

A (não) Tributação dos Ganhos de Capital Auferidos por um Fundo de Investimento Imobiliário (FII) na Alienação de Cotas de Outro FII

The (no) Taxation of Capital Gains Obtained by a Real Estate Investment Trust (REIT) in the Alienation of Another REITs Units of Ownership

Ricardo Lacaz Martins

Doutor e Mestre em Direito Tributário pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Advogado em São Paulo. *E-mail*: lacaz@lacazmartins.com.br.

Natanael Oliveira da Cruz

Especialista em Direito Tributário Brasileiro pelo Instituto Brasileiro de Direito Tributário e Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Advogado em São Paulo. *E-mail*: cruznatanael94@gmail.com.

<https://doi.org/10.46801/2595-6280.52.20.2022.2276>

Resumo

O presente artigo tem como objetivo analisar as regras de tributação pelo Imposto de Renda e Imposto de Renda Retido na Fonte nos rendimentos e ganhos de capital auferidos por um FII na venda de cotas de outros FIIs. Nesse sentido, abordaremos as hipóteses de incidência do IR e IRRF, bem como a natureza jurídica da isenção tributária, a fim de examinar os argumentos utilizados pela Procuradoria da Fazenda Nacional em comparação com as disposições da Lei n. 8.668/1993 que impedem a exigência dos tributos sobre os ganhos de capital auferidos nessas operações.

Palavras-chave: Imposto de Renda, Fundos de Investimento Imobiliário, isenção tributária, ganho de capital.

Abstract

This article aims to analyze the rules of taxation by Income Tax and Income Withholding Tax on income and capital gains obtained by a Real Estate Investment Trust (REIT) in the alienation of another REITs units of ownership. In this sense, we will approach the hypotheses of incidence of Income Tax and Income Withholding Tax, as well as the legal nature of the tax exemption prescribed, in order to examine whether the arguments used by the National Treasury Attorney's Office in comparison with the provisions of Law 8.668/1993 that prevent the requirement of taxes on capital gains obtained in these operations.

Keywords: Income Tax, Real Estate Investment Fund, tax exemption prescribed, capital gains.

1. Introdução

O mercado financeiro e de capitais permite que os investidores operem de diferentes maneiras para obtenção dos ganhos almejados. Nesse sentido, para além das tradicionais operações em renda fixa e renda variável, os investimentos podem ser realizados por meio de estruturas que proporcionam a comunhão de recursos para aplicação em ativos financeiros, participações societárias, imóveis, dentre outros. A esse respeito, uma alternativa aos investidores são os denominados Fundos de Investimentos, os quais possibilitam investimentos múltiplos e diversificados sob a forma de condomínio.

Dentre os diversos tipos de fundos existentes, pode-se destacar os Fundos de Investimento Imobiliário (“FIIs”), que são instituições sem personalidade jurídica, caracterizadas pela união de recursos captados por meio do Sistema de Distribuição de Valores Mobiliários, destinados à aplicação em empreendimentos imobiliários¹, sendo regulados pela Comissão de Valores Mobiliários².

Cada FII é distribuído em cotas, que são frações do capital do fundo que podem ser transacionadas pelos investidores. Os recursos investidos nos FIIs são utilizados pelo administrador do fundo para aquisição dos ativos que compõem sua carteira de investimento.

Além de investimentos em empreendimentos imobiliários diversos, é permitido que os FIIs possuam aplicações em outros ativos financeiros. Assim, um FII pode ter em sua carteira de investimentos aplicações em renda fixa, como LHs, CRIs e LCIs³.

Por outro lado, um FII também pode aplicar em renda variável, inclusive com a aquisição de cotas de outros FIIs. Esse tipo de estrutura de investimento é conhecido pelo mercado financeiro como *Fund of Fund* (“FOF”), e nada mais é do que um FII que aplica em cotas de outros FIIs.

A aquisição de cotas de FIIs por outros FIIs tem se tornado cada vez mais comum, tendo em vista que permite aos fundos uma maior diversificação das aplicações, além de cumprir importante função social, pois possibilita que pequenos investidores tenham acesso a fundos de investimentos maiores, incrementando a liquidez do mercado ao aumentar a demanda por cotas dos fundos⁴.

¹ Lei n. 8.668/1993: “Art. 1º Ficam instituídos Fundos de Investimento Imobiliário, sem personalidade jurídica, caracterizados pela comunhão de recursos captados por meio do Sistema de Distribuição de Valores Mobiliários, na forma da Lei n. 6.385, de 7 de dezembro de 1976, destinados à aplicação em empreendimentos imobiliários.”

² Lei n. 8.668/1993: “Art. 4º Compete à Comissão de Valores Mobiliários autorizar, disciplinar e fiscalizar a constituição, o funcionamento e a administração dos Fundos de Investimento Imobiliário, observadas as disposições desta lei e as normas aplicáveis aos Fundos de Investimento.”

³ Cf. art. 45 da Instrução CVM n. 472/2008.

⁴ BARONI, Marcos; BASTOS, Danilo. *Guia Suno Fundos Imobiliários: introdução sobre investimentos seguros e rentáveis*. 1. ed. São Paulo: Vivalendo, 2020, p. 12 e 13.

Considerando a crescente importância das estruturas de investimento dos FOFs no mercado financeiro e de capitais, é essencial que se dê especial atenção à correta forma de tributação dos rendimentos e ganhos por eles obtidos, possibilitando clareza e segurança aos investidores.

