante, classificado como investimento, imobilizado ou intangível

III - auferidas pela pessoa jurídica revendedora, na revenda de mercadorias em relação às quais a contribuição seja exigida da empresa vendedora, na condição de substituta tributária;

IBET - INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDOS TRIBUTÁRIOS

IV - (...)

V - referentes a:

a) vendas canceladas e aos descontos incondicionais concedidos;

b) reversões de provisões e recuperações de créditos baixados como perda que não representem ingresso de novas receitas, o resultado positivo da avaliação de investimentos pelo valor do patrimônio líquido e os lucros e dividendos derivados de participações societárias, que tenham sido computados como receita;

(...)

VII - financeiras decorrentes do ajuste a valor presente de que trata o inciso VIII do caput do art. 183 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, referentes a receitas excluídas da base de cálculo da Cofins;

VIII - relativas aos ganhos decorrentes de avaliação do ativo e passivo com base no valor justo;

(...)” (grifamos)

O art. 12 do Decreto-Lei n. 1598, acima referido, dispõe que receita bruta compreende: o produto da venda de bens nas operações de conta própria, o preço da prestação de serviços em geral; o resultado auferido nas operações de conta alheia; as receitas da atividade ou objeto principal da pessoa jurídica, anteriormente não citadas.

O conceito de receita, contido na Constituição Federal e, portanto, adotado pelas Leis ns. 10637 e 10833, vem sendo objeto de muita discussão e polêmica na doutrina e nos tribunais. No Recurso Extraordinário – RE n. 607.107, a Ministra Relatora firmou conceito de receita que vem sendo adotado pelo STF e por operadores do Direito, nos seguintes termos:

“ (...)

V- O conceito de receita, acolhido pelo art. 195, I, “b”, da Constituição Federal, não se confunde com o conceito contábil.

Entendimento, aliás, expresso nas Leis 10.637/02 (art. 1º) e Lei 10.833/03 (art. 1º), que determinam a incidência da contribuição ao PIS/PASEP e da COFINS não cumulativas sobre o total das receitas, “independentemente de sua denominação ou classificação

CONSTRUCTIVISMO LÓGICO-SEMÂNTICO
E OS DIÁLOGOS ENTRE TEORIA E PRÁTICA

contábil”. Ainda que a contabilidade elaborada para fins de informação ao mercado, gestão e planejamento das empresas possa ser tomada pela lei como ponto de partida para a determinação das bases de cálculo de diversos tributos, de modo algum subordina a tributação. A contabilidade constitui ferramenta utilizada também para fins tributários, mas moldada nesta seara pelos princípios e regras próprios do Direito Tributário. Sob o específico prisma constitucional, receita bruta pode ser definida como o ingresso financeiro que se integra no patrimônio na condição de elemento novo e positivo, sem reservas ou condições.

(...)”

Nesse contexto embora receita, para fins das contribuições devidas ao PIS e à COFINS, seja definida, do ponto de vista jurídico, como ingresso financeiro definitivo no patrimônio de uma entidade, elemento novo e sem reservas ou condições, e a própria lei disponha que a denominação ou classificação contábil é irrelevante para fins de tributação, o fato é que a base de cálculo dessas exações é ajustada por verbas de natureza puramente contábil, como é o caso de provisões, do MEP e dos critérios de avaliação determinados pelas novas práticas contábeis (valor presente e valor justo, p.ex.). A própria exceção contida na lei “independentemente de sua denominação ou classificação contábil”, para fins de determinação do conteúdo de receita tributável, indica que ela também está atrelada, de alguma forma, ao seu registro contábil, pois só é possível ajustar/desprezar um certo tratamento contábil quando se opera dentro da contabilidade ou com a contabilidade.

Feitas essas considerações iniciais passa-se a examinar o MEP em fundos e seus reflexos para fins de PIS e de COFINS.

Das novas metodologias decorrentes da adoção dos IFRS, observa-se que algumas delas foram expressamente retiradas à tributação pelas contribuições sociais, não integrando sua base de cálculo, como ocorre com os ajustes a valor justo e a valor presente. Embora o MEP não decorra do uso de novas práticas, ele nunca integrou e tampouco integra essa base de cálculo, por determinação expressa da lei. Ora, ao dispor a lei que a base de cálculo dessas contribuições é o total das

receitas auferidas no mês, excluindo à tributação certas verbas de natureza contábil, o primeiro entendimento é de que tais verbas, para serem excluídas, integram a receita total, conquanto não tributáveis, na forma da lei.

