

A TRIBUTAÇÃO DOS FUNDOS DE INVESTIMENTO FECHADOS E A MEDIDA PROVISÓRIA 1.184/2023.

Celia Maria de Souza Murphy

Doutora em Direito Tributário pela PUC/SP. Professora do IBET.

Sumário: Introdução. 1. A falta de um dos requisitos constitucionais para a proposição de medida provisória. 2. Sobre a vigência das medidas provisórias e das leis delas decorrentes. 3. As inovações trazidas pela MP 1.084/2023. 3.1. Os Fundos de Investimento em Participações (FIP), os Fundos de Investimento em Ações (FIA) e os Fundos de Investimento em Índice de Mercado (ETF) – exceto os ETFs de Renda Fixa. 3.2. Os Fundos de Investimento Imobiliário (FII), os Fundos de Investimento nas Cadeias Produtivas Agroindustriais (Fiagro) e os demais fundos aos quais as regras da MP não se aplicam. 4. A impossibilidade de as novas regras instituídas pela MP 1.184 se aplicarem a fatos ocorridos em 2023. 5. Da sanção política prevista no § 9º do artigo 11 da MP 1.184. Síntese conclusiva. Referências.

INTRODUÇÃO

Em 24 de agosto de 2023, foi submetido à apreciação do Presidente da República o Projeto de Medida Provisória que recebeu o número 1.184/2023. O texto da MP 1.184 foi publicado em edição extra do Diário Oficial da União de 28 de agosto deste ano.

A Medida Provisória, proposta pelo Presidente da República ao Congresso Nacional, teve, por objetivo, “aplicar, aos rendimentos apurados em fundos de investimento fechados, as mesmas regras e as alíquotas atualmente em vigor relativas aos fundos abertos, de forma a promover a isonomia entre eles”¹.

A “isonomia” buscada visa à implantação, aos fundos de investimento fechados, de um sistema de tributação periódica de imposto sobre a renda retido na fonte, na modalidade “come-cotas”, já aplicável aos fundos abertos de renda fixa.

¹ EM nº 00104/2023 MF. Obtida em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/Exm/Exm-1184-23.pdf. Data: 26/10/2023.

Os fundos de investimento abertos são aqueles em que o investidor pode adquirir e resgatar cotas livremente, junto ao administrador do fundo. Não há limite para o número de cotistas e o prazo de duração do fundo é indeterminado².

Já os fundos fechados são aqueles em que há previsão de um período de captação, em que os investidores podem adquirir cotas, e o número de cotistas é limitado pelo seu estatuto. As cotas adquiridas só podem ser resgatadas ao término do prazo de duração do fundo, ou na sua liquidação, mas, durante o prazo de duração do fundo, é possível aliená-las em bolsa de valores ou mercados de balcão organizado³.

Estaremos tratando do imposto sobre a renda incidente sobre a remuneração do cotista nos fundos de investimento fechados, nos moldes previstos na Medida Provisória 1.184/2023. Os ganhos e rendimentos obtidos pelos fundos de investimento permanecem isentos do imposto sobre a renda.

Importante ressaltar que o ato normativo abordado, como o nome diz, tem caráter provisório, e ainda não foi submetido ao crivo do Congresso Nacional.

1. A FALTA DE UM DOS REQUISITOS CONSTITUCIONAIS PARA A PROPOSIÇÃO DE MEDIDA PROVISÓRIA

Na hipótese em estudo, estamos tratando de normas que instituem nova hipótese tributária para o imposto sobre a renda, introduzidas por meio do instrumento normativo denominado de Medida Provisória, admitido pela Constituição de 1988 em caso de relevância e urgência.

O artigo 62 da Constituição de 1988 prevê que, em caso de relevância e urgência, o Presidente da República pode adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las, de imediato, ao Congresso Nacional.

Os critérios de relevância e urgência, essenciais para que a medida provisória seja cabível, devem, portanto, ser observados, tendo em vista se tratarem de exigências constitucionalmente previstas.

² Cf. FORTUNA, Eduardo. *Mercado financeiro, produtos e serviços*. 22.ed., rev e atualiz. Rio de Janeiro: Qualitymax Editora, 2020, p. 654.

³ Idem.

É insuficiente, portanto, que exista relevância ou urgência para que tais atos normativos sejam constitucionais, eis que, para cumprir os ditames da Lei Maior, como lembra Roque Antonio Carrazza, “é imprescindível que à relevância se some a urgência”. E só há urgência quando, comprovadamente, “inexistir tempo hábil para que uma dada matéria, sem grandes e inilidíveis prejuízos à Nação, venha a ser disciplinada por meio de lei ordinária”⁴.

Ocorre que o § 2º do artigo 62 da Carta de 1988 determina que a medida provisória que institui ou aumenta imposto só produz efeitos a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que a lei dela decorrente for publicada. Sendo assim, deve-se aguardar a conversão da medida provisória em lei para que, no primeiro dia do exercício seguinte, entre em vigor.