Não obstante, diante das incertezas e precariedades da legislação, muitas dúvidas ainda pairam acerca de sua correta tributação, em especial no tocante à isenção de Imposto Renda (“IR”) sobre os rendimentos e ganhos de capital decorrentes das vendas de cotas de outros FIIIs.

O presente estudo analisará as regras de tributação pelo IR e pelo IRRF (Imposto de Renda Retido na Fonte) nos rendimentos e ganhos de capital auferidos por um FII na venda de cotas de outros FIIIs. Nesse sentido, abordaremos as hipóteses de incidência do IR e do IRRF, bem como as regras de isenção que impedem a exigência dos tributos sobre os ganhos auferidos nessas operações.

2. Uma breve reflexão acerca da isenção tributária e o Código Tributário Nacional

O fenômeno da isenção tributária, por muito tempo, foi entendido pela doutrina tributária como sendo um instrumento de dispensa legal do sujeito passivo, após a ocorrência da hipótese de incidência tributária, do pagamento do débito tributário⁵. Contudo, a doutrina moderna tratou de rejeitar esta classificação, uma vez que a conceituação se confundiria com os efeitos da exclusão do crédito tributário, tendo se firmado no sentido de que a norma de isenção impede o exercício da competência tributária, em razão da mutilação de um, ou de alguns, aspectos da hipótese de incidência⁶. Assim, diante de uma norma específica isentiva, não poderá o Ente Tributante exercer sua competência para exigência de determinado tributo, em determinada situação, impedindo a produção de efeitos da norma de incidência⁷.

Acerca do conceito da isenção, assim ensina o Paulo de Barros Carvalho⁸:

“Guardando a sua autonomia normativa, a regra de isenção investe contra um ou mais dos critérios da norma-padrão de incidência, mutilando-os, parcialmente. É óbvio que não pode haver supressão total do critério, porquanto equivaleria a destruir a regra-matriz, inutilizando-a como norma válida no sistema.”

⁵ BORGES, José Souto Maior. *Teoria geral da isenção tributária*. 3. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2007.

⁶ CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 30. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 577/588.

⁷ COSTA, Regina Helena. *Curso de direito tributário*. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 217.

⁸ CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 483/484.

No campo constitucional, entre outros dispositivos que regulam direta, ou indiretamente, a isenção, temos o art. 150, § 6º, segundo o qual a isenção será decorrente de lei e deverá ser concedida pelo Ente competente para instituição do tributo objeto de isenção.

No plano infralegal, o Código Tributário Nacional, em seu art. 176, reitera que a isenção “é sempre decorrente de lei que que especifique as condições e requisitos exigidos para a sua concessão, os tributos a que se aplica”.

No caso dos FIIs, conforme será amplamente debatido abaixo, a regulamentação específica prevista na Lei n. 8.668/1993, a qual dispõe sobre as regras para sua constituição e sobre o regime tributário aplicado, previu, em seu art. 16, a isenção de IR sobre os rendimentos e ganhos de capital auferidos pelo FII em todas as aplicações financeiras e investimentos imobiliários realizados.

A despeito da expressa disposição contida no art. 16, e que será esmiuçada linhas abaixo, a Receita Federal do Brasil (“RFB”) e a Procuradoria da Fazenda Nacional (“PFN”) entendem pela incidência do IR nas alienações de cotas de FII investimento por outro FII investidor intermediário.

3. As hipóteses de incidência do IR e do IRRF sobre os rendimentos e ganhos auferidos por investidores por meio de FIIIs

Conforme já adiantado, os FIIIs possuem regulamentação específica prevista na Lei n. 8.668/1993. Conforme previsto no art. 1º da Lei n. 8.668/1993, os FIIIs são instituições sem personalidade jurídica, caracterizadas pela comunhão de recursos captados por meio do Sistema de Distribuição de Valores Mobiliários, destinados à aplicação em empreendimentos imobiliários⁹, e, no que diz respeito à sua carteira operacional, ou seja, os ativos no mercado que podem ser objeto de investimento, é facultado ao FII o investimento em diversos ativos ligados ao ramo imobiliário, entre eles as “cotas de outros FIIIs”.

Mas nem sempre foi assim. Quando da sua criação, pela Lei n. 8.668/1993, com inaugural regulamentação pela Instrução CVM n. 205/1994, os Fundos Imobiliários somente podiam investir em desenvolvimento de empreendimentos imobiliários (art. 2º da Instrução CVM n. 205/1994¹⁰). Somente em 2008, com a edição da Instrução CVM n. 472/2008, foi facultado aos FIIIs investirem também em

⁹ “Art. 1º Ficam instituídos Fundos de Investimento Imobiliário, sem personalidade jurídica, caracterizados pela comunhão de recursos captados por meio do Sistema de Distribuição de Valores Mobiliários, na forma da Lei n. 6.385, de 7 de dezembro de 1976, destinados a aplicação em empreendimentos imobiliários.”

¹⁰ “Art. 2º O Fundo de Investimento Imobiliário destinar-se-á ao desenvolvimento de empreendimentos imobiliários, tais como construção de imóveis, aquisição de imóveis prontos, ou investimentos em projetos visando viabilizar o acesso à habitação e serviços urbanos, inclusive em áreas rurais, para posterior alienação, locação ou arrendamento.”

papéis imobiliários, trazendo mais um importante *player* para o mercado financeiro imobiliário¹¹.

A evolução legislativa regulatória e tributária é de suma importância para o entendimento e a melhor interpretação dos dispositivos tributários atinentes às operações de compra e venda de cotas de FII, como veremos.

