



REFLEXÕES ACERCA DA TRIBUTAÇÃO DOS FUNDOS DE INVESTIMENTO PELA SISTEMÁTICA “COME-COTAS”*

REFLECTIONS REGARDING THE “COME-COTAS” INCOME TAX WITHHOLDING METHOD

Artur Rodrigues Lima Teles**
Yann Santos Teixeira***

Resumo: O presente artigo visa refletir sobre a sistemática do “come-cotas”, uma vez que o Legislativo, corroborado pelo Poder Executivo, objetiva expandi-la inclusive aos fundos de investimento fechados, de modo que necessário aferir sua consonância com o ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-Chave: Fundo de investimento; Conceito constitucional de renda; “Come-cotas”.

Abstract: The text aim to reflect on a particular income tax withholding method named “*come-cotas*”, which is applicable to investment funds in Brazil, because currently the Brazilian Federal Parliament and Executive intend to expand its use even for closed-end funds.

Keywords: Investment fund; Constitutional concept of income; “*Come-cotas*”.

INTRODUÇÃO

A contemporaneidade e suas respectivas instituições, na linha do que acontece com todas as épocas sociais, assemelha-se e se distancia dos períodos que lhe antecederam¹. Não obstante, entre as características marcantes que a modernidade² impõe, observa-se que as normas sociais que regulam a sociedade se apresentam como *normas jurídicas positivadas*³ – relegando a moral papel

¹ A respeito das características fundantes do período atual: HABERMAS, Jürgen. **O discurso filosófico da modernidade**. Tradução: Ana Maria Bernardo, José Rui Meirelles Pereira, Manuel José Simões Loureiro, Maria Antónia Espadinha Soares, Maria Helena Rodrigues Carvalho, Maria Leopoldina de Almeida e Sara Cabral Seruya. Lisboa: Dom Quixote, 1985.

² Para fins deste artigo, os termos “contemporaneidade” e “modernidade”, assim como expressões deles decorrentes, serão utilizados como sinônimos.

³ HABERMAS, Jürgen. **Comentários à ética do discurso**. Tradução: Gilda Lopes Encarnação. Lisboa: Instituto Piaget, 1991, p. 29; HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade, volume I. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 146-147.

*Artigo submetido em 23 ago. 2018 e aceito para publicação em 22 out. 2018. Publicado em 19.12.2018.

** Graduando em Direito pelo Centro Universitário de Brasília, Distrito Federal, Brasil.

*** Advogado, Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília, com formação complementada por programa de graduação sanduíche na Justus-Liebig Universität Gießen, Alemanha, Brasília, Distrito Federal, Brasil.

✉ yann.teixeira@globo.com

complementar (especialmente na formação cognitiva dos indivíduos)⁴, uma vez que lhe faltam condições de transpor suas expectativas a toda comunidade⁵.

Nesse sentido, o núcleo diretivo do agir estatal não configura determinada apreensão daquilo que configura moral ou justo aos olhos do governante, pelo contrário, a atividade estatal é mediada pela Constituição⁶, que configura tanto a baliza de validade quanto interpretativa das normas sociais⁷.

Portanto, o parâmetro de atuação – seja legislativo, seja executivo – será sempre o texto constitucional, conforme elucidou o ministro Celso de Mello⁸:

Nesse contexto, em que a autoridade normativa da Constituição assume decisivo poder de ordenação e de conformação da atividade estatal - que nela passa a ter o fundamento de sua própria existência, validade e eficácia -, nenhum ato de Governo (Legislativo, Executivo e Judiciário) poderá contrariar-lhe os princípios ou transgredir-lhe os preceitos, sob pena de o comportamento dos órgãos do Estado incidir em absoluta desvalia jurídica.

Diante desse panorama, a arrecadação tributária, que configura a principal fonte de custeio do Estado contemporâneo, é balizada pela Constituição Federal de 1988 (CF/1988) que funda o Sistema Tributário Nacional, estabelecendo os poderes e respectivos limites à atividade fazendária.

Assim, qualquer que seja a atividade privada em que o Estado almeja recair a tributação, deverá a atuação da Administração Pública examinar a consonância dos preceitos que visa estabelecer com os dispositivos constitucionais – inclusive em se tratando dos negócios jurídicos no âmbito do mercado de capitais⁹, em que se transacionam ativos, gerando ganhos e perdas de moeda para os agentes econômicos¹⁰ que neles operam.

⁴ Na sociedade moderna, a moral baliza em que medida é possível a formação racional normativa, enquanto o direito garante a forma de institucionalização normativa legítima. HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade, volume I. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 145-147; HABERMAS, Jürgen. Sobre a coesão interna entre Estado de direito e democracia. Tradução: Paulo Astor Soethe. In: HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro: estudos de teoria política**. São Paulo: Edições Loyola, 2002, p. 289.

⁵ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade, volume I. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 150-153; HABERMAS, Jürgen. Sobre a coesão interna entre Estado de direito e democracia. Tradução: Paulo Astor Soethe. In: HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro: estudos de teoria política**. São Paulo: Edições Loyola, 2002, p. 289-290.

⁶ Importante lembrar do magistério do ministro Eros Grau, o qual aclara que a interpretação pressupõe a Constituição enquanto corpo sistemático, de modo que não se pode interpretar seus dispositivos de forma isolada, mas sim como um todo. GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 161.

⁷ TEIXEIRA, Tiago Conde; TEIXEIRA, Yann Santos. O parágrafo único do art. 116 do Código Tributário Nacional e sua natureza jurídica. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Sacha Calmon Navarro (Coord.). **Direito tributário contemporâneo**: 50 anos do Código Tributário Nacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 2215 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 17/04/2001, publicado em DJ 26/04/2001 PP-00004 RTJ VOL-00200-03 PP-01404.

⁹ A distinção entre as expressões “mercado financeiro” e “mercado de capitais” é tênue e foge do escopo deste estudo, sendo até mesmo discutível sua pertinência, vez que ambos integram o Sistema Financeiro Nacional. Inobstante, para maiores considerações a respeito, é ver: ARAÚJO, Danilo Borges dos Santos Gomes de. Mercado de capitais: definição, funções, objetivos e histórico da regulação brasileira. In: ARAÚJO, Danilo Borges dos Santos Gomes de (organizador). **Regulação brasileira do mercado de capitais**. São Paulo: Saraiva, 2015.

¹⁰ De acordo com Elidie Palma Bifano, são agente econômicos envolvidos no mercado financeiro os investidores, as instituições financeiras, a bolsa de valores e mercadorias, as entidades de previdência privada e as seguradoras e o Estado,

Nesse contexto – considerando as recentes propostas de alteração do regime de imposto de renda aplicável aos fundos de investimento (FI) externadas na Medida Provisória nº 806, de 30 de outubro de 2017, e no Projeto de Lei do Senado nº 336, de 11 de julho de 2018 – o presente estudo visa investigar, à luz da CF/1988, a sistemática comumente chamada de “come-cotas”, que configura a regra aplicável aos distintos fundos no país¹¹.

Para tanto, iniciar-se-á pelo exame do critério material de incidência tributária do imposto de renda, seguindo pela apresentação das características dos fundos de investimentos e do respectivo regime tributário aplicável para, ao final, verificar a compatibilidade da sistemática do “come-cotas” aos fundos de investimentos, abertos e fechados.

1 O CONCEITO DE RENDA NO DIREITO BRASILEIRO

A expressão “renda” é utilizada pela Constituição em diversas oportunidades, em acepções não coincidentes. Contudo, interessa-nos, sobretudo, examinar o art. 153, III, vez que relacionado à respectiva competência tributária da União para instituir imposto sobre **renda e proventos de qualquer natureza**.