Nesse cenário, observa-se que, no caso da Medida Provisória 1.184, embora se possa argumentar quanto à sua relevância, certamente não atende ao critério de urgência, tendo em vista que, na melhor das hipóteses, sendo aprovada pelo Congresso Nacional, sancionada pelo Presidente da República e publicada ainda em 2023, só adquire vigência a partir de 1º de janeiro de 2024, quando já terão se passado 129 dias desde a sua publicação.

Sendo assim, o ato normativo padece de vício formal, eis que o Presidente da República não tem competência para adotar medida provisória, a não ser que sejam cumpridas todas as exigências constitucionais, e essas exigências incluem dois requisitos cumulativos: relevância e urgência.

O vício formal se identifica no procedimento de produção da norma; instala-se na sua norma introdutora. É que, quando falamos de norma jurídica, devemos considerar que, como ensina Paulo de Barros Carvalho, as normas andam aos pares. Uma norma, para ingressar no ordenamento jurídico, precisa de uma outra norma, que a introduza. Esta, denominada “norma introdutora” ou “veículo introdutor” representa o exercício da competência para introduzir determinada norma.

Segundo Tácio Lacerda Gama, as “normas introdutoras trazem impressas as marcas da enunciação, referindo-se ao sujeito enunciador (s), ao processo de produção (p) (i.e., processo legislativo, ato administrativo, sentença

⁴ Cf. CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 30.ed., rev, ampl. e atualiz. São Paulo: Malheiros, 2015, p.319.

judicial e outros), assim como às condições de espaço (i.e., Distrito Federal, Município de Belmonte) e de tempo (t) (i.e., 5 de junho de 1976). Em seu antecedente, prescrevem a forma de produção dos textos normativos e, por força disso, determinam que os enunciados introduzidos devam ser aceitos como enunciados jurídico-positivos”⁵.

A norma introdutora é sempre uma norma geral e concreta. A norma introduzida será geral e abstrata, individual e abstrata ou individual e concreta, e representa o “conteúdo” inserido, no sistema positivo, pela norma introdutora⁶.

No antecedente da norma introdutora, tem-se um fato jurídico de criação normativa; no seu conseqüente, está prescrita a obrigação de todos respeitarem o documento normativo como um instrumento previsto no sistema para veicular normas jurídicas. A norma introduzida representa a matéria que se pretende regular; o “conteúdo”⁷. Cada uma dessas normas se presta a um tipo de controle: a norma introdutora é sujeita a controle formal; a norma introduzida é sujeita a controle material⁸.

Sendo assim, por faltar-lhe o imprescindível caráter de urgência, a Medida Provisória 1.184 padece de um vício no seu processo de produção, uma vez que não foram cumpridos todos os requisitos que o ordenamento jurídico impõe para que este instrumento normativo seja válido. Ao Presidente da República falta competência para instituir medida provisória em circunstância que não seja, estritamente, aquela que a Constituição prevê: caso de relevância e urgência.

⁵ Cf. GAMA, Tácio Lacerda. *Competência tributária. Fundamentos para uma teoria da nulidade*. São Paulo: Noeses, 2009, p. 96.

⁶ Normas gerais são aquelas dirigidas a um conjunto de sujeitos indeterminados; normas individuais dirigem-se a sujeitos identificados. A individualidade ou a generalidade da norma é identificada no conseqüente normativo, enquanto abstração e concretude referem-se ao modo como se toma o fato descrito no antecedente - a tipificação de um conjunto de fatos caracterizando uma hipótese de possível ocorrência realiza uma previsão abstrata, enquanto que a conduta especificada no espaço e no tempo confere à norma caráter concreto. Cf. CARVALHO, Paulo de Barros. *Fundamentos jurídicos da incidência*. 11.ed. rev. e atualiz. São Paulo: Noeses, 2021, p. 38.

⁷ MURPHY, Celia Maria de Souza. Incorporação de sociedades. Erro na identificação do sujeito passivo. In: SOUZA, Priscila de (org.); CARVALHO, Paulo de Barros (coord.). *XVIII Congresso Nacional de Estudos Tributários: meio século de tradição*. São Paulo: Noeses: IBET, 2021, p. 309-310.

⁸ Cf. IVO, Gabriel. *Norma jurídica: produção e controle*. São Paulo: Noeses, 2006, p. 154-5.

Esse vício é de natureza formal, tendo em vista estar instalado na sua norma introdutora. Desse modo, por não cumprir os requisitos formais para a sua existência, a Medida Provisória 1.184 merece ser rejeitada.

2. SOBRE A VIGÊNCIA DAS MEDIDAS PROVISÓRIAS E DAS LEIS DELAS DECORRENTES⁹

Ter vigência é ter força para disciplinar as condutas previstas, impondo-lhes consequências jurídicas, nos limites espaciais e temporais que o direito positivo estabelece. A vigência é uma propriedade das normas jurídicas que estão aptas a produzir seus regulares efeitos quando, no mundo fático, ocorrerem os eventos descritos em seu antecedente¹⁰.

A vigência das leis, no tocante ao tempo, submete-se ao estipulado no artigo 1º da LINDB – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei 4.657/1942), que determina que, salvo disposição contrária, a lei começa a vigorar em todo o país quarenta e cinco dias depois de oficialmente publicada.