De acordo com o art. 17 da Lei n. 8.668/1993, na hipótese de distribuição, a qualquer beneficiário, dos rendimentos e ganhos líquidos auferidos pelo FII, deve incidir a retenção do imposto de renda na fonte, à alíquota de 20%:

“Art. 17. Os rendimentos e ganhos de capital auferidos, apurados segundo o regime de caixa, quando distribuídos pelos Fundos de Investimento Imobiliário a qualquer beneficiário, inclusive pessoa jurídica isenta, sujeitam-se à incidência do imposto de renda na fonte, à alíquota de vinte por cento. (Redação dada pela Lei 9.779/99)”

Posteriormente, com a edição da Lei n. 11.033/2004, foi estipulado que os cotistas pessoas físicas, desde que cumpridas as condições previstas em seu art. 3º (pulverização das cotas), terão os rendimentos isentos.

Por outro lado, os cotistas também podem optar por realizar seus ganhos por meio da alienação ou resgate das cotas dos FIIs. Sobre essa transação, efetuada pelo próprio investidor, o art. 18 prevê a incidência de imposto de renda à alíquota de vinte por cento: (i) na fonte, nos casos de resgate, ou (ii) na forma aplicável às operações de renda variável, no caso de alienação de cotas:

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

I – na fonte, no caso de resgate;

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

Sob o prisma do cotista, portanto, existem dois regimes fiscais distintos a depender da natureza do resultado auferido pelo investidor beneficiário do rendimento. No primeiro, quando se auferir rendimento decorrente da distribuição de resultados do FII, os valores percebidos são isentos quando preenchidas as condições previstas no art. 3º da Lei n. 11.033/2004, ou podem ser tributados na fonte à alíquota de 20%, se não observados os referidos requisitos. No segundo, quando o resultado provém do ganho de capital na venda de cotas, haverá a tributação do ganho de capital auferido pelo investidor.

¹¹ “Art. 45. A participação do fundo em empreendimentos imobiliários poderá se dar por meio da aquisição dos seguintes ativos: [...] VI – cotas de outros FII;”

Com relação às operações realizadas pelos investidores (cotistas) não há maiores divergências acerca do regime jurídico a ser aplicado. Contudo, nas operações desenvolvidas pelo próprio FII, atuando na função de investidor intermediário, o entendimento acerca da regra de tributação é mais complexo, conforme se verá a seguir.

4. As hipóteses de incidência do IR e do IRRF sobre os rendimentos e ganhos auferidos pelo FII investidor intermediário na venda de cotas do FII investimento

De início, cumpre esclarecer que o fim último dos FIIs é a obtenção de lucros, igual a qualquer outro investimento financeiro, de modo que seus administradores realizam a gestão da carteira de ativos visando auferir ganhos passíveis de gerar rendimentos distribuíveis aos investidores. Cabendo ao administrador e ao gestor a prestação de serviços de administração e gestão dos recursos do FII¹² e, por consequência, do investidor cotista.

Apesar de haver a possibilidade de um FII possuir investimentos em outros FIIs, operação denominada de *FOF – Fund of Fund*, nos fundos de investimento os efetivos beneficiários dos investimentos são os cotistas, uma vez que, por lei, o FII é obrigado a “distribuir a seus cotistas, no mínimo, noventa e cinco por cento dos lucros auferidos”, semestralmente em 30 de junho e 31 de dezembro de cada ano, conforme previsão contida no parágrafo único do art. 10 da Lei n. 8.668/1993.

Assim, considerando que a própria Lei determina a distribuição de 95% dos lucros auferidos pelo FII, jamais poder-se-ia considerar o FII como um “beneficiário”, na medida em que este se trata apenas de veículo de investimento, evidenciando que os beneficiários de seus investimentos são apenas os respectivos cotistas, jamais o próprio FII.

Retomando ao assunto de fundo, conforme já esclarecido, o investimento de um FII em cotas de outro FII só foi possível após a edição da Instrução CVM n. 472/2008.

No que se refere à tributação dos FIIs, seguindo o mesmo racional adotado com outros tipos de fundo de investimento, a Lei n. 8.668/1993, em seu art. 16, previu originalmente a isenção de IR sobre os rendimentos e ganhos de capital auferidos pelo FII em todas as aplicações financeiras e investimentos imobiliários realizados. O dispositivo atribui aos FIIs a transparência fiscal que caracteriza os fundos como veículos de investimento financeiro¹³. Não há tributação nas opera-

¹² EIZIRIK, Nelson *et al.* *Mercado de capitais*: regime jurídico. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 123-124.

¹³ Cf. SCHOUERI, Luís Eduardo; GALDINO, Guilherme. A isenção técnica do Imposto de Renda nos Fundos de Investimento Imobiliário (FIIs) e os ganhos de capital na alienação de quotas de outros FIIs. *Revista Direito Tributário Atual* v. 51. São Paulo: IBDT, 2022, p. 293.

ções próprias, de modo que a incidência fiscal é transferida para a distribuição dos resultados ou pelo sistema de come-cotas, a depender da natureza dos ativos em que o fundo investe. Veja-se a norma referida:

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

Dessa forma, tanto os ganhos operacionais (no mercado imobiliário), como aqueles dos investimentos não operacionais (no mercado financeiro) decorrentes da aplicação do caixa disponível, observado o limite regulamentar, eram isentos.