A par das diferenças que são inevitáveis em qualquer ramo do conhecimento, há pontos incontroversos na doutrina¹² e jurisprudência nacional sobre o sentido da expressão normativa *renda e proventos de qualquer natureza*, disposta no texto constitucional. Nesse sentido, *renda*¹³ configura a parcela de riqueza *acrescida* ao patrimônio do titular que este pode *dispor* sem prejudicar seu capital¹⁴.

É o que se observa, por exemplo, no entendimento do Supremo Tribunal Federal. No julgamento do RE 117.887/SP¹⁵, precedente reiteradamente utilizado pela Corte ao examinar

representado por órgãos públicos reguladores. BIFANO, Elidie Palma. **O mercado financeiro e o imposto sobre a renda**. 2 ed. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 109 a 112.

¹¹ Aponta-se que há regimes específicos para demais fundos de investimentos na legislação fiscal brasileira, cite-se, por exemplo, os seguintes: (i) imobiliários e (ii) ações.

¹² Mesmo Rubens Gomes de Sousa, que sustentava que o conceito de renda decorreria diretamente da definição prevista em lei (até porque balizado em regime constitucional diverso do atual), era expresso ao apontar que renda se distinguia de capital, sendo a primeira definida pela aquisição de disponibilidade econômica. SOUSA, Rubens Gomes de. O fato gerador no imposto de renda. In: **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 12, p. 32-58, abr. 1948.

¹³ Para fins do presente artigo, serão tratados indistintamente os termos renda e provento, haja vista a estrita semelhança entre ambos, em que parte da doutrina os consideram, inclusive, sinônimos entre si, sob o enfoque da Constituição e a outra parcela dos doutrinadores os diferem apenas no sentido de que provento abrange os acréscimos patrimoniais não contidos no conceito de renda – é ver, respectivamente: AMARO, Luciano. Imposto de Renda: Regime Jurídico. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Curso de Direito Tributário**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 395 e 396; MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 37 ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 320 e 321.

¹⁴ DERZI, Misabel Abreu Machado. **Os conceitos de Renda e de Patrimônio (efeitos da correção monetária insuficiente no imposto de renda)**. Del Rey: Belo Horizonte, 1992, p. 17.

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 117887, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 11/02/1993, DJ 23-04-1993 PP-06923 EMENT VOL-01700-05 PP-00786 RTJ VOL-00150-02 PP-00578.

discussões relativas ao imposto de renda, restou decidido, na linha do voto do ministro relator, que renda, para fins fiscais, pressupõe o efetivo acréscimo patrimonial, de modo que o ministro Carlos Velloso assim se pronunciou: “não me parece possível a afirmativa no sentido de que possa existir renda ou provento sem que haja acréscimo patrimonial”.

Percebe-se, portanto, que a noção de livre disponibilidade é determinante para a conceituação de renda tributável, isso porque somente configura fato gerador do imposto a renda passível de apropriação privada, de que tenha livre disponibilidade o seu titular – do contrário se trataria de imposto sobre o patrimônio, e não sobre a renda e proventos de qualquer natureza.

Assim, do texto constitucional (art. 153, III) é possível, portanto, inferir o conceito de renda, que ganha maior nível de detalhamento e concretude quando articulado com as disposições do Código Tributário Nacional (lei complementar *ratione materiae*, a teor do art. 146), que define o fato gerador e a base de cálculo do imposto de renda em seus arts. 43 e 44 – vejamos:

| Fato Gerador – art. 43 do CTN | Base de Cálculo – art. 44 do CTN |
|---|---|
| <p>Art. 43. O imposto, de competência da União, sobre a renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica:</p> <p>I - de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos;</p> <p>II - de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior.</p> <p>§ 1º A incidência do imposto independe da denominação da receita ou do rendimento, da localização, condição jurídica ou nacionalidade da fonte, da origem e da forma de percepção. (Incluído pela Lcp nº 104, de 2001)</p> <p>§ 2º Na hipótese de receita ou de rendimento oriundos do exterior, a lei estabelecerá as condições e o momento em que se dará sua disponibilidade, para fins de incidência do imposto referido neste artigo. (Incluído pela Lcp nº 104, de 2001)</p> | <p>Art. 44. A base de cálculo do imposto é o montante, real, arbitrado ou presumido, da renda ou dos proventos tributáveis.</p> |

Do exame da Constituição e do CTN, apreende-se qualidades inerentes ao conceito de renda, quais sejam: (i) configura *acrécimo* patrimonial, não confundindo com mero ingresso financeiro, (ii) *disponível* ao sujeito ativo.

Importante apontar que o termo *disponível* encontra respaldo originariamente no Código Civil, quando considera o direito de propriedade como reflexo das prerrogativas de usar, gozar e dispor.

Ou seja, a mera existência de acréscimo, representado pelo saldo positivo dos ingressos subtraídos das despesas¹⁶, não perfectibiliza a hipótese de incidência fiscal, nos termos da Constituição e do Códex. Inobstante, a renda tem de ser *realizada*, na medida em que está *disponível* ao contribuinte. Nesse sentido, Aliomar Baleeiro¹⁷ esclarece essa interdependência:

Assim, a realização do excedente, na pessoa física, ou a realização do lucro, na pessoa jurídica, quer se defina o fenômeno como fluxo, ou como acréscimo patrimonial, é requisito essencial e necessário do conceito de renda. A realização, enfim, é pressuposto essencial da disponibilidade econômica ou jurídica. Sem realização, haverá mera expectativa; sem realização, impossível será a disponibilidade.

Desse modo, a realização da renda reproduz os pressupostos basilares dos pressupostos de incidência tributária, isto é: efetiva percepção da renda representada por sua livre disponibilidade.

Outrossim, é o posicionamento da doutrina majoritária¹⁸, em que entende que a realização da renda configura elemento subjacente ao conceito de renda estabelecido pela Constituição e pelo CTN.

Renda, portanto, configura conceito que pressupõe características que, caso não presentes, inexistente competência tributária para instituir ou exigir exação. Em relação à inter-relação dos atributos que compõem a definição de renda, as lições de Elidie Palma Bifano¹⁹ são elucidativas:

Parece certo que o princípio da realização da renda permite a aplicação de um conceito de renda como acréscimo efetivamente disponibilizado, na medida em que a riqueza que ao patrimônio do contribuinte aderiu é representada, em última análise, por dinheiro ou bem que a ele equivalha e a propriedade do dinheiro é, também, como já analisado, sob todos os pontos de vista, o símbolo da riqueza e o instrumento fundamental das trocas no mundo e das operações que povoam o mercado financeiro. Quem dispõe de dinheiro, de fato, pode contribuir para o IR, pois dispõe de riqueza.

Com isso, inexistente tributação de *renda potencial*, consubstanciada na expectativa de rendimento, uma vez que o imposto de renda se volta ao momento em que o provento se desloca ao patrimônio do sujeito passivo.

Portanto, não pode o legislador ordinário, ao exercer a competência para instituir e cobrar o IRPJ e a CSLL, tributar receita, faturamento, patrimônio ou o próprio capital – *qualquer que seja sua justificativa*. Ademais, mesmo que se entendesse que a competência tributária disposta no art. 153 da Constituição estabeleceria liberdade ao legislador ordinário para criar exigências fiscais sobre

¹⁶ DERZI, Misabel Abreu Machado. Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do; PORTELLA, André (Coords). **Comentários ao Código Tributário Nacional**. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 94.