Dada a ressalva contida no citado dispositivo, a vigência da lei no tempo pode se iniciar em prazo diferente de 45 dias, se houver disposição em contrário. No entanto, o legislador não é livre para estipular qualquer data; é preciso observar os princípios constitucionais.

No âmbito tributário, o legislador constitucional foi extremamente cuidadoso, uma vez que a tributação toca direitos relevantes para as pessoas, tais como a liberdade e a propriedade¹¹. Por isso, para instituir ou aumentar tributos, estabeleceu limites objetivos ao legislador ordinário.

Em primeiro lugar, o princípio da estrita legalidade estipula que só a lei pode instituir ou aumentar tributos, isto é, só a lei pode descrever os critérios da regra-matriz de incidência tributária.

⁹ Como as normas andam aos pares, podemos analisar a vigência da norma introdutora e da norma introduzida. A vigência da norma introdutora coincide com o instante da sua inserção no sistema positivo. O mesmo, contudo, não ocorre com as normas introduzidas, cuja vigência, muitas vezes, não coincide com a entrada em vigor do instrumento que as introduziu (Cf. CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 33.ed, rev. São Paulo: Noeses, 2023, p. 90). Neste tópico, estaremos tratando da vigência das normas introduzidas.

¹⁰ CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 33 ed. São Paulo: Noeses, 2023, p. 88-89.

¹¹ Cf. CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário, linguagem e método*. 8.ed. São Paulo: Noeses, 2021, p. 275.

A Medida Provisória 1.184 criou uma nova hipótese tributária e, com isso, modificou a regra-matriz do imposto sobre a renda. Ampliou o seu critério material, eis que, agora, a ele acrescentou “auferir rendimentos periódicos em fundos de investimento fechados”.

O princípio constitucional da anterioridade anual, previsto no artigo 150, inciso III, alínea *b*, não permite que a lei que tenha instituído ou aumentado o imposto sobre a renda entre em vigor antes do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que tiver sido publicada.

O princípio da irretroatividade da lei tributária veda a aplicação da lei que tenha instituído ou aumentado tributo a fatos tributários ocorridos antes da sua vigência.

Esses princípios, que se caracterizam como limites objetivos, operam em favor da segurança jurídica, sobreprincípio e valor superior que garante a previsibilidade dos efeitos jurídicos da regulação da conduta¹² e a estabilidade nas relações jurídicas travadas entre os particulares e entre estes e o Estado.

Por essas razões, as leis não adquirem a vigência que é, muitas vezes, nelas declarada. Há que se analisar se, de fato, a norma introduzida entra, ou não, em vigor na data estabelecida, ante os limites que a Constituição impõe.

Conforme destaca Paulo de Barros Carvalho:

“[...] a vigência das normas tributárias no tempo carrega uma particularidade que deve ser posta em relevo. Aquelas que instituem ou majoram tributos não de respeitar não somente o princípio da legalidade, inerente à tipicidade cerrada das figuras tributárias, como também outro limite, qual seja, aquele sobranceiramente enunciado no corpo do art. 150, III, *b*, e que consiste em terem sido publicadas antes do início do exercício financeiro em que se pretende cobrar a exação. É o princípio da anterioridade, que comporta apenas as exceções enunciadas no § 1º do mesmo preceptivo constitucional”¹³.

Tendo em vista que o imposto sobre a renda sujeita-se à anterioridade anual, nos moldes previstos no artigo 150, III, *b*, da Carta de 1988, para que as normas previstas na Medida Provisória 1.184 estejam vigentes em 2024, é preciso que a referida MP seja convertida em lei, publicada ainda em 2023. Isso ocorrendo, a

¹² Cf. CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 33 ed. São Paulo: Noeses, 2023, p. 168.

¹³ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário, linguagem e método*. 8.ed. São Paulo: Noeses, 2021, p. 312-313.

lei entrará em vigor em 1º de janeiro de 2024 e estará apta a produzir efeitos para os fatos ocorridos a partir de então, e não antes.

A medida provisória tem força de lei, em razão do *caput* do artigo 62 da Constituição da República. No caso da MP 1.184, houve a inserção da disposição que determina vigência imediata, em relação aos artigos 12 e 13 e aos § 3º e § 4º do artigo 14; e a partir de 1º de janeiro de 2024, em relação aos demais dispositivos.

No entanto, para os dispositivos que instituem a tributação periódica dos rendimentos dos fundos de investimento fechados, a entrada em vigor em 1º de janeiro de 2024 depende da sua conversão em lei e publicação do seu texto em diário oficial até 31 de dezembro de 2023, tendo em vista que o princípio da anterioridade anual, aplicável ao imposto sobre a renda, associa-se ao § 2º do artigo 62 da Constituição, estipulando que a vigência da lei decorrente de uma medida provisória só se inicia no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que tiver sido publicada.

Como visto, o princípio da irretroatividade das leis tributárias determina que seus dispositivos não se aplicam a fatos tributários ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado.

Como a vigência das normas instituídas por medida provisória fica transferida para o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que houver sido publicada a lei dela decorrente, mesmo que haja a conversão da MP 1.184 em lei, até 31 de dezembro de 2023, seus dispositivos não se aplicam aos fatos ocorridos em 2023.