Em contrapartida, é possível também afirmar-se que a expressão “não integram a base de cálculo”, utilizada pela lei, significa que essa base, a receita, é formada a partir do faturamento, com fundamento em documentos a ele relacionados e não na contabilidade. Como a base de cálculo também é composta por outros ingressos que não apenas de venda (total da receita), caberia ao contribuinte buscá-los, por outros meios, justificando-se, assim, que as verbas expressamente não incluídas pela lei, não devem ser computadas ou sequer buscadas. Nesse sentido a verificação dos critérios adotados pelo Fisco para definir como devem ser cumpridas as obrigações voltadas à escrituração eletrônica dessas contribuições, na escrituração digital, demonstrará que ela, em nenhum momento, se reporta a verbas contábeis, inclusive aquelas relacionadas à Lei n. 12973, mas apenas a documentos fiscais de venda⁶.

O que se depreende é que, mesmo o contribuinte montando uma base própria para cálculo da contribuição, não há obrigação expressa de reportar ajustes determinados pela Lei n. 12973, ainda quando seus reflexos estejam diferidos. Ora, os ajustes à base de cálculo que tenham natureza puramente contábil, como o são as avaliações a preço justo, a valor presente e o resultado do MEP, só podem ser determinados e analisados, por questão de coerência e razoabilidade, sobre uma base que é apurada à luz de critérios contábeis e não sobre bases originadas de demonstrativos elaborados sobre documentos de venda de bens e de serviços.

A partir desse entendimento, como já comentado para fins de IRPJ e CSL, embora não haja expressa referência ao art. 248 da Lei n. 6404, que trata de investimentos em sociedades coligadas e controladas, “o resultado positivo da avaliação

6. www.sped.rfb.gov.br.

CONSTRUCTIVISMO LÓGICO-SEMÂNTICO
E OS DIÁLOGOS ENTRE TEORIA E PRÁTICA

de investimentos pelo valor do patrimônio líquido e os lucros e dividendos derivados de participações societárias” referido nas Leis ns. 10637 e 10833, que regulam o PIS e a COFINS, são apenas aqueles apurados na forma da lei comercial, que contempla o resultado do MEP. Assim, o MEP aplicado a fundos, sob as regras da ICPC 09, não se confunde com aquele decorrente de avaliação de participações em sociedades investidas. Contudo, por força do art. 58, da Lei n. 12973, tampouco o MEP referido ao fundo será objeto de tributação pelas contribuições devidas ao PIS e à COFINS, quando registrado.

Entretanto, de acordo com a lei, os rendimentos de investimentos em participações societárias, lucros e dividendos, quando distribuídos, não são objeto de tributação pelo PIS e pela COFINS, ainda que tenham sido computados como receita. Como já se comentou, no caso dos fundos e para fins fiscais, não são auferidos dividendos, mas ganhos e rendimentos, tributados no momento em que são disponibilizados ao beneficiário. Entretanto, tais valores não mais transitam em resultado do mês, para fins de incidência do PIS e da COFINS, pois transitaram em período anterior, como resultado de MEP. A questão a ser resolvida é se a falta de registro contábil, como receita, da percepção desses valores decorrentes do resgate e da amortização de quotas de fundos impede a incidência dessas contribuições sociais nesse momento.

A Lei n. 12973 ao tratar de ajustes decorrentes das novas práticas contábeis, determinou que eles fossem, para fins de IRPJ e CSL, identificados em subcontas retificadoras das contas de origem, registradas na contabilidade, de tal sorte que as verbas diferidas, adições ou exclusões, ficassem perfeitamente identificadas e, por ocasião de sua realização fossem, em definitivo, tributadas ou excluídas. No caso das contribuições sociais devidas ao PIS e à COFINS, entretanto, a norma determinou o ajuste na base de cálculo, no momento do registro contábil, mas não tratou de sua realização. O fruto da realização de investimentos em coligadas e controladas (alienação ou baixa de permanente) não é colhido pelo PIS e

pela COFINS, razão pela qual o MEP é irrelevante para fins de cálculo das contribuições.

O MEP do fundo, não contemplado pela lei societária, não pode ser computado para fins fiscais como custo de aquisição das cotas, tampouco a remuneração do fundo é tratada, contabilmente, como dividendo, creditado em caixa e não transitando em conta de receita ou de resultado e, portanto, sem reflexos para fins de PIS e de COFINS. E, ainda que essa remuneração fosse considerada como receita financeira, ela não se integraria como receita, do ponto de vista contábil, ao patrimônio do contribuinte, porque já está integrada desde o mês anterior como resultado de MEP, não tributado pelas contribuições.