¹⁷ BALEEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro**. 11 ed. Atualizada por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 304.

¹⁸ Nesse sentir: CARRAZZA, Roque Antônio. **Imposto sobre a renda: perfil constitucional e temas específicos**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 40 e 41; OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. **Fundamentos do imposto de renda**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 238; PEDREIRA, José Luiz Bulhões. **Imposto sobre a renda: pessoas jurídicas**. Rio de Janeiro: Justec, 1979, p. 279.

¹⁹ BIFANO, Elidie Palma. **O mercado financeiro e o imposto sobre a renda**. 2 ed. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 131 e 132.

o patrimônio do contribuinte, aponta-se que as referidas exações estariam, ainda assim, eivadas de inconstitucionalidade por violar o princípio da capacidade contributiva (art. 145, § 1º, da CF/1988). Isso porque o princípio configura fundamento normativo do Sistema Tributário Nacional – esta é inclusive a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (*e.g.* RE 601.314/SP²⁰, ADI 4.697/DF²¹) – limitando, assim, qualquer tentativa estatal (seja via Legislativo ou Executivo) em tributar situações que não representam efetiva capacidade contributiva do sujeito passivo.

Por fim, importante ressaltar que em nenhum momento foram apontadas distinções entre a tributação incidente sobre a pessoa física ou jurídica, porquanto o que se examina é o conceito de renda disposto na Constituição e na Lei Complementar que o detalha, e não especificidades dos regimes fiscais entre indivíduos e entidades. Isso porque – em que pese os regimes contábeis serem, em regra, de caixa²² e de competência²³, respectivamente – a hipótese de incidência é a mesma, isto é, *o acréscimo patrimonial disponível efetivamente ao contribuinte*.

2 PANORAMA GERAL DOS FUNDOS DE INVESTIMENTO

Os fundos de investimento (FI) configuram a comunhão de recursos destinados a aplicação em ativos financeiros, cuja carteira se pauta conforme estabelece seu regulamento, em que poupadores se submetem à administração de entidade especializada para a aplicação dos recursos.²⁴

Os fundos foram instituídos pela Lei nº 4.728/1965, que objetivou disciplinar o mercado de capitais brasileiro, e estabeleceu que aqueles configurariam espécie de condomínio, dividido por cotas, as quais configuram frações ideais de seu patrimônio. Isto é, o cotista não é proprietário direto dos ativos do fundo, mas configura condômino do patrimônio do FI enquanto proprietário das respectivas *cotas*, que configuram, a teor do art. 2º, da Lei 6.385/1976, valores mobiliários sujeitos à regulamentação e fiscalização da Comissão de Valores Mobiliários (CVM).

Saliente-se que a discussão relativa à natureza jurídica dos fundos de investimento é acalorada na doutrina²⁵, uma vez que a tradição legislativa brasileira tem firmado que configuram

²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 601314, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 24/02/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-198 DIVULG 15-09-2016 PUBLIC 16-09-2016.

²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4697, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 06/10/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-063 DIVULG 29-03-2017 PUBLIC 30-03-2017.

²² Art. 2º da Lei nº 8.134/1990.

²³ Art. 6º do Decreto-Lei nº 1.598/1977, combinado com o art. 177 da Lei nº 6.404/1976.

²⁴ BIFANO, Elidie Palma. **O mercado financeiro e o imposto sobre a renda**. 2 ed. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 305-306; GROSS NETO, Estevão. Fundos de investimento de renda fixa - tributação e aspectos controvertidos. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga (Coord.). **O Direito tributário e o mercado financeiro e de capitais**. São Paulo: Dialética, 2009, p. 148-149; LOPES, Alexandro Broedel; GALDI, Fernando Caio; LIMA, Iran Siqueira. **Manual de contabilidade e tributação de instrumentos financeiros e derivativos**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 38.

²⁵ Para todos, indica-se Alexandre Sansone Pacheco, em que além de criticar a natureza condominial, aponta que são sociedades não personificadas, com regramento especial. PACHECO, Alexandre Sansone. Responsabilidade tributária

condomínios, enquanto estudiosos suscitam o equívoco e, até mesmo, natureza distinta aos referidos. Entretanto, em que pese a referida discussão não ser diretamente objeto do presente estudo, entende-se relevante apontar que, a nosso ver, os fundos são espécie de condomínio – ainda que distinto da forma prevista no art. 1314 do Código Civil – em que os ativos de propriedade do fundo permanecem sob a propriedade fiduciária da instituição administradora, sem que o fundo configure efetivamente uma entidade autônoma, mas, na realidade, *uma comunhão de recursos indivisível em que o investidor possui cota ideal do patrimônio, de natureza de valor mobiliário*.

Além disso, nos termos da IN CVM nº 555/2014, que regulamenta os fundos de investimento, os FI podem ser *abertos* ou *fechados*, isto é, suas cotas podem ser objeto de resgate ou não antes do seu término de duração – vejamos o art. 4º da referida Instrução Normativa:

Art. 4º O fundo pode ser constituído sob a forma de condomínio aberto, em que os cotistas podem solicitar o resgate de suas cotas conforme estabelecido em seu regulamento, ou fechado, em que as cotas somente são resgatadas ao término do prazo de duração do fundo.

Contudo, a característica de o fundo ser fechado não implica admitir que há apenas um investidor no respectivo FI, pelo contrário, os fundos que possuem apenas um investidor, a teor do art. 130 da IN CVM 555/2014, levam o nome de *fundos exclusivos*, sendo que inexistente qualquer impedimento para a sua constituição.

A par do exposto, excluindo-se hipóteses específicas, notadamente normas antievasivas²⁶ dispostas na legislação (*e.g.* art. 2º da Lei nº 9.779/1999), as carteiras dos fundos de investimento não sofrem tributação (art. 68 da Lei nº 8.981/1995, art. 28, § 10, da Lei nº 9.532/1997), recaindo a cobrança fiscal apenas em relação aos investidores do fundo.

Ademais, ainda em relação a características essenciais dos fundos, tem-se de apontar que, por força da IN CVM nº 438/2006 e do art. 11 da IN CVM nº 555/2014, os valores das cotas são definidos diariamente a partir da divisão do patrimônio líquido do fundo pelas frações ideais, sendo alcançado pela chamada Marcação a Mercado (MaM) em que os preços dos ativos são obtidos através do seu respectivo valor de mercado. Assim, considerando que é inerente ao mercado de capitais a

dos administradores de fundos de investimento. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga (Coord.). **O Direito tributário e o mercado financeiro e de capitais**: 2º volume. São Paulo: Dialética, 2010.

²⁶ Sobre o conceito de elisão e sua distinção em face de evasão, vejamos o Glossário da *International Bureau of Fiscal Documentation*:

“Tax avoidance. This term is used to denote the reduction of tax liability by legal means. It often has pejorative overtones, where for example it is used to describe avoidance achieved by artificial arrangements of personal or business affairs to take advantage of loop- holes, anomalies or other deficiencies of tax law. (...). In contrast with avoidance, tax evasion is the reduction of tax by illegal means.”

“Tax evasion. The term applied to the avoidance of tax by unlawful means, including the omission of taxable income or transactions from tax declarations, or the reduction of the amount properly due by fraudulent misstatement or misrepresentation.” IBFD. **International Tax Glossary**. Amsterdam: IBFD, 1988, p. 22 e 101.

oscilação de preços, a MaM possibilita o acompanhamento cotidiano dos cotistas em relação ao seu investimento.