Desse modo, em virtude dos princípios da estrita legalidade, da anterioridade e da irretroatividade das leis tributárias, não há que se falar em incidência das regras previstas na Medida Provisória 1.184 a acontecimentos ocorridos em 2023, que não estavam, até 31 de dezembro de 2022, previstos em lei como hipóteses tributárias do imposto sobre a renda.

Mesmo que a MP 1.184 seja convertida em lei até 31 de dezembro de 2023, seus efeitos jurídicos não podem retroagir para atingir fatos ocorridos antes do primeiro dia do exercício seguinte ao da publicação da lei em que se converter.

3. AS INOVAÇÕES TRAZIDAS PELA MP 1.084/2023

De acordo com a legislação anterior à Medida Provisória 1.184, são submetidos à tributação periódica (“come-cotas”) somente os rendimentos auferidos pelos cotistas dos fundos de investimento de renda fixa abertos.

Os fundos de investimento de renda fixa, para fins tributários, são definidos por exclusão: são todos aqueles que não se caracterizam como fundos de investimentos em ações ou como outros fundos submetidos a regime tributário especial, tais como os Fundos de Investimento Imobiliário (FII) e os Fundos de Investimento em Participações (FIP).

Atualmente, a remuneração auferida pelos cotistas de fundos de investimento de renda fixa fechados é tributada somente no resgate das cotas, no término do prazo ou na liquidação do fundo, na amortização das cotas¹⁴, ou na sua alienação¹⁵. Nos fundos de renda fixa abertos, os rendimentos são sujeitos ao imposto sobre a renda na fonte no resgate das cotas e periodicamente, no último dia útil dos meses de maio e novembro.

Com exceções e regras específicas, a nova MP passa a prever a incidência da tributação periódica a todos os fundos de investimento classificados pela legislação tributária como fundos de renda fixa, sejam eles abertos ou fechados.

¹⁴ No resgate e na amortização das cotas, a tributação se dá na modalidade “fonte”, que se caracteriza como antecipação para as pessoas jurídicas tributadas pelo lucro real, presumido ou arbitrado e tributação exclusiva, para as pessoas físicas, microempresas e empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional e isentas. As alíquotas aplicáveis são as da tabela regressiva, variando de 22,5% a 20% nos fundos de curto prazo e de 22,5% a 15% nos fundos de longo prazo. Nos moldes definidos pela Lei 9.532/1997, são isentas as instituições de caráter filantrópico, recreativo, cultural e científico e as associações civis que prestem os serviços para os quais houverem sido instituídas e os coloquem à disposição do grupo de pessoas a que se destinam, sem fins lucrativos. A isenção, todavia, não alcança os rendimentos auferidos em aplicações financeiras.

¹⁵ Atualmente, a tributação dos ganhos auferidos na alienação de cotas durante o prazo de duração do fundo fechado de renda fixa segue as normas de tributação de renda variável, para as pessoas físicas e jurídicas que as negociem em bolsa de valores. Se a negociação for fora de bolsa de valores, as pessoas jurídicas são tributadas segundo as normas de tributação de renda variável e as pessoas físicas sofrem a tributação de seus ganhos como ganhos de capital (Cf. BIFANO, Elidie Palma. *O mercado financeiro e o imposto sobre a renda*. 2.ed. atualiz.e ampl. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 314). A Medida Provisória 1.184 altera essas regras e aplica, a esses ganhos e rendimentos, as regras de tributação da renda fixa. Prevê, no seu artigo 2º, que esses ganhos serão tributados na fonte, na data da distribuição de rendimentos, da amortização, do resgate ou alienação de cotas, caso ocorra antes do último dia útil dos meses de maio e novembro, com alíquota de 15% ou 20%, conforme se trate de fundo de longo ou curto prazo, com a possibilidade haver a incidência de alíquota complementar, caso a operação ocorra em até de 720 dias, nos fundos de longo prazo, ou 180 dias, nos fundos de curto prazo.

3.1. Os Fundos de Investimento em Participações (FIP), os Fundos de Investimento em Ações (FIA) e os Fundos de Investimento em Índice de Mercado (ETF) – exceto os ETFs de Renda Fixa

Não se sujeitam à tributação periódica os Fundos de Investimento em Participações (FIP), os Fundos de Investimento em Ações (FIA) e os Fundos de Investimento em Índice de Mercado (ETF) – exceto os ETFs de Renda Fixa, desde que cumpram os requisitos previstos na Medida Provisória e se enquadrem como “entidades de investimento”.

O conceito de “entidade de investimento” foi introduzido pelo artigo 7º da MP 1.184, nos seguintes termos¹⁶:

Art. 7º Para fins do disposto no art. 3º, serão classificados como entidades de investimento os fundos que tiverem estrutura de gestão profissional, no nível do fundo ou de seus cotistas quando organizados como fundos ou veículos de investimentos, no Brasil ou no exterior, representada por agentes ou prestadores de serviços com poderes para tomar decisões de investimento e desinvestimento de forma discricionária, com o propósito de obter retorno por meio de apreciação do capital investido, renda ou ambos, na forma a ser regulamentada pelo Conselho Monetário Nacional - CMN.