Mais adiante no ano de 1999, com a edição do art. 16-A, foi previsto um tratamento fiscal especial à parcela da carteira de ativos não relativa diretamente ao investimento em imóveis. De acordo com o referido dispositivo, os rendimentos e ganhos líquidos auferidos pelos FIIs em aplicações financeiras de renda fixa ou de renda variável estariam sujeitos à incidência de IRRF:

“Art. 16-A. Os rendimentos e ganhos líquidos auferidos pelos Fundos de Investimento Imobiliário, em aplicações financeiras de renda fixa ou de renda variável, sujeitam-se à incidência do imposto de renda na fonte, observadas as mesmas normas aplicáveis às pessoas jurídicas submetidas a esta forma de tributação. (Incluído pela Lei n. 9.779, de 19/01/1999)” (Destacamos)

Ou seja, trata-se de uma regra de exceção: enquanto as aplicações ordinárias (“operacionais”) dos Fundos Imobiliários são isentas, os rendimentos excepcionais decorrentes de aplicação financeira de renda fixa ou variável são tributados na fonte.

Ocorre que, com a edição da Instrução CVM n. 472, de 31 de outubro de 2008, foi autorizado aos FIIs realizarem investimentos regulares em papéis imobiliários. Assim, dez anos após a edição da Lei n. 9.779/1999, que havia incluído o art. 16-A na Lei n. 8.668/1993, foi necessário instituir um tratamento tributário a essa nova classe de ativos.

Foi assim editada a Lei n. 12.024, de 27 de agosto de 2009, que incluiu o § 1º no art. 16-A, e trouxe uma exceção à hipótese prevista no *caput*. De acordo com esse dispositivo, a regra de retenção de IRRF sobre os ganhos auferidos em aplicações financeiras de renda fixa ou de renda variável (“não operacionais”) não se aplicam aos investimentos realizados nos ativos de que tratam os incisos II e III do art. 3º da Lei n. 11.033/2004:

“Art. 16-A. [...]”

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

Para facilitar o entendimento, vale também transcrever os citados incisos II e III do art. 3º da Lei n. 11.033/2004:

“Art. 3º Ficam isentos do imposto de renda:

[...]

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

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

Veja-se que a regra de exceção prevista no § 1º do art. 16-A dispõe sobre a não incidência de IRRF nas aplicações financeiras realizadas em papéis relacionados ao mercado imobiliário (“operacionais”). São eles: (a) LH, CRI e LCI (inciso II) e (b) FIIs cujas cotas sejam admitidas à negociação exclusivamente em bolsas de valores ou no mercado de balcão organizado, denominados “FIIs Listados” (inciso III).

Observa-se, portanto, que as alterações legislativas objetivaram equalizar a tributação dos FIIs, a fim de evitar a sobretributação da renda do indivíduo¹⁴, optando por isentar os fundos de investimentos imobiliários, toda vez em que estes agirem em sua função original de veículos de captação de recursos junto ao mercado financeiro e de capitais, de sorte a viabilizar determinados empreendimentos imobiliários, concentrando toda a carga tributária para os cotistas, nos termos dos arts. 17 e 18 da Lei n. 8.668/1993, a fim de prevenir que ganhos e rendimentos auferidos pelas carteiras dos Fundos sejam duplamente tributados tanto no nível do fundo quanto no nível do cotista.

Feitos esses breves esclarecimentos acerca dos dispositivos que tratam sobre a tributação dos rendimentos e ganhos auferidos por FII, passaremos a analisar as isenções legais e suas hipóteses de aplicação.

5. A isenção de IRRF sobre rendimentos e ganhos líquidos auferidos por FIIs em aplicações financeiras de renda fixa e variável, inclusive na venda de cotas de outros FIIs listados

Como explicitado linhas acima, a regra prevista no art. 16 da Lei n. 8.668/1993 prevê que os rendimentos e ganhos de capital auferidos pelos FIIs são isentos de Imposto de Renda.

¹⁴ Cf. SCHOUERI, Luís Eduardo; GALDINO, Guilherme. A isenção técnica do Imposto de Renda nos Fundos de Investimento Imobiliário (FIIs) e os ganhos de capital na alienação de quotas de outros FIIs. *Revista Direito Tributário Atual* v. 51. São Paulo: IBDT, 2022, p. 269.

Ao dispor sobre a forma de tributação da parcela de ativos dos FIIs em aplicações financeiras de renda fixa ou de renda variável, o art. 16-A, contudo, prevê duas exceções. Conforme o *caput*, a primeira é a incidência de IRRF sobre rendimentos e ganhos líquidos auferidos pelo FII em aplicações financeiras. Por outro lado, nos termos do § 1º, a segunda exceção é a não incidência de IRRF sobre rendimentos e ganhos líquidos auferidos pelo FII que aplique, dentre outros investimentos, em FII listado.

É cediço que o *caput* e o § 1º do art. 16-A da Lei n. 8.668/1993 devem ser analisados em conjunto. Assim, a incidência de IRRF prevista no *caput* do artigo não pode atingir os ativos cuja isenção foi expressamente veiculada pelo § 1º do mesmo dispositivo, quais sejam, LHs, CRIs, LCIs e FIIs listados – aos ativos de que tratam os incisos II e III do art. 3º da Lei n. 11.033/2004.

A este respeito, a *ratio legis* da Lei n. 12.024, de 27 de agosto de 2009, que incluiu o § 1º no art. 16-A, que trouxe a isenção do IRRF sobre os ganhos auferidos sobre investimentos realizados nos ativos de que tratam os incisos II e III do art. 3º da Lei n. 11.033/2004, buscou dar conformidade ao sistema de tributação no âmbito do FII, uma vez que novas operações típicas se tornavam possíveis aos fundos, exatamente as operações com os ativos de que tratam aqueles incisos¹⁵.