Por fim, considerando o objeto do presente estudo, aponta-se as principais espécies de fundos de investimento, indicando a modalidade que devem ser constituídos (abertos ou fechados), assim como o regime fiscal a eles aplicável (geral ou específico).

| FI | ABERTO | FECHADO | LEGISLAÇÃO | |
|--|--------|---------|--------------------------------|--|
| | | | CVM | Fiscal |
| FIX – Fundos de Renda Fixa | ✓ | ✓ | Art. 109 da IN CVM nº 555/2014 | Geral – art. 68 da Lei nº 8.981/1995, art. 28 da Lei nº 9.532/1997, art. 6º da MP nº 2.189-49/2001, art. 3º da Lei nº 10.892/2004, art. 1º da Lei nº 11.033/2004, art. 6º da Lei nº 11.053/2004. |
| FIA – Fundos de Ações | ✓ | ✓ | Art. 115 da IN CVM nº 555/2014 | Específico – art. 28, § 6º, da Lei nº 9.532, art. 2º da MP nº 2.189-49/2001, art. 1º, § 3º, I, da Lei nº 11.033/2004. |
| FIC – Fundos Cambiais | ✓ | ✓ | Art. 116 da IN CVM nº 555/2014 | Geral – art. 68 da Lei nº 8.981/1995, art. 28 da Lei nº 9.532/1997, art. 6º da MP nº 2.189-49/2001, art. 3º da Lei nº 10.892/2004, art. 1º da Lei nº 11.033/2004, art. 6º da Lei nº 11.053/2004. |
| FIM – Fundos Multimercado | ✓ | ✓ | Art. 116 da IN CVM nº 555/2014 | Geral – art. 68 da Lei nº 8.981/1995, art. 28 da Lei nº 9.532/1997, art. 6º da MP nº 2.189-49/2001, art. 3º da Lei nº 10.892/2004, art. 1º da Lei nº 11.033/2004, art. 6º da Lei nº 11.053/2004. |
| FII – Fundo de Investimento Imobiliário | × | ✓ | Art. 2º da IN CVM nº 472/2008 | Específico – Lei nº 8.668/1993. |
| FIP – Fundo de Investimento em Participações | × | ✓ | Art. 5º da IN CVM nº 578/2016 | Específico – Lei nº 11.312/2006. |

3 A SISTEMÁTICA DE TRIBUTAÇÃO DENOMINADA “COME-COTAS”

A legislação fiscal no campo de atuação sobre os fundos de investimento se mostra historicamente inquieta e objeto de reiteradas alterações, fruto, provavelmente, tanto da natureza jurídica *sui generis* que podemos avistar, bem como especialmente da representação econômica do segmento, que já superou a marca de quatro trilhões de reais²⁷. Assim, após traçados as principais

²⁷ AMBIMA. Boletim de fundos de investimento. Fundos registram captação recorde no terceiro trimestre. Disponível em: <http://www.anbima.com.br/pt_br/informar/relatorios/fundos-de-investimento/boletim-de-fundos-de-investimentos/fundos-registram-captacao-recorde-no-terceiro-trimestre.htm> Acesso em: 14 de agosto de 2018.

características dos fundos de investimentos no tópico anterior, examina-se a regra geral de retenção do imposto de renda aplicável aos fundos de investimentos, denominada, por sua vez, de “come-cotas”.

A retenção do imposto de renda configura simples comodidade ou facilidade de arrecadação e controle, podendo o legislador, a teor do art. 45 do CTN, estabelecer a responsabilidade da fonte pagadora da renda de reter valor correspondente ao imposto do sujeito passivo, que configura o efetivo contribuinte da exação.²⁸ Na vigência da Lei nº 8.981/1995, a retenção do imposto de renda ocorria tão somente no resgate da aplicação, sendo, nos termos do art. 76, antecipação do imposto devido pela pessoa jurídica e definitivo no caso de pessoa física²⁹.

Nesse contexto, o regime geral de retenção antecipada do imposto de renda no âmbito dos fundos de investimento foi primeiramente instituído pelo art. 28 da Lei nº 9.532/1997, que estabeleceu a tributação diária dos fundos de investimentos de renda fixa, qualificados assim todos aqueles cujas carteiras não possuíam 80% dos ativos em renda variável³⁰ ou não submetidos a regramento especial (*ex vi* fundos de investimento imobiliário). Observe-se, portanto, que a classificação fiscal dos fundos de investimento não equivale à regulação estabelecida pela CVM, estando igualmente abarcados na expressão *fundos de investimento de renda fixa*, para fins de imposto de renda, por exemplo, os fundos cambiais, multimercado e cujas carteiras detivessem participação de ações inferiores a 80%.

Inobstante, a regra estabelecida pelo referido dispositivo não chegou a ser aplicada, uma vez que a MP nº 1636/1997 adiou a aplicação do art. 28 da Lei nº 9.532/1997 para apenas o segundo semestre de 1998. Assim, nesse ínterim, aplicável o regramento do art. 65 da Lei nº 8.981/1995, que determinava a incidência do imposto de renda na fonte apenas quando do resgate da aplicação realizada no fundo.

Ocorre que antes de entrar em vigor a novel regulamentação, em 29 de junho de 1998, o Executivo Federal editou a MP nº 1.680-7, que estabeleceu a retenção mensal de valores a título de imposto de renda sobre os fundos de investimento qualificados como *fundos de renda fixa* pela legislação fiscal. A referida Medida Provisória foi reeditada sucessivamente – época anterior à Emenda Constitucional nº 32/2001, em que vigia a famigerada prática de edição reiterada de medidas com o mesmo conteúdo, afrontando a autonomia do Legislativo – até a publicação da MP nº 2.189-

²⁸ BALEEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro**. 12ª ed. Atualizada por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 449.

²⁹ A referida sistemática de tratar o IR como antecipação do imposto devido para a pessoa jurídica e definitivo à pessoa física foi mantida pelas normas subsequentes.

³⁰ Este parâmetro foi posteriormente reduzido pela MP nº 1.680-7/1998 para sessenta e sete por cento, sendo mantido pelas leis subsequentes.

49/2001, que se manteve vigente por força do art. 2º da citada Emenda Constitucional, com a seguinte redação:

Art. 6º A partir de 1º de janeiro de 1999, a incidência do imposto de renda na fonte sobre os rendimentos auferidos por qualquer beneficiário, inclusive pessoa jurídica isenta e as imunes de que trata o art. 12 da Lei nº 9.532, de 1997, nas aplicações em fundos de investimento, ocorrerá:

I - na data em que se completar cada período de carência para resgate de quotas com rendimento, no caso de fundos sujeitos a essa condição, ressalvado o disposto no inciso II;

II - no último dia útil de cada trimestre-calendário, no caso de fundos com períodos de carência superior a noventa dias;

III - no último dia útil de cada mês, ou no resgate, se ocorrido em outra data, no caso de fundos sem prazo de carência.

§ 1º A base de cálculo do imposto será a diferença positiva entre o valor da quota apurado na data de resgate ou no final de cada período de incidência referido neste artigo e na data da aplicação ou no final do período de incidência anterior, conforme o caso.

§ 2º As perdas apuradas no resgate de quotas poderão ser compensadas com ganhos auferidos em resgates ou incidências posteriores, no mesmo fundo de investimento, de acordo com procedimento a ser definido pela Secretaria da Receita Federal.