Em resumo, a nosso ver, o MEP do fundo deve ser reconhecido em regime de competência, não devendo afetar a base de cálculo do PIS e da COFINS. De outro lado, a Lei n. 12973 não determina que ele deva ser computado, por ocasião de sua realização econômica ou financeira, para fins de pagamento desses mesmos tributos. Dessa forma, a realização do MEP é fato subsequente que não compõe o critério material da hipótese de incidência das contribuições, pois decorre de amortização ou do resgate de fundo que não mais poderá ser colhido por essas exações, já que o MEP o foi em período anterior, ainda que sob critério de exclusão da receita, na forma da lei. Por fim, acresça-se, além do MEP em fundo ser neutro para fins tributários, os períodos de apuração das contribuições são independentes.

Por fim, ainda que se diga que essa verba deve ser computada na base de cálculo das contribuições, no período em que realizada, o fato é que ela não é sujeita a diferimento, para fins de PIS e de COFINS, uma vez que a Lei n. 12973 assim não o determinou.⁷

Contudo e apenas para argumentar, em sentido contrário, poder-se-ia afirmar que o contribuinte está compelido a reportar

7. Consulte-se a escrituração digital, ECF – PIS/COFINS, que tampouco trata dessa matéria no bloco de diferimentos.

essa verba (MEP), em regime de competência, e incluí-la na base de cálculo dessas contribuições, por força da lei que não a excluiria por estar vinculada ao fundo e não a uma pessoa jurídica. Ainda assim, a nosso ver, essa obrigação nasceria apenas por ocasião de sua disponibilização e, exclusivamente, à luz do art. 1º, da Lei n. 12973, já referido, ou seja, as regras de incidência e tributação seguem as mesmas, após a Lei n. 12973, naquilo em que não foram alteradas. Por consequência, a tributação dos ganhos em fundos em nada se teria alterado, para fins de PIS e de COFINS, a despeito da introdução de novas metodologias contábeis, razão pela qual os ganhos na realização das quotas teriam sua tributação diferida para o momento da realização das cotas.

5.2.5 Foco da RFB e jurisprudência administrativa

Mais de uma vez as autoridades fiscais afirmaram seu propósito de fiscalizar com “lupa” as atividades dos fundos de investimento, de vez que entendem que essa modalidade de negócio jurídico permite todo tipo de planejamento que, sob sua perspectiva, aparenta ter como único objetivo evitar/ postergar a incidência tributária sobre rendas geradas. Por força desse trabalho da RFB surgiram muitos autos de infração sobre a matéria. De nossa parte somente nos deteremos em uns poucos que tratam de fundos exclusivos.

Assim, no Acórdão nº 1401 - 02.027, 4ª Câmara, 1ª Turma Ordinária, em 15.08.2019, do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF, foi examinada situação em que as autoridades fiscais desconsideraram fundo exclusivo, sob alegação de que as remunerações dos investimentos deveriam ser tributadas em regime de competência pelo cotista, e não somente no momento do resgate e amortização de cotas. O grande equívoco do Fisco, nesse caso, foi desprestigiar a norma legal que garantia o procedimento ao contribuinte, que assim logrou ganho. Confira-se:

“PERDAS EM OPERAÇÕES DE RENDA VARIÁVEL. GLOSA DE DESPESAS. DESCONSIDERAÇÃO DE OPERAÇÕES EFETUADAS POR FUNDO DE INVESTIMENTO EXCLUSIVO.

*Autuação baseada em dispositivo legal que determina a indedutibilidade do excesso de perdas em relação aos ganhos nas operações de renda variável, sob a premissa de que as aplicações financeiras teriam sido realizadas diretamente pela empresa e não pelo fundo: constatado que **o fundo não pode ser desconsiderado e que as operações foram realizadas por este, o auto de infração carece de fundamento tanto fático quanto legal** “ (grifamos).*

O CARF, de forma muito acertada, decidiu que a norma especial voltada à possibilidade de se investir em fundo exclusivo prevalece, ainda que possa trazer vantagens tributárias (diferimento de tributação), visto que feito o negócio na estrita observância das regras aplicáveis.

Em outra decisão, o tema central voltou-se a situação em que sociedade holding que concentrava investimentos foi esvaziada, passando os investimentos a serem detidos por fundo. Nessa situação o contribuinte não logrou êxito, pois o CARF referendou o entendimento da Fiscalização, no sentido de que a operação efetivada tinha como único objetivo extrair vantagens fiscais, visto que em nada se alterava o controle. Confira-se o Acórdão n. 2301-05.929 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária, em 14.03.2019:

“ (...).

PEDIDO DE NULIDADE. IDENTIFICAÇÃO DO SUJEITO PASSIVO. FUNDO DE INVESTIMENTO PERTENCENTE A GRUPO EMPRESARIAL. DESCONSIDERAÇÃO.