Essa conformidade do sistema é denominada de isenção técnica, sendo diferenciada da isenção política¹⁶, uma vez que, enquanto a primeira é entendida como aquela legitimamente reconhecida por ser outorgada pelo legislador a fim de equalizar o sistema tributário diante da ausência de capacidade contributiva, a segunda são aquelas consideradas como verdadeiro benefício tributário, uma vez que, apesar de o indivíduo deter capacidade de contribuir, a referida isenção é outorgada em função de outras finalidades.

Exatamente nesse sentido foi o entendimento esposado pela Receita Federal do Brasil (“RFB”) na Solução de Consulta Cosit n. 181, na qual concluiu que “a referência do § 1º do art. 16-A da Lei n. 8.668, de 1993, é aos ativos dos incisos II e III do art. 3º da Lei n. 11.033, de 2004, e não aos rendimentos de que tratam, e deve o parágrafo ser interpretado em consonância com o *caput*”.

Destaque-se que a citada solução de consulta, após a sua publicação, revogou tacitamente a Solução de Consulta SRRF08/Disit n. 489/2009, que dava interpretação diversa ao § 1º do art. 16-A da Lei n. 8.668/1993, pacificando o entendimento acerca da isenção do IRRF sobre rendimentos e ganhos líquidos auferidos por

¹⁵ Cf. MARTINS, Ricardo Lacaz; GALDINO, Guilherme. O Imposto de Renda nas aplicações de Fundo de Investimento Imobiliário (FII) em outro FII. In: LORIA, Daniel Abraham; LAULETTA, Andrea Bazzo (coord.). *Tributação de Fundos de Investimento*. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 414-423.

¹⁶ COSTA, Regina Helena. *Curso de direito tributário*. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 218.

FIIIs em aplicações financeiras de renda fixa e variável, inclusive na venda de cotas de outros FIIIs listados.

Portanto, no que concerne à isenção de IRRF, com o entendimento emanado pela RFB, a questão da tributação dos ganhos de capital na venda de cotas de FIIIs listados estaria solucionada, tendo em vista que ficou pavimentado que o § 1º do art. 16-A diz respeito ao tratamento fiscal dos ativos que o FII pode investir, atribuindo a esses a isenção, independentemente da natureza do retorno que gera, seja ganho de capital ou seja rendimento.

6. A isenção de IR sobre os rendimentos e ganhos líquidos auferidos pelos FIIIs na venda de cotas de outros FIIIs, na forma do art. 16 da Lei n. 8.668/1993

Em que pese a Solução de Consulta Cosit n. 181/2014 ter caminhado bem ao concluir pela aplicação da isenção do IRRF prevista no § 1º do art. 16-A aos rendimentos e ganhos líquidos dos FIIIs, incluídos aqueles decorrentes do resgate e das alienações de cotas, o mesmo não se pode dizer acerca da conclusão alcançada sobre a não incidência do IR nas alienações de cotas de FIIIs. A esse respeito, concluiu a Cosit que “os ganhos de capital e rendimentos auferidos na alienação, por fundos de investimento imobiliários, de quotas de outros fundos de investimento imobiliário, sujeitam-se à incidência do imposto de renda à alíquota de vinte por cento de acordo com as mesmas normas aplicáveis aos ganhos de capital ou ganhos líquidos auferidos em operações de renda variável”.

Conforme se extrai, a RFB entendeu ser aplicável o art. 18 da Lei n. 8.668/1993, determinando a incidência de IR sobre ganhos auferidos por FII na alienação de cotas de outro FII, sem sequer cogitar a aplicação do art. 16 da Lei n. 8.668/1993, que isenta de IR os rendimentos e ganhos auferidos por FII.

Como delimitado anteriormente, o art. 18 da Lei n. 8.668/1993 prevê a tributação pelo IR dos ganhos de capital e rendimentos auferidos, por qualquer beneficiário, na alienação de cotas de FII. O art. 16 do mesmo diploma legal prevê que os rendimentos e os ganhos de capital auferidos por FII ficam isentos do IR.

Evidente a divisão dos tratamentos tributários feitos originalmente: os investidores (qualquer beneficiário) inclusive pessoa jurídica isenta, estariam sujeitos à tributação do ganho de capital na alienação das cotas dos FIIIs. O Fundo Imobiliário, investindo seus recursos próprios em atividades operacionais, seria isento do IR. Nada mais correto e coerente com a sistemática de transparência dos veículos de investimento, deslocando a tributação para o investidor. Esse racional deve nortear a leitura dos dispositivos legais que foram posteriormente editados.

Antes de esmiuçarmos a regra de isenção, destaque-se que a legislação fiscal atribui determinado tratamento tributário conforme o investimento e o investidor final. Esses investidores finais podem efetuar suas aplicações de forma direta ou indireta. O investimento direto se dá pela aquisição de títulos e papéis que

MARTINS, Ricardo Lacaz; CRUZ, Natanael Oliveira da. A (não) Tributação dos Ganhos de Capital Auferidos por um Fundo de Investimento Imobiliário (FII) na Alienação de Cotas de Outro FII.