Ou seja, em regra, a teor do dispositivo legal acima referido, os fundos de investimentos sujeitam à incidência periódica do imposto de renda, independentemente de ter ocorrido efetivo resgate do fundo, apurando-se, assim, a valorização de mercado que o fundo obteve para deduzir do número de cotas de cada investidor parcela equivalente ao percentual do imposto aplicado à respectiva valorização. Por conseguinte, dada a redução do número de cotas de cada investidor, consubstanciada na forma de *resgate ficto* do investimento em favor do Fisco, a sistemática foi denominada de “come-cotas”.

O regime passou por novas modificações tanto em sua periodicidade quanto nas alíquotas aplicáveis, contudo a sua natureza manteve-se inerte, permanecendo a sistemática de redução das cotas em proporção à valorização que as referidas obtiveram no mercado.

Nesse contexto, primeiro se alterou a periodicidade da retenção a ser realizada pela administradora do fundo, passando a ser promovida semestralmente, nos meses de maio e novembro, por força da MP nº 179/2004 (convertida na Lei nº 10.892/2004). O objetivo, nos termos da exposição de motivos colacionada à Medida Provisória, era minimizar distorções em relação à tributação dos fundos de investimento e demais instrumentos financeiros, aumentando a sua competitividade – veja-se³¹:

Além disso, igualmente no contexto da inserção das contas de investimento como instrumento de equilíbrio, em termos competitivos, entre os instrumentos financeiros colocados à disposição da sociedade, está sendo alterada a periodicidade da cobrança de Imposto de Renda sobre as aplicações em fundos de investimento - de mensal ou trimestral, dependendo do período de carência para resgate de quotas com rendimento, para semestral, no último dia dos meses de maio e de novembro de cada ano, ou no resgate, o que ocorrer primeiro -, de maneira a minimizar distorções verificadas com referência a outros ativos financeiros de renda fixa, cuja incidência do imposto se dá no vencimento.

³¹ BRASIL. Presidência da República. EM Nº 00037/2004 – MF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Exm/EM-37-MF-04.htm> Acesso em: 10 de agosto de 2018.

Outrossim, com o objetivo de melhorar a estrutura do mercado financeiro e promover a poupança de longo prazo, no ano de 2004 foram editadas igualmente as Medidas Provisórias n^{os} 206 e 209, convertidas, respectivamente, nas Leis n^o 11.033/2004 e 11.053/2004, que modificaram as alíquotas aplicáveis às retenções de imposto de renda sobre os fundos de investimento, passando a ser influenciadas pelo prazo dos respectivos investimentos.

Para os fundos cujas carteiras possuem vencimento médio de títulos superior a 365 dias, a legislação os tratou como *fundo de investimento de renda fixa de longo prazo*. A alíquota incidente sobre o investimento realizado, quando do seu resgate, passou a ser proporcional ao tempo da aplicação: (i) 22,5% para aplicação de até 180 dias; (ii) 20%, de 181 até 360 dias; (iii) 17,5%, de 361 até 720 dias; e (iv) 15%, para investimento acima de 720 dias. Relativamente à incidência do imposto a título de come-cotas, esta ocorre mediante a aplicação da alíquota de 15% sobre o rendimento apurado, isto é, a menor potencialmente aplicável ao investimento. Assim, ao final da aplicação, o sujeito passivo deverá recolher imposto complementar caso a valorização patrimonial tributada pelo come-cotas tenha incidido a alíquota ou sobre base inferior.

Noutro plano, aos fundos cujos investimentos têm prazo médio é igual ou inferior a 365 dias, a legislação os definiu como fundos de *curto prazo*, incidindo a alíquota de 22,5% sobre os investimentos realizados nos respectivos fundos resgatados até 180 dias e 20% sobre aqueles com prazo superior a 180 dias. Ainda, a retenção semestral do imposto de renda é realizada a alíquota de 20%, e, no momento do resgate, há eventual aplicação complementar de 2,5% às aplicações financeiras inferiores a 180 dias.

Veja-se que em ambas as classificações (fundos de investimento de curto prazo e fundos de investimento de longo prazo) o ajuste no resgate deverá ser feito sobre a parcela já tributada anteriormente pelo come-cotas, uma vez que, se forem percebidas valorizações patrimoniais além daquela atingida no evento da antecipação do imposto, sobre estas incidirá a alíquota total variável pelo prazo do investimento, nos moldes apontados. Para a melhor visualização da tributação dos fundos de investimento conforme sua classificação, apresenta-se quadro que ilustra as considerações acima despendidas:

| PRAZO | FI DE CURTO PRAZO | | | FI DE LONGO PRAZO | | |
|----------------|-------------------|------------------|----------------|-------------------|------------------|----------------|
| | COME-COTAS | RESGATE (AJUSTE) | ALÍQUOTA TOTAL | COME-COTAS | RESGATE (AJUSTE) | ALÍQUOTA TOTAL |
| < 180 dias | 20% | 22,5% (2,5%) | 22,5% | 15% | 22,5% (7,5%) | 22,5% |
| 181 a 360 dias | 20% | 20% (0%) | 20% | 15% | 20% (5%) | 20% |
| 361 a 720 dias | N/A | N/A | N/A | 15% | 17,5% (2,5%) | 17,5% |
| > 720 dias | N/A | N/A | N/A | 15% | 15% (0%) | 15% |

Saliente-se, ademais, que atualmente a sistemática do come-cotas aplica-se apenas aos fundos de investimentos *abertos*. Isso não ocorre por força de expresso dispositivo legal, pelo contrário da leitura do § 13 do art. 28 da Lei nº 9.532/1997, que instituiu a retenção antecipada do imposto de renda no âmbito dos fundos de investimentos, verifica-se que a sua aplicação foi estendida para qualquer fundo, ainda que não haja resgate de cotas:

Art. 28. A partir de 1º de janeiro de 1998, a incidência do imposto de renda sobre os rendimentos auferidos por qualquer beneficiário, inclusive pessoa jurídica imune ou isenta, nas aplicações em fundos de investimento, constituídos sob qualquer forma, ocorrerá:

(...)

§ 13. O disposto neste artigo aplica-se, também, à parcela dos ativos de renda fixa dos fundos de investimento imobiliário tributados nos termos da Lei nº 8.668, de 1993, e dos demais fundos de investimentos que não tenham resgate de quotas.

O referido dispositivo nunca foi objeto de alteração ou revogação legislativa, inobstante a Receita Federal firmou-se no sentido de que a sistemática do come-cotas, por configurar modalidade de resgate dos investimentos em favor do Fisco, seria inaplicável aos fundos fechados, vez que suas cotas não podem ser objeto de resgate antes do seu término de duração.³²

Nesse contexto, recentemente foram propostas modificações na legislação tributária aplicável aos fundos de investimento: primeiro pela Medida Provisória nº 806/2017, que não foi convertida em lei, e posteriormente pelo Projeto de Lei do Senado nº 336/2018. As redações de ambas são equivalentes – inclusive o Projeto de Lei se refere, em seu art. 5º, a “publicação desta Medida Provisória” – indicando em seus respectivos arts. 3º a *introdução* da sistemática come-cotas aos fundos fechados. Importante registrar que a justificativa presente na MP e no Projeto apontam para supostas distorções na tributação dos referidos fundos, levando a iniquidades – vejamos:

| MP nº 806/2017– EM nº 00117/2017 MF ³³ | PLS nº 336/2018 – Justificativa do Autor da Proposta ³⁴ |
|---|---|
| A presente proposta tem por objetivos reduzir as distorções existentes entre as aplicações em fundos de investimento e aumentar a arrecadação federal por meio da tributação dos rendimentos acumulados pelas carteiras de fundos de investimento constituídos sob a forma de condomínio fechado, | O projeto que ora apresentamos uniformiza, em relação aos demais fundos de investimento, a incidência de imposto de renda sobre os fundos de investimentos constituídos na forma de condomínio fechado. Nunca é demais ressaltar que em termos de justiça tributária o Brasil possui um sistema regressivo. Em outras palavras, a carga tributária sobre os mais pobres é – pasmem – maior que aquela sobre a parcela mais rica da população, conforme o próprio Banco Mundial diagnosticou em relatório publicado no fim do ano passado. Alie-se a isso a óbvia distribuição desigual de renda no País. O relatório da ONU que usa como referência o chamado Índice de Gini aponta que |

³² Nesse sentir: art. 14 da IN SRF nº 25/2001, Solução de Consulta DISIT/SRRF08 nº 106/2008, art. 9º, § 4º, da IN RFB nº 1.585/2015.