Sendo assim, os rendimentos obtidos pelos cotistas dos Fundos de Investimento em Participações (FIP), dos Fundos de Investimento em Ações (FIA) e dos Fundos de Investimento em Índice de Mercado (ETF) (exceto os ETFs de Renda Fixa) que não se enquadrarem no conceito de “entidade de investimento” ficam, a partir da vigência da lei ordinária na qual a medida provisória vier a se converter, sujeitos à tributação periódica do imposto sobre a renda, na modalidade “fonte”.

Os Fundos de Investimento em Participações (FIP), ou Fundos de *Private Equity*, são fundos com regulamentação própria, constituídos na forma de condomínio fechado¹⁷. Para não se sujeitarem ao “come-cotas”, esses fundos, além de serem enquadrados como entidades de investimento, devem cumprir os requisitos de alocação, enquadramento e reenquadramento de carteira previstos na regulamentação da Comissão de Valores Mobiliários - CVM¹⁸. Caso não cumpram os requisitos, os rendimentos de seus cotistas ficam igualmente sujeitos à tributação periódica pelo imposto sobre a renda na fonte.

¹⁶ MP 1.184/2023, art. 7º.

¹⁷ Sobre o assunto, cf. FORTUNA, Eduardo. *Mercado financeiro: produtos e serviços*. 22.ed., rev. e atualiz. Rio de Janeiro: Qualitymark Editora, 2020, p. 696-698.

¹⁸ MP 1.184/2023, art. 4º.

Os Fundos de Investimento em Ações (FIA) podem ser de vários tipos e podem ser constituídos como condomínio aberto ou fechado¹⁹. A partir da MP 1.184, serão assim considerados aqueles que forem enquadrados como entidades de investimento e possuam uma carteira composta por, no mínimo, 67% de ações, ou de ativos equiparados, efetivamente negociados no mercado à vista de bolsa de valores, no País ou no exterior²⁰.

O percentual mínimo de ações ou ativos equiparados que deve compor a carteira do fundo não foi alterado pela MP 1.184, mas a regra para a classificação de um fundo na categoria de “fundo de investimento em ações” ficou mais rígida. De acordo com o regramento anterior, bastava que as ações fossem admitidas à negociação no mercado à vista de bolsa de valores ou entidade assemelhada²¹, mas, a partir da entrada em vigor das regras previstas na MP 1.184, esses ativos precisam ser efetivamente negociados no mercado à vista de bolsa de valores, no País ou no exterior.

Os rendimentos do cotista do Fundo de Investimento em Ações que não observar essas regras ficarão sujeitos ao regime de tributação periódica a partir do momento do desenquadramento da carteira, salvo se, cumulativamente²²:

- (i) a proporção não for reduzida para menos de 50% do total da carteira de investimento;
- (ii) a situação for regularizada no prazo máximo de 30 dias; e
- (iii) o fundo não incorrer em nova hipótese de desenquadramento no período de 12 meses subsequentes.

Na hipótese de desenquadramento, os rendimentos produzidos até a data da alteração ficarão sujeitos ao IRRF nessa data²³.

Os Fundos de Investimento em Índices de Mercado (FI), ou *Exchange Traded Funds* (ETF), sujeitam-se a regulamentação própria e constituem-se na forma

¹⁹ Sobre o assunto, cf. FORTUNA, Eduardo. *Mercado financeiro: produtos e serviços*. 22.ed., rev. e atualiz. Rio de Janeiro: Qualitymark Editora, 2020, p. 660, 661, 674-677.

²⁰ MP 1.184/2023, art. 5º.

²¹ Lei 9.532/1997, art. 28, § 6º, com a alteração introduzida pelo art. 2º da Medida Provisória 2.189-49/2001.

²² MP 1.184/2003, artigo 5º, § 4º.

²³ MP 1.184/2003, artigo 5º, § 5º.

de condomínio aberto²⁴. Para não se sujeitarem à sistemática do “come-cotas”, além de serem enquadrados como entidades de investimento, deverão cumprir os requisitos de alocação, enquadramento e reenquadramento de carteira previstos na regulamentação da CVM e possuir cotas efetivamente negociadas em bolsa de valores ou mercado de balcão organizado, com exceção dos ETFs de Renda Fixa²⁵.

Também não se sujeitam ao “come-cotas” os fundos de investimento que investirem, no mínimo, 95% de seu patrimônio líquido em Fundos de Investimento em Participações (FIP), Fundos de Investimento em Ações (FIA) e Fundos de Investimento em Índice de Mercado (ETF) – exceto os ETFs de Renda Fixa²⁶.

3.2. Os Fundos de Investimento Imobiliário (FII), os Fundos de Investimento nas Cadeias Produtivas Agroindustriais (Fiagro) e os demais fundos aos quais as regras da MP não se aplicam

As novas regras, introduzidas pela MP 1.184, não se aplicam aos Fundos de Investimento Imobiliário (FII) e aos Fundos de Investimento nas Cadeias Produtivas Agroindustriais (Fiagro)²⁷, instituídos pela Lei 8.668/1993, com as alterações posteriores.