Revista Direito Tributário Atual nº 52. ano 40. p. 486-501. São Paulo: IBDT, 3º quadrimestre 2022.

reflitam o ativo investido, ao passo que o investimento indireto é viabilizado por meio de fundos de investimento, que pagarão aos cotistas os mesmos rendimentos que seriam auferidos no caso de aplicações diretas, devendo esse rendimento ser tratado da mesma forma que os rendimentos auferidos diretamente.

Dessa forma, o racional da sistemática dos fundos é de transparência dos veículos de investimento e deslocamento da tributação para o investidor, situação que é imprescindível ao desenvolvimento dos fundos de investimento, pois previne que ganhos e rendimentos auferidos pelas carteiras dos Fundos sejam duplamente tributados tanto no nível do fundo quanto no nível do cotista.

É neste sentido que, analisando as previsões contidas no art. 16 e no art. 18 da Lei n. 8.668/1993, temos que em relação aos rendimentos e ganhos de capital auferidos pelo FII em todas as aplicações financeiras e investimentos imobiliários realizados, ou seja, em suas operações “ordinárias”, a ordem emanada é para se aplicar a isenção de IR sobre os rendimentos e ganhos de capital. Já os rendimentos auferidos pelos investidores (qualquer beneficiário), inclusive pessoa jurídica isenta (ganho do investidor), exceto os cotistas pessoas físicas, desde que cumpridas as condições previstas em seu art. 3º da Lei n. 11.033/2004, estão sujeitos à tributação do ganho de capital na alienação das cotas dos FIIs.

7. A isenção contida no art. 16 da Lei n. 8.668/1993 e os argumentos da PFN para “afastá-la”

Apesar de, em uma primeira análise da previsão contida no art. 16 em confronto com o art. 18 da Lei n. 8.668/1993 chegarmos à conclusão da aplicação da isenção de IR sobre os rendimentos e ganhos de capital auferidos pelo FII em todas as aplicações financeiras e investimentos imobiliários realizados, cumprenos, de maneira breve, analisar alguns argumentos utilizados pela PFN¹⁷ para, supostamente, afastar a isenção.

A PFN aduz que a isenção contida no art. 16 da Lei n. 8.668/1993 somente se referiria aos investimentos permitidos aos FIIs, quando da edição da Lei n. 8.668, em 1993. Por consequência, na medida em que os FIIs somente puderam investir em cotas de outros FIIs com o advento da Instrução CVM n. 472, em 2008, a referida isenção, supostamente, não abarcaria os novos investimentos imobiliários autorizados pela CVM.

O argumento tem como fundamento o entendimento já ultrapassado pela doutrina moderna e pela jurisprudência¹⁸ acerca da natureza jurídica da isenção,

¹⁷ Áudio da sustentação oral proferida no julgamento *Recurso de Apelação n. 5025165-74.2020.4.03.6100*, São Paulo. Tribunal Regional Federal (3ª Região), ocorrido em 17 de agosto de 2022. Disponível em: https://www.trf3.jus.br/documentos/raud/2022-08/3aT_17_08_2022_MT.mp3. Acesso em: 01 out. 2022.

¹⁸ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp n. 1.438.607/RS, Recurso Especial n. 2014/0042116-0. Segunda Turma. Rel. Mauro Campbell Marques. Julgamento: 01.12.2015. A

conforme esclarecido anteriormente, ou seja, para existir a isenção, precisaria, antes disso, existir a hipótese de incidência tributária.

Contudo, admitir a racionalidade do argumento da PFN é desvirtuar o instituto da isenção tributária, o qual impede o exercício da competência tributária na situação prevista na legislação. Neste sentido, cumpre colacionar o entendimento de Regina Helena Costa que, ao diferenciar a isenção da imunidade, conclui:

“[...] Já a isenção tem por fonte a lei, configurando norma impeditiva do exercício dessa mesma competência em determinadas situações.

[...]

Sintetizando o pensamento exposto, [...]; na isenção não ocorre o fato impositivo porque o legislador competente, mediante norma diversa, impediu a atuação da hipótese de incidência em relação a um ou alguns de seus aspectos.”

Assim, tendo o art. 16 da Lei n. 8.668/1993 previsto que os “rendimentos e ganhos de capital auferidos pelos Fundos de Investimento Imobiliário ficam isentos” do IR, excluiu-se da hipótese de incidência tributária os rendimentos auferidos pelos FIIs em aplicações imobiliárias.

Veja-se que, neste caso, a isenção concedida pelo legislador é específica em relação ao sujeito¹⁹ – Fundo de Investimento Imobiliário –, e genérica em relação aos rendimentos e ganhos, assim, a hipótese de incidência do imposto estará impedida de ocorrer, em razão da mutilação do critério pessoal do sujeito passivo²⁰.

Por outro lado, igualmente impugnável o argumento da PFN, uma vez que a lei não estabeleceu qualquer marco para aplicação da isenção prevista pelo art. 16 da Lei n. 8.668/1993, a qual permanece em vigência até os dias atuais. Igualmente, o artigo não isentou qualquer investimento específico, a Lei é clara ao isentar todos “Os rendimentos e ganhos de capital auferidos pelos Fundos de Investimento Imobiliário [...] do Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza.”

Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a).” (Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201400421160&dt_publicacao=09/12/2015. Acesso em: 04 out. 2022)

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp n. 1.423.000/PR, Recurso Especial n. 2013/0399079-8. Primeira Turma. Rel. Gurgel de Faria. Julgamento: 09.11.2021: “Acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso especial e negar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.” Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201303990798&dt_publicacao=09/12/2021. Acesso em: 04 out. 2022.