³³ BRASIL. Presidência da República. EM nº 00117/2017 MF. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7247956&ts=1528984246013&disposition=inline&ts=1528984246013>> Acesso em: 09 de agosto de 2018.

³⁴ BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado nº 336, de 2018. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7756465&ts=1534170597498&disposition=inline&ts=1534170597498>> Acesso em: 09 de agosto de 2018.

| | |
|---|---|
| <p>os quais se caracterizam pelo pequeno número de cotistas e forte planejamento tributário. (...)</p> <p>O art. 3º estabelece, para as aplicações efetuadas nesses fundos, em relação aos fatos geradores seguintes, regra de apuração e recolhimento semestral, além das regras para as hipóteses de amortização e resgate de cotas. O art. 4º prevê regra para os casos de reorganização dos fundos de investimento e os arts 5º e 6º esclarecem que nos casos específicos ficam mantidas as normas hoje vigentes.</p> | <p>o Brasil ocupa a décima pior posição no ranking da desigualdade, atrás de nações como Ruanda, Congo e Guatemala.</p> <p>Tendo-se em vista essas distorções, normas de direito tributário devem promover não apenas ajustes na arrecadação, mas também devem se pautar pelo objetivo fundamental de nossa República de construir uma sociedade justa e solidária, insculpido no art. 3º, III, da Constituição Federal (CF).</p> <p>Em nosso entendimento, andou bem nesse sentido a Medida Provisória nº 806, de 30 de outubro de 2017. No entanto, referido ato com força de lei perdeu eficácia por decurso de prazo, sem nem mesmo ter sido apreciado pelo plenário da Câmara dos Deputados. E, como bem sabemos, edição de nova MP com a mesma matéria é vedada, a teor do art. 62, § 10, da CF.</p> <p>(...)</p> <p>A regra tributária em vigor prevê a incidência quando o cotista recebe rendimentos por amortização de cotas ou no resgate, apenas. O que propomos é a incidência na fase anterior à amortização ou ao resgate à medida em que os rendimentos são auferidos, tal como ocorre nos fundos de investimento abertos.</p> <p>Os seguintes fundos de investimento constituídos sob a forma de condomínio fechado não estarão sujeitos a cobrança semestral do imposto de renda: Fundos de Investimento Imobiliário, Fundos de Investimento em Direitos Creditórios, Fundos de Investimento em Ações, Fundos de Investimento em Participações e fundos constituídos exclusivamente por investidores não residentes no País ou domiciliados no exterior. Dessa forma, serão afetados pela cobrança semestral do IR, basicamente, os Fundos de Renda Fixa e os Fundos Multimercados constituídos na forma de condomínio fechado.</p> |
|---|---|

Contudo, dois pontos devem ser rememorados: (i) a sistemática do come-cotas configura retenção antecipada do imposto de renda, assim independente de sua aplicação o contribuinte deve apurar imposto quando obter remuneração do fundo ou em qualquer hipótese de resgate, ainda que antecipada; (ii) o imposto de renda incide sobre *acréscimo patrimonial disponível* ao sujeito passivo, e não sobre renda em potencial, qualquer que seja a sua hipótese.

Nesse contexto, em que se almeja ampliar a aplicação da referida sistemática, revela-se necessário reexaminarmos sua compatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro.

4 A SISTEMÁTICA DO COME-COTAS E SUA ADEQUAÇÃO AO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Conforme se observou, a sistemática do come-cotas configura antecipação da retenção do imposto de renda, incidindo independentemente da submissão do sujeito passivo ao imposto sempre que receber efetiva remuneração do fundo, seja em rendimentos distribuídos pelo fundo, seja no próprio resgate das cotas.

Nesse sentido, a Medida Provisória nº 806/2017 e o Projeto de Lei do Senado nº 336/2018 partem de pressuposto equivocado, isto é, a sistemática do come-cotas não configura, ou ao menos

não deveria, a tributação final submetida ao imposto de renda, de modo que a falta de submissão do contribuinte ao regime não implica que inexistirá tributação a ser promovida, pelo contrário esta será realizada sempre que houver transferência de recursos ao sujeito passivo.

Ademais, a sistemática pressupõe que a valorização da cota consubstancia em *acréscimo patrimonial disponível* ao contribuinte, de modo que passível a redução das cotas através de resgate em favor do Fisco Federal a título de antecipação do imposto de renda. Contudo, a premissa é totalmente errônea, uma vez que a valorização do preço da cota observado *nos últimos dias úteis de maio e novembro* não consubstancia qualquer relação com efetivo acréscimo patrimonial em favor do sujeito passivo, senão vejamos.

Os fundos são precificados a valor de mercado, conforme observado anteriormente a teor das Instruções Normativas CVM n^{os} 438/2006 e 555/2014. Ocorre que é inerente ao mercado de capitais a variação dos preços dos ativos. Ora, não são necessários grandes esforços para imaginarmos que a partir de acontecimentos corriqueiros em nossa sociedade – tais como, por exemplo, a divulgação de pesquisa eleitoral, declaração de suposta disputa comercial entre países – têm o condão de modificar enormemente as expectativas do mercado.

Imaginemos, por exemplo, duas situações, ambas submetidas à sistemática do come-cotas: (i) fundo de longo prazo cuja carteira se volta para investimentos de renda fixa pré-fixados, e (ii) fundo cambial de curto prazo cujos investimentos visam acompanhar a variação do dólar.

- Fundo de renda fixa de longo prazo. O investidor, em 1º de janeiro, aplica dez mil reais em FI voltado a aplicação de títulos pré-fixados do Governo Federal, e as cotas, nesta data, têm valor de um real, de modo que adquire dez mil cotas do fundo. No dia 31 de maio, data do come-cotas, as cotas valem R\$ 1,50, ou seja, o valor investido agora reflete quinze mil reais, detendo a mesmas dez mil cotas iniciais. Assim, para fins de imposto de renda, considerando a valorização de R\$ 5.000,00 sobre as dez mil cotas detidas, haverá, após aplicação do IR à alíquota de 15%, redução de 500 cotas de propriedade do investidor. Contudo, imaginemos que ocorra uma mudança de Governo ou apenas do Presidente do Banco Central no mês de junho, refletindo na elevação dos juros do mercado. Nesse sentido, as cotas do fundo de investimento caem bruscamente, uma vez que aplica em títulos pré-fixados, passando a valer R\$ 1,00 em 1º de julho. O investidor, observando que a política de juros não irá mudar tão cedo, decide resgatar seu investimento, contudo, em que pese o valor das cotas ser o mesmo de quando inicialmente aplicou seu dinheiro, houve redução de 500 cotas, de modo que só resgata R\$ 9,500,00.
- Fundo cambial de curto prazo. No início de fevereiro, uma pessoa física, considerando que irá viajar ao exterior em janeiro do ano seguinte e o dólar está bastante volátil em face do processo eletivo que ocorrerá no Brasil em setembro, investe R\$ 5.000,00 em um fundo cambial atrelado ao dólar, sendo que as cotas valem R\$ 1,00 cada. Em maio, diante de pesquisas eleitorais publicadas, o dólar valoriza bastante, assim como o fundo, a cota perfaz dois reais. Assim, diante da valorização da precificação da cota, a redução de 500 cotas do investidor pela aplicação da sistemática de antecipação do imposto