Para os cotistas dos FII, pessoas físicas, a Lei 11.196/2005 previu isenção do imposto sobre a renda, na fonte e na declaração de ajuste anual, desde que as cotas dos fundos fossem admitidas à negociação exclusivamente em bolsas de valores ou no mercado de balcão organizado. Esse benefício foi, posteriormente, estendido para os cotistas dos Fiagro, pela Lei 14.130/2021.

Todavia, a Medida Provisória 1.184 instituiu novas regras, mais rígidas, para a isenção desses rendimentos: ficam isentos do imposto sobre a renda, na fonte e na declaração de ajuste anual das pessoas físicas, os rendimentos distribuídos pelos FII e pelos Fiagro cujas cotas sejam admitidas à negociação exclusivamente em bolsas de valores ou no mercado de balcão organizado e sejam efetivamente negociadas em bolsas de valores ou no mercado de balcão organizado. Para a

²⁴ Sobre o assunto, cf. FORTUNA, Eduardo. *Mercado financeiro: produtos e serviços*. 22.ed., rev. e atualiz. Rio de Janeiro: Qualitymark Editora, 2020, p. 704-706.

²⁵ MP 1.184/2023, art. 6º.

²⁶ MP 1.184/2023, art. 9º.

²⁷ MP 1.184/2023, art. 23, inciso I.

concessão do benefício da isenção, esses fundos precisarão ter, no mínimo, 500 cotistas, ao passo que o mínimo atual é de 50.

Também não se aplicará a tributação periódica:

- (i) aos investimentos de residentes ou domiciliados no exterior em fundos de investimento em títulos públicos de que trata o artigo 1º da Lei 11.312/06;
- (ii) aos investimentos de residentes ou domiciliados no exterior em FIPs e Fundos de Investimento em Empresas Emergentes (FIEE) de que trata o artigo 3º da Lei 11.312/06;
- (iii) aos Fundos de Investimento em Participações em Infraestrutura (FIP-IE) e aos Fundos de Investimento em Participação na Produção Econômica Intensiva em Pesquisa, Desenvolvimento e Inovação (FIP-PD&I) de que trata a Lei 11.478/07;
- (iv) aos Fundos de Investimento em Direitos Creditórios (FIDC) e demais de que trata a Lei 12.431/11;
- (v) aos fundos de investimentos com cotistas exclusivamente residentes ou domiciliados no exterior, nos termos do disposto no art. 97 da Lei 12.973/14; e
- (vi) aos ETFs de Renda Fixa de que trata o artigo 2º da Lei 13.043/14.

4. A IMPOSSIBILIDADE DE AS NOVAS REGRAS INSTITUÍDAS PELA MP 1.184 SE APLICAREM A FATOS OCORRIDOS EM 2023

O *caput* do artigo 11 da MP 1.184 prevê que os rendimentos dos cotistas, apurados até 31 de dezembro de 2023, nas aplicações em fundos de investimento que não estavam sujeitos, até o ano de 2023, à tributação periódica nos meses de maio e novembro de cada ano e que estarão sujeitos à tributação periódica a partir do ano de 2024, com base no artigo 2º ou no artigo 10, serão apropriados *pro rata tempore* até 31 de dezembro de 2023 e ficarão sujeitos ao IRRF à alíquota de quinze por cento.

Os parágrafos 5º e 6º do mesmo artigo preveem que esse imposto deverá ser retido pelo administrador do fundo de investimento e recolhido à vista, até 31 de maio de 2024, ou poderá ser recolhido em até 24 parcelas mensais e sucessivas, com pagamento da primeira parcela até 31 de maio de 2024. O artigo 12 oferece opção para pagamento antecipado, ainda em 2023, com alíquota reduzida.

Ocorre que a legislação vigente em 2023 prevê que os rendimentos ou ganhos dos cotistas dos fundos fechados só ocorre nas hipóteses de: (i) resgate das cotas, quando do término do prazo do fundo ou da sua liquidação, (ii) na sua alienação, ou (iv) na amortização das cotas. Essas regras são as que devem ser aplicadas aos fatos ocorridos em 2023.

Diante disso, para que fosse válida a exigência de imposto sobre a renda correspondente ao período até 31 de dezembro de 2023, a lei que assim o previsse deveria ter sido publicada até 31 de dezembro de 2022, para estar vigente e produzir efeitos em 2023.

A lei que pode entrar em vigor em 1º de janeiro de 2024, decorrente da conversão da MP 1.184, não pode retroagir para alcançar fatos ocorridos até 31 de dezembro de 2023, por força do princípio da irretroatividade da lei tributária.

Sendo assim, mesmo que a MP 1.184 seja aprovada até 31 de dezembro de 2023, e que, até essa mesma data, seja publicada a lei na qual se converter, todos os rendimentos apurados nos fundos de investimento fechados, em 31 de dezembro de 2023, devem ser tributados segundo a legislação vigente em 2023.