¹⁹ Cf. MARTINS, Ricardo Lacaz; GALDINO, Guilherme. O Imposto de Renda nas aplicações de Fundo de Investimento Imobiliário (FII) em outro FII. In: LORIA, Daniel Abraham; LAULETTA, Andrea Bazzo (coord.). *Tributação de Fundos de Investimento*. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 391-429.

²⁰ CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 30. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 584.

A corroborar com o racional exposto, temos que, por exemplo, o direito de superfície, que foi reintroduzido no direito brasileiro com a edição do Código Civil de 2002, não estava presente quando da edição do art. 16 da Lei n. 8.668/1993. Contudo, não há qualquer dúvida, nem pelos órgãos fazendários, que os rendimentos e ganhos de capital auferidos pelos Fundos de Investimento Imobiliário em decorrência do investimento em direito de superfície não são tributados.

Analisando a questão posta, o argumento da PFN no sentido de que a isenção contida no art. 16 da Lei n. 8.668/1993 somente se referiria aos investimentos permitidos aos FIIs, quando da edição da Lei n. 8.668, em 1993, serviria para afastar a aplicação do art. 18 e, conseqüentemente, da tributação dos ganhos de capital auferidos pelos FIIs. Isso porque, a expressão “qualquer beneficiário” só foi incluída no art. 18 com a alteração feita pela Lei n. 9.779/1999, levando à conclusão de que a inclusão jamais se teve por escopo incluir nesta disposição os FIIs que alienassem cotas de outros FIIs, pois ainda neste momento sequer era possível o investimento em cotas de outros FIIs.

Ou seja, com exceção das situações em que o FII fosse utilizado como verdadeira empresa imobiliária e nas aplicações financeiras de renda fixa ou de renda variável (investimentos desvinculados do mercado imobiliário), a sistemática dos arts. 16 e 18, naquela época, apenas se prestava para manter a integração total, afastando-se da tributação os rendimentos e ganhos de capital auferidos pelos FIIs e privilegiando a tributação concentrada nos cotistas sobre eventuais ganhos de capital e rendimentos.

O tratamento fiscal privilegiado atribuído a determinados investimentos efetuados via Fundos Imobiliários é objetivo do legislador que atribui a eles isenção. Assim, um fundo que investe em imóveis para a renda é isento, um fundo que investe em imóveis para a venda também é isento, um fundo que investe em CRIs e LCIs tem o mesmo tratamento. Por qual razão um fundo que investe em outros fundos imobiliários seria tributado?

A resposta, como acima exposto, é que não há razão jurídica ou econômica que justifique a tributação, não se mostrando possível outra conclusão senão a de que a isenção de IR sobre ganhos auferidos por um FII na alienação de cotas de outro FII também se justifica de uma interpretação da regra da isenção de IR sobre ganhos auferidos por carteiras de fundos em geral.

Outro argumento utilizado pela PFN é que, com o advento do art. 16-A da Lei n. 8.668/1993, teria havido verdadeira alteração ao quanto disposto pelo art. 16, *caput*, do mesmo diploma legal.

Ocorre que, como visto, o art. 16-A somente dispõe sobre a incidência de IR-Fonte sobre rendimentos e ganhos líquidos auferidos por FIIs, sendo que o § 1º deste artigo, de fato, isentou os rendimentos distribuídos por FIIs a outros FIIs, conforme reconhecido pela RFB, por meio da Solução de Consulta n. 181/2014.

E não poderia ser diferente, na medida em que o art. 16 versa sobre isenção de IR “Próprio” sobre os rendimentos e ganhos de capital auferidos por FIIs, ao

passo que o art. 16-A versa sobre tributação de IR-Fonte sobre os rendimentos e ganhos líquidos auferidos por FIIs, por meio de investimentos em renda fixa ou renda variável, com exceção dos investimentos em LHs, CRIs, LCIs, quotas de Fiagro e quotas de FIIs (art. 16-A, § 1º, da Lei n. 8.668/1993).

O teor do art. 16-A, *caput*, excepciona à regra da isenção contida no art. 16, ambos da Lei n. 8.668/1993, para os demais FIIs, sujeitando-os ao mesmo regime tributário das pessoas jurídicas, mas somente quanto ao IR-Fonte em aplicações financeiras de renda fixa ou de renda variável. E em ato seguinte, a Lei n. 12.024/2009 adicionou o § 1º ao art. 16-A da Lei n. 8.668/1993, para instituir isenção do IR-Fonte previsto no *caput* do art. 16-A, quanto às aplicações efetuadas pelos FIIs nos ativos de que tratam os incisos II e III do art. 3º da Lei n. 11.033/2004.

Portanto, que se considerasse que o art. 16-A, eventualmente, revogou a isenção contida no art. 16 da Lei n. 8.668/1993, a conclusão que chegaríamos é pela ausência de tributação do rendimento e ganhos líquidos auferidos pelos FIIs com a venda de cotas de outros FIIs, tendo em vista a isenção contida no § 1º do art. 16-A, conforme amplamente demonstrado em tópico próprio, e não o argumento no sentido de que poderia se tributar o FII nos termos do citado dispositivo.

Neste argumento, cumpre esclarecer que o entendimento da PFN não está abalizado com as manifestações da RFB, pois, como visto, por meio da Solução de Consulta Cosit n. 181/2014, na qual concluiu que “os incisos II e III do art. 3º da Lei n. 11.033, de 2004, estabelecem isenção sobre a ‘remuneração produzida’ (inciso II) e os ‘rendimentos distribuídos’ (inciso III) relativos aos ativos que mencionam”, razão por que “não se pode, *prima facie*, afastar do alcance da não incidência na fonte do § 1º do art. 16-A da Lei nº 8.668, de 1993, os ganhos líquidos decorrentes do resgate ou alienação de quotas desses ativos, uma vez que o *caput* do art. 16-A menciona também os ganhos líquidos”.