de renda. Entretanto, em agosto do mesmo ano, as pesquisas eleitorais mudam, com candidato mais alinhado com o mercado à frente das intenções de votos, sem contar que o presidente americano começa a criticar abertamente o Banco Central do país, afetando a credibilidade da moeda estadunidense no cenário internacional. Nesse contexto, a cota do fundo no final de agosto passa a valer R\$ 0,25, e a tendência de queda do dólar continua, de modo que o investidor resgata seu investimento para não sofrer mais perdas.

Observe-se que os exemplos acima não distanciam da realidade brasileira, contudo sua reprodução não foi promovida com o escopo de simplesmente reproduzir o contexto fático atual, mas sim para que reste claro a dissonância do sistema come-cotas com a hipótese de incidência do imposto de renda, vez que tributa o patrimônio do contribuinte, e não eventual acréscimo patrimonial obtido.

Primeiramente, lembre-se que as cotas do FI são *frações ideais* do patrimônio do fundo que é formado por ativos de investimento. Ou seja, a valorização da respectiva fração detida pelo contribuinte, que não consubstancia na propriedade *direta* das aplicações da comunhão de recursos, não materializa renda disponível ao sujeito passivo.

Desse modo, a teor do conceito de renda disposto no ordenamento jurídico brasileiro, entende-se que a sistemática do come-cotas é contrária às disposições estabelecidas na Constituição e no CTN, porquanto configura tributação sobre *renda em potencial*, que não está disponível ao sujeito passivo. Ademais, essas circunstâncias não são minimizadas pelos argumentos expostos nas justificativas da Medida Provisória nº 806/2017 e do Projeto de Lei do Senado nº 336/2018 de que a sistemática visa corrigir iniquidades, uma vez que a tributação sobre os rendimentos e resgates dos fundos existe na distribuição de rendimentos e resgates, independentemente do come-cotas. Pelo contrário, verifica-se, portanto, que o objetivo, na realidade, é o aumento da arrecadação tributária através de sistemática inconstitucional, vez que incidente sobre o patrimônio do contribuinte. Contudo, como verificado, o agir estatal deve ser arrimado pela Constituição, baliza interpretativa e de validade das normas jurídicas que compõem o ordenamento jurídico brasileiro. Nesse sentido, inclusive, é elucidativa as considerações promovidas pelo autor do Projeto de Lei do Senado nº 19/2015, que almeja acabar com a sistemática do come-cotas – vejamos:

| Projeto de Lei do Senado nº 19/2015 ³⁵ | |
|--|--|
| Redação da lei proposta | Justificativa |
| Art. 1º O § 2º do art. 1º da Lei nº 11.033, de 21 de dezembro de 2004, passa a vigorar com a | As aplicações financeiras são tributadas no Brasil a alíquotas que variam de 22,5%, para aplicações de até seis meses, a 15%, para aplicações com prazo superior a dois anos. Assim, aplicações mantidas por mais tempo pelo poupador sofrem tributação menor. Entretanto, esse incentivo à poupança de longo prazo é em parte contrabalançado pela tributação duas vezes por ano, a alíquota de 15%, incidente sobre os rendimentos dos fundos de investimentos. Essa tributação semestral, |

³⁵ BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado nº 19, de 2015. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=587499&disposition=inline>> Acesso em: 10 de agosto de 2018.

do art. 7º-A da IN RFB 1.571/2015, as informações financeiras das aplicações de fundo de investimento são fornecidas à Receita de forma periódica através de sistemas informatizados. Além disso, ao contrário de exacerbar a tributação dos fundos de investimento, alcançando igualmente as modalidades fechadas, mais prudente seria promover a educação financeira dos contribuintes, indicando as diversas oportunidades de investimento, inclusive com riscos baixos ou menores que a caderneta de poupança³⁷, como no caso de fundos voltados à renda fixa. Isso porque, ainda hoje, a caderneta de poupança configura a aplicação mais visada pelo brasileiro³⁸, em que pese a sua remuneração, estabelecida nos termos art. 12 da Lei nº 8.177/1991, ser sempre inferior à taxa básica de juros da economia e inclusive não reproduzir devidamente a inflação do período, conforme reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal³⁹.

Assim sendo, criticável a postura do Executivo e Legislativo federais que visa instituir a sistemática do come-cotas inclusive para os fundos fechados, uma vez que, do contrário, necessário seria extinguir o referido modelo de tributação antecipada, pois alheio aos preceitos constitucionais, devendo-se igualmente rediscutir o papel do Estado enquanto indutor do desenvolvimento no tocante à poupança nacional.

CONCLUSÃO

O presente estudo teve como escopo apresentar reflexões atuais relativa à sistemática denominada “come-cotas”, que configura modelo de tributação antecipada a título de imposto de renda aos fundos de investimento.

Isso porque se observa atualmente tentativa tanto do Poder Executivo quanto Legislativo no sentido de ampliar a aplicação da sistemática inclusive aos fundos de investimento fechados, os quais, por força de interpretação balizada pela Receita Federal, estavam alheios à referida. Entretanto, ao examinarmos a natureza do regime de tributação, observa-se que dissonante com os preceitos

³⁷ Saliente-se que a expressão “caderneta de poupança” será utilizada para se referir à aplicação financeira e o termo “poupança” apreendido em seu sentido econômico, qual seja: “parte da renda nacional ou individual que não é utilizada em despesas, sendo guardada e aplicada depois de deduzidos os impostos”. SANDRONI, Paulo. **Novíssimo dicionário de economia**. São Paulo: Editora Best Seller, 1999. p. 485 (verbo “poupança”).

³⁸ G1. Mesmo com rendimento mais baixo, 61% dos brasileiros investem na poupança. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/seu-dinheiro/noticia/mesmo-com-rendimento-mais-baixo-61-dos-brasileiros-investem-na-poupanca.ghtml>> Acesso em: 01 de agosto de 2018; EXAME. Maioria dos brasileiros não conhece nenhum investimento. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/seu-dinheiro/maioria-dos-brasileiros-nao-conhece-nenhum-investimento/>> Acesso em: 01 de agosto de 2018; UOL. 76% dos brasileiros que guardam dinheiro preferem a poupança, diz pesquisa. Disponível em: <<https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2017/01/17/76-dos-brasileiros-que-guardam-dinheiro-preferem-a-poupanca-diz-pesquisa.htm>> Acesso em: 01 de agosto de 2018.

³⁹ Nesse sentido, foi o entendimento proferido no RE 870.947/SE, tema 810 da repercussão geral. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 870947, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 20/09/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-262 DIVULG 17-11-2017 PUBLIC 20-11-2017.

constitucionais relativos ao imposto de renda, porquanto incide tributo sobre o *patrimônio* do contribuinte, e não efetivo acréscimo patrimonial.