Em 2024, os fatos tributários que ocorrerão em maio e novembro só podem tributar os rendimentos auferidos a partir de 1º de janeiro de 2024, e não antes, sob pena de violação aos princípios da estrita legalidade, da anterioridade e da irretroatividade da lei tributária e, por consequência, do princípio da segurança jurídica.

Por essa razão, não se pode admitir a constitucionalidade do artigo 11 da Medida Provisória, tendo em vista que, para os fundos de investimento fechados, em 2023, não existe lei vigente que imponha a tributação pelo imposto sobre a renda antes do resgate das cotas, no término do prazo ou na liquidação do fundo, ou antes da sua alienação ou amortização.

Para que se pudesse tributar, pelo imposto sobre a renda, os rendimentos ou ganhos recebidos pelos cotistas de fundos de investimento fechados até 31/12/2023, uma lei que assim o previsse teria de estar vigente em 2023, ou seja, a lei contendo essa previsão deveria ter sido publicada até 31/12/2022, e isso não ocorreu.

Sendo assim, considerando que a conversão em lei da MP 1.184 ocorra até 31 de dezembro de 2023, somente os rendimentos auferidos a partir de 1º de janeiro de 2024, pelos cotistas dos fundos de investimento fechados, poderão ser tributados segundo o seu regramento.

Isso remete a tributação sobre os rendimentos auferidos pelos cotistas até 31 de dezembro de 2023 para o momento do resgate das cotas, no término do prazo do fundo ou na sua liquidação, ou para o momento da amortização ou da alienação das cotas.

5. DA SANÇÃO POLÍTICA PREVISTA NO § 9º DO ARTIGO 11 DA MP 1.184

No § 9º do artigo 11, a Medida Provisória estipula que os fundos de investimento que não promoverem o recolhimento do imposto incidente sobre os rendimentos de seus cotistas, correspondente ao período que se encerra em 31/12/2023, nos moldes previstos na MP, não poderão efetuar distribuições ou repasses de recursos aos cotistas ou realizar novos investimentos, até que haja a quitação integral do imposto, com eventuais acréscimos legais.

Com isso, a MP 1.184 visa impedir que os fundos de investimento fechados pratiquem atos lícitos, inerentes às suas regulares operações, caso não recolham ao Erário o imposto correspondente aos rendimentos por eles auferidos no período que se estende desde a constituição do fundo até 31 de dezembro de 2023, conforme determinado pela Medida Provisória.

É patente que esse dispositivo visa coagir o fundo de investimento fechado, por meio de seu administrador, a reter e recolher o imposto sobre os rendimentos correspondentes a período anterior ao da possível vigência da lei em que a MP pode se converter. Caso o recolhimento não seja realizado, impõe-se ao fundo de investimento um constrangimento à prática de atos lícitos, e tal constrangimento se dá em razão do não recolhimento de tributo.

Temos para nós que impedir que o fundo de investimento pratique operações lícitas, inerentes às suas atividades, até que promova o recolhimento do imposto, caracteriza-se como uma sanção política tributária, prática repudiada pelo Supremo Tribunal Federal, na expressão de suas Súmulas 70²⁸, 323²⁹ e 547³⁰.

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a exigência de garantia real ou fidejussória para impressão de documentos fiscais de contribuintes inadimplentes, no *leading case* RE 565.048, fixou a seguinte tese de repercussão geral (Tema 31):

É inconstitucional o uso de meio indireto coercitivo para pagamento de tributo – “sanção política” –, tal qual ocorre com a exigência, pela Administração Tributária, de fiança, garantia real ou fidejussória como condição para impressão de notas fiscais de contribuintes com débitos tributários.

No Tema de Repercussão Geral 856, cujo *leading case* foi o ARE 914.045, no qual se discutiu a constitucionalidade de restrições impostas pelo Estado ao livre exercício de atividade econômica ou profissional, quando aquelas forem utilizadas como meio de cobrança indireta de tributos, o STF firmou a seguinte tese:

É inconstitucional a restrição ilegítima ao livre exercício de atividade econômica ou profissional, quando imposta como meio de cobrança indireta de tributos.

No caso da MP 1.184, a situação é ainda mais grave, porque o imposto exigido foi instituído ao arrepio dos princípios da estrita legalidade, da anterioridade e da irretroatividade da lei tributária. Conforme anteriormente colocado, não há, em 2023, lei vigente que determine o recolhimento do imposto sobre os rendimentos dos cotistas de fundos de investimento fechados antes do resgate, da alienação ou da amortização das cotas.

Como se vê, o disposto no § 9º do artigo 11 da Medida Provisória, por instituir sanção injusta, de natureza política tributária, não pode prosperar, ante posicionamento já externado no Supremo Tribunal Federal, de rejeitar, reiteradamente, a imposição de sanções dessa natureza.

²⁸ É inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para cobrança de tributo.

²⁹ É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos.

³⁰ Não é lícito à autoridade proibir que o contribuinte em débito adquira estampilhas, despache mercadorias nas alfândegas e exerça suas atividades profissionais.

Não fosse, esta, razão suficiente, a citada sanção é imposta em razão da falta de recolhimento de imposto sobre a renda instituído em violação aos princípios da estrita legalidade, da anterioridade e da irretroatividade da lei tributária.