Por fim, merece melhor análise o argumento da PFN no sentido de que a pretensão dos FIIs seria criar uma cadeia de investimentos, em que um FII investirá em outro FII que também investirá em outro FII e assim por diante, a qual teria por condão nunca se chegar ao momento da tributação.

O argumento, contudo, desconsidera a ordem legal dirigida ao administrador, contida no parágrafo único do art. 10 da Lei n. 8.668/1993, o qual prevê a distribuição semestral obrigatória de, no mínimo, 95% dos lucros auferidos pelo FII aos seus cotistas. Assim, é impossível evitar o alegado “momento da tributação”, uma vez que, distribuídos os lucros auferidos pelo FII, o imposto será retido na fonte, nos termos do art. 17 da Lei n. 8.668/1993, com exceção das pessoas físicas não estrangeiras (art. 3º da Lei n. 11.033/2004).

8. Conclusão

Com o presente artigo, buscou-se analisar, sem pretender esgotar a discussão, as regras de não tributação pelo IR e pelo IRRF nos rendimentos e ganhos de capital auferidos por um FII na venda de cotas de outros FIIs, por meio da

análise do contexto normativo que envolve a legislação referente à tributação dos Fundos de Investimento Imobiliário, em confronto com as regras de aplicação e interpretação do direito tributário, em especial a natureza da norma isentiva contida nos arts. 16, 16-A, § 1º, da Lei n. 8.668/1993.

Com relação à isenção do Imposto de Renda Retido na Fonte, atualmente não há grandes divergências, na medida em que o disposto no art. 16-A, § 1º, da Lei n. 8.668/1993 *c/c* o art. 3º, inciso III, da Lei n. 11.033/2004 não deixa margem a outra interpretação que não a isenção do IRRF. Neste sentido, a RFB, por meio da Solução de Consulta RFB/Cosit n. 181/2014, já se manifestou confirmando o entendimento acerca da aplicação da isenção de IRRF nas aplicações efetuadas pelos FIIs nos ativos de que tratam os incisos II e III do art. 3º da Lei n. 11.033.

Com relação à isenção de Imposto de Renda “Próprio” sobre os ganhos auferidos por FIIs por meio da alienação de cotas de outros FIIs, pretendeu evidenciar que a isenção contida no art. 16 é direcionada às rendas auferidas pelos FIIs em aplicações imobiliárias, impedindo a incidência da hipótese tributária, de modo que o art. 18, também da Lei n. 8.668/1993, jamais poderia ser utilizado para tributação dos FIIs nas operações de FOF, uma vez que o FII não pode ser enquadrado no conceito de beneficiário previsto neste último dispositivo, tendo em vista que os verdadeiros beneficiários dos Fundos de Investimento são os cotistas.

9. Bibliografia

- BARONI, Marcos; BASTOS, Danilo. *Guia Suno Fundos Imobiliários: introdução sobre investimentos seguros e rentáveis*. 1. ed. São Paulo: Vivalendo, 2020.
- BIFANO, Elidie Palma; e FAJERSZTAJN, Bruno. Integralização de bens em Fundos de Investimento Imobiliário e a realização de ganho de capital por aporte a valor de mercado”. In: FARIA, Renato Vilela; CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e (coord.). *Operações imobiliárias: estruturação e tributação*. São Paulo: Saraiva, 2016.
- BORGES, José Souto Maior. *Teoria geral da isenção tributária*. 3. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2007.
- BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp n. 1.438.607/RS, Recurso Especial n. 2014/0042116-0. Segunda Turma. Rel. Mauro Campbell Marques. Julgamento: 01.12.2015.
- BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp n. 1.423.000/PR, Recurso Especial n. 2013/0399079-8. Primeira Turma. Rel. Gurgel de Faria. Julgamento: 09.11.2021.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 30. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

- COSTA, Regina Helena. *Curso de direito tributário*. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- EIZIRIK, Nelson *et al.* *Mercado de capitais: regime jurídico*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Quartier Latin, 2019.
- MARTINS, Ricardo Lacaz. *Tributação da renda imobiliária*. São Paulo: Quartier Latin, 2011.
- MARTINS, Ricardo Lacaz; GALDINO, Guilherme. O Imposto de Renda nas aplicações de Fundo de Investimento Imobiliário (FII) em outro FII. In: LORRIA, Daniel Abraham; LAULETTA, Andrea Bazzo (coord.). *Tributação de Fundos de Investimento*. São Paulo: Quartier Latin, 2022.
- RFB – RECEITA FEDERAL DO BRASIL. Solução de Consulta Cosit n. 181, de 25 de junho de 2014. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 4 de julho de 2014, seção 1, p. 82. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=53794>. Acesso em: 04 out. 2022.
- SCHOUERI, Luís Eduardo; GALDINO, Guilherme. A isenção técnica do Imposto de Renda nos Fundos de Investimento Imobiliário (FIIs) e os ganhos de capital na alienação de quotas de outros FIIs. *Revista Direito Tributário Atual* v. 51. São Paulo: IBDT, 2022.
- SOUSA, Rubens Gomes de. *Compêndio de legislação tributária*. Ed. póstuma. São Paulo: Resenha Tributária, 1981.