Ademais, criticável a sistemática e a citada tentativa de ampliação ao considerarmos o atual grau de troca de informações entre as administradoras de fundos de investimento e a Receita Federal, assim como a baixa adesão dos sujeitos nacionais a investimentos, fator essencial para ampliar a poupança nacional e promover o desenvolvimento do país.

Do exposto, posiciona-se no sentido de que a sistemática do come-cotas, qualquer que seja a modalidade do fundo de investimento (aberto ou fechado), é inconstitucional no tocante à regra matriz de incidência do imposto de renda, além de desarrazoada, considerando o atual sistema de troca de informações financeiras e a poupança nacional.

REFERÊNCIAS

AMARO, Luciano. Imposto de Renda: Regime Jurídico. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Curso de Direito Tributário**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

AMBIMA. Boletim de fundos de investimento. Fundos registram captação recorde no terceiro trimestre. Disponível em: <http://www.anbima.com.br/pt_br/informar/relatorios/fundos-de-investimento/boletim-de-fundos-de-investimentos/fundos-registram-captacao-recorde-no-terceiro-trimestre.htm> Acesso em: 14 de agosto de 2018.

ARAÚJO, Danilo Borges dos Santos Gomes de. Mercado de capitais: definição, funções, objetivos e histórico da regulação brasileira. In: ARAÚJO, Danilo Borges dos Santos Gomes de (organizador). **Regulação brasileira do mercado de capitais**. São Paulo: Saraiva, 2015.

ÁVILA, Humberto. **Teoria da igualdade tributária**. São Paulo: Malheiros, 2008.

BALEEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro**. 11 ed. Atualizada por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. **Direito Tributário Brasileiro**. 12 ed. Atualizada por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

BIFANO, Elidie Palma. **O mercado financeiro e o imposto sobre a renda**. 2 ed. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

BRASIL. Presidência da República. EM Nº 00037/2004 – MF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Exm/EM-37-MF-04.htm> Acesso em: 10 de agosto de 2018.

_____. Presidência da República. EM nº 00117/2017 MF. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg->

[getter/documento?dm=7247956&ts=1528984246013&disposition=inline&ts=1528984246013](https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7247956&ts=1528984246013&disposition=inline&ts=1528984246013)>
Acesso em: 09 de agosto de 2018.

BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado nº 19, de 2015. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=587499&disposition=inline>> Acesso em: 10 de agosto de 2018.

_____. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado nº 336, de 2018. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7756465&ts=1534170597498&disposition=inline&ts=1534170597498>>
Acesso em: 09 de agosto de 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI 2215 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 17/04/2001, publicado em DJ 26/04/2001 PP-00004 RTJ VOL-00200-03 PP-01404.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI 4697, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 06/10/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-063 DIVULG 29-03-2017 PUBLIC 30-03-2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE 117887, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 11/02/1993, DJ 23-04-1993 PP-06923 EMENT VOL-01700-05 PP-00786 RTJ VOL-00150-02 PP-00578.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE 601314, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 24/02/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-198 DIVULG 15-09-2016 PUBLIC 16-09-2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE 870947, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 20/09/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-262 DIVULG 17-11-2017 PUBLIC 20-11-2017.

CARRAZZA, Roque Antônio. **Imposto sobre a renda**: perfil constitucional e temas específicos. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

COSTA, Regina Helena. **Curso de Direito Tributário** – Constituição e Código Tributário Nacional. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

DERZI, Misabel Abreu Machado. Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do; PORTELLA, André (Coords). **Comentários ao Código Tributário Nacional**. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. **Os conceitos de Renda e de Patrimônio (efeitos da correção monetária insuficiente no imposto de renda)**. Del Rey: Belo Horizonte, 1992.

EXAME. Maioria dos brasileiros não conhece nenhum investimento. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/seu-dinheiro/maioria-dos-brasileiros-nao-conhece-nenhum-investimento/>> Acesso em: 01 de agosto de 2018.

G1. Mesmo com rendimento mais baixo, 61% dos brasileiros investem na poupança. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/seu-dinheiro/noticia/mesmo-com-rendimento-mais-baixo-61-dos-brasileiros-investem-na-poupanca.ghtml>> Acesso em: 01 de agosto de 2018.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2015

GROSS NETO, Estevão. Fundos de investimento de renda fixa - tributação e aspectos controvertidos. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga (Coord.). **O Direito tributário e o mercado financeiro e de capitais**. São Paulo: Dialética, 2009.

HABERMAS, Jürgen. **Comentários à ética do discurso**. Tradução: Gilda Lopes Encarnação. Lisboa: Instituto Piaget, 1991.

_____. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade, volume I. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. **O discurso filosófico da modernidade**. Tradução: Ana Maria Bernardo, José Rui Meirelles Pereira, Manuel José Simões Loureiro, Maria Antónia Espadinha Soares, Maria Helena Rodrigues Carvalho, Maria Leopoldina de Almeida e Sara Cabral Seruya. Lisboa: Dom Quixote, 1985.

_____. Sobre a coesão interna entre Estado de direito e democracia. Tradução: Paulo Astor Soethe. In: HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro: estudos de teoria política**. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

IBFD. **International Tax Glossary**. Amsterdam: IBFD, 1988.

KANT, Immanuel. **Prolegómenos a toda metafísica futura**. Lisboa: Edições 70, 1988.

LOPES, Alexsandro Broedel; GALDI, Fernando Caio; LIMA, Iran Siqueira. **Manual de contabilidade e tributação de instrumentos financeiros e derivativos**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 37 ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

NEVES, Andrea Nogueira. **Considerações sobre a tributação dos fundos de investimento fechados**. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga (Coord.). **O Direito tributário e o mercado financeiro e de capitais**. São Paulo: Dialética, 2009.

OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. **Fundamentos do imposto de renda**. Quartier Latin, 2008.

_____. **Fundamentos do imposto de renda**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

PACHECO, Alexandre Sansone. Responsabilidade tributária dos administradores de fundos de investimento. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga (Coord.). **O Direito tributário e o mercado financeiro e de capitais**: 2º volume. São Paulo: Dialética, 2010.

PAULSEN, Leandro; MELO, José Eduardo Soares de. **Impostos federais, estaduais e municipais**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

PEDREIRA, José Luiz Bulhões. **Imposto sobre a renda**: pessoas jurídicas. Rio de Janeiro: Justec, 1979.

SANTOS, João Victor Guedes Santos. **Teoria da tributação e tributação da renda nos mercados financeiro e de capitais**: entre a equidade e a eficiência, entre a capacidade contributiva e a indução. 2011. 244 f. Dissertação (Mestrado). Programa de Mestrado em Direito Econômico, Financeiro e Tributário, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2011.

SANDRONI, Paulo. **Novíssimo dicionário de economia**. São Paulo: Editora Best Seller, 1999.

SOUSA, Rubens Gomes de. O fato gerador no impôsto de renda. In: **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 12, p. 32-58, abr. 1948.

TEIXEIRA, Tiago Conde; TEIXEIRA, Yann Santos. O parágrafo único do art. 116 do Código Tributário Nacional e sua natureza jurídica. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Sacha Calmon Navarro (Coord.). **Direito tributário contemporâneo: 50 anos do Código Tributário Nacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais.

UOL. 76% dos brasileiros que guardam dinheiro preferem a poupança, diz pesquisa. Disponível em: <<https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2017/01/17/76-dos-brasileiros-que-guardam-dinheiro-preferem-a-poupanca-diz-pesquisa.htm>> Acesso em: 01 de agosto de 2018.