Com a desconsideração de fundo de investimento, tal entidade não se torna inválida ou inexistente, porém fica suspensa a eficácia de sua formação quanto a determinado(s) ato(s) praticado(s) pelo fundo. Nesse passo, a desconsideração do fundo de investimentos não faz retroagir a estrutura societária do grupo empresarial para o momento anterior à criação de tal fundo, pelo que o fato gerador do tributo deve ser analisado (inclusive quanto à identificação do sujeito passivo) na data de sua efetiva ocorrência, apenas retirando o fundo de investimento da citada estrutura.

FUNDO DE INVESTIMENTO EM PARTICIPAÇÕES - FIP FINALIDADE. EMPRESAS OPERACIONAIS PREVIAMENTE CONTROLADAS PELO GRUPO EMPRESARIAL ANTES DA

CONSTRUCTIVISMO LÓGICO-SEMÂNTICO
E OS DIÁLOGOS ENTRE TEORIA E PRÁTICA

CRIAÇÃO DO FIP. DESNECESSIDADE. FALTA DE PROPÓSITO NEGOCIAL.

O fundo de investimento em participações tem como finalidade precípua a realização de investimentos novos, e não a gestão profissional de investimentos antigos, assim representados por empresas operacionais que já pertenciam àquele grupo empresarial, antes da criação do FIP. No caso de FIP criado para gerir empresas operacionais previamente controladas pelo grupo empresarial, os ganhos esperados pelos cotistas do FIP seriam os mesmos que obteriam se mantivessem diretamente o controle das empresas, revelando-se, assim a desnecessidade de tal FIP e sua falta de propósito negocial.

DESCONSIDERAÇÃO DE FUNDOS DE INVESTIMENTO.

Comprovada a interposição de fundos de investimento, com o fim exclusivo de usufruir da isenção de imposto de renda sobre o ganho de capital na venda de sociedade formalmente controlada por tais entidades, deve-se desconsiderar os fundos de investimento, de modo a cobrar o tributo dos cotistas desses fundos, proprietários últimos das ações da sociedade vendida.

(...)”

E, por fim, decisão envolvendo a possibilidade de haver cotista exclusivo em fundo imobiliário, favorável ao contribuinte, concluindo que somente a CVM pode opor qualquer restrição ao uso desse instituto. Veja-se o Acórdão n. 1302-002.053 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária, em 16.02.2017:

“FUNDO IMOBILIÁRIO. PERDA DO REGIME DE TRIBUTÁRIO. ART. 2º DA LEI 9.779/99. NÃO CONFIGURADA. O art. 2º da Lei 9.779/99 não coloca a condição de cotista exclusivo do Fundo como uma das razões para que o Fundo seja tributado como pessoa jurídica, aliado ao fato de que só caberia à CVM qualquer ação contra a constituição de Fundo exclusivo, já que ela é o órgão a tanto competente para autorizar, disciplinar e fiscalizar a constituição, o funcionamento e a administração dos Fundos de Investimento Imobiliário, nos termos do art. 4 da Lei 8.668/93. O art. 2º da Lei 9.779/99 é uma norma antielisiva específica, pois, em regra, aos rendimentos e ganhos do Fundo Imobiliário, o qual não tem personalidade jurídica, aplica-se o regime tributário estabelecido nos arts. 16 a 19 da Lei 8.668/93. Diante de uma norma excepcional, devemos conferir uma interpretação estrita, razão pela qual o termo sócio constante do caput

do art. 2º deve ser entendido como “sócio do incorporador” ou “sócio do construtor”. A mera aquisição de um ou vários imóveis não se constitui, por si só, em empreendimento imobiliário, o que só irá ocorrer se o destino de tais imóveis for a circulação ou produção de imóveis, hipótese em que o comprador estará exercendo um empreendimento imobiliário, mas jamais se poderá denominar aquele que lhe vendeu os imóveis de sócio desse empreendimento.

CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP Tratando-se da mesma situação fática e do mesmo conjunto probatório, a decisão prolatada com relação ao lançamento da COFINS é aplicável, mutatis mutandis, ao lançamentos da Contribuição para o PIS.” (grifamos)

6. Conclusões

De todo o exposto pode-se inferir que os fundos exclusivos seguem sendo excelentes instrumentos para organizar os negócios financeiros, podendo, no caso dos condôminos pessoas jurídicas, ser utilizada para sua avaliação, o MEP, que tão bem retrata a evolução patrimonial de uma entidade.

Para fins de IRPJ e CSL, o uso desse critério de avaliação de investimentos em controladas e coligadas, o MEP, não impede que a tributação dos ganhos somente ocorra no resgate das cotas. No caso do PIS e da COFINS, o uso do MEP afasta a tributação para essas exações, em definitivo, nos termos acima comentados.