SÍNTESE CONCLUSIVA

A MP 1.184/2023 ainda não foi submetida ao crivo do Congresso Nacional.

Para que as normas previstas na Medida Provisória 1.184 estejam vigentes em 1º de janeiro de 2024 e aptas a produzir efeitos a partir de então, é preciso que a referida MP seja convertida em lei, publicada ainda em 2023.

O artigo 62 da Constituição de 1988 prevê que o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias em caso de relevância e urgência. O Presidente da República não tem competência para adotar medida provisória, a não ser que sejam cumpridos ambos os requisitos.

Como o § 2º do artigo 62 da Carta de 1988 determina que a medida provisória que institui ou aumenta imposto só produz efeitos a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que a lei dela decorrente for publicada, a MP 1.184 não cumpre o requisito de ser urgente e, portanto, padece de vício formal, que é um vício na sua norma introdutora, que torna o ato normativo inválido.

A MP 1.184 criou uma nova hipótese tributária, eis que modificou a regra-matriz do imposto sobre a renda, tornando seu critério material mais amplo. Por esse motivo, a lei dela decorrente submete-se ao princípio da anterioridade, que não permite que a lei que tenha instituído ou aumentado o imposto sobre a renda entre em vigor antes do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que tiver sido publicada. No entanto, mesmo que haja a conversão da MP 1.184 em lei publicada até 31/12/2023, seus dispositivos não se aplicam aos fatos ocorridos em 2023.

Com exceções e regras específicas, a nova MP passa a prever a incidência da tributação periódica a todos os fundos de investimento classificados pela legislação tributária como fundos de renda fixa, sejam eles abertos ou fechados.

Fundos de investimento abertos são aqueles em que o investidor pode adquirir e resgatar cotas livremente, junto ao administrador do fundo; não há limite para o número de cotistas e o prazo de duração do fundo é indeterminado.

Fundos fechados são aqueles em que há previsão de um período de captação, em que os investidores podem adquirir cotas, e o número de cotistas é limitado pelo seu estatuto. As cotas adquiridas só podem ser resgatadas ao término do prazo de duração do fundo, ou na sua liquidação, mas, durante o prazo de duração do fundo, é possível aliená-las em bolsa de valores ou mercados de balcão organizado

Não se sujeitam à tributação periódica os Fundos de Investimento em Participações (FIP), os Fundos de Investimento em Ações (FIA) e os Fundos de Investimento em Índice de Mercado (ETF) – exceto os ETFs de Renda Fixa, desde que cumpram os requisitos previstos na Medida Provisória e se enquadrem como “entidades de investimento”.

As regras introduzidas pela MP 1.184/2023 não se aplicam aos Fundos de Investimento Imobiliário (FII) e aos Fundos de Investimento nas Cadeias Produtivas Agroindustriais (Fiagro).

Não se sujeitarão ao “come-cotas” os fundos de investimento que investirem, no mínimo, 95% de seu patrimônio líquido em Fundos de Investimento em Participações (FIP), Fundos de Investimento em Ações (FIA) e Fundos de Investimento em Índice de Mercado (ETF) – exceto os ETFs de Renda Fixa.

Não se aplicará a tributação periódica: (i) aos investimentos de residentes ou domiciliados no exterior em fundos de investimento em títulos públicos de que trata o artigo 1º da Lei 11.312/06; (ii) aos investimentos de residentes ou domiciliados no exterior em FIPs e Fundos de Investimento em Empresas Emergentes (FIEE); (iii) aos Fundos de Investimento em Participações em Infraestrutura (FIP-IE) e aos Fundos de Investimento em Participação na Produção Econômica Intensiva em Pesquisa, Desenvolvimento e Inovação (FIP-PD&I); (iv) aos Fundos de Investimento em Direitos Creditórios (FIDC) e demais de que trata a Lei 12.431/11; (v) aos fundos de investimentos com cotistas exclusivamente residentes ou domiciliados no exterior (art. 97 da Lei 12.973/14); e (vi) aos ETFs de Renda Fixa.

A legislação vigente em 2023 prevê que a tributação dos rendimentos ou ganhos dos cotistas dos fundos fechados só ocorre nas hipóteses de: (i) resgate das cotas, quando do término do prazo do fundo ou da sua liquidação, (ii) na sua alienação, ou (iv) na amortização. Essas regras são as que devem ser aplicadas aos fatos ocorridos em 2023, tendo em vista que não há lei vigente que exija o recolhimento de imposto sobre a renda fora dessas hipóteses.

A lei que poderá entrar em vigor em 1º de janeiro de 2024, decorrente da conversão em lei da MP 1.184, não pode retroagir para alcançar fatos ocorridos até 31/12/2023, por força do princípio da irretroatividade da lei tributária.

Sendo assim, somente os rendimentos auferidos a partir de 1º de janeiro de 2024, pelos cotistas dos fundos de investimento fechados, poderão ser tributados segundo o novo regramento, o que remete a tributação sobre os rendimentos auferidos pelos cotistas, até 31 de dezembro de 2023, para o momento do resgate das cotas, no término do prazo do fundo ou na sua liquidação, ou para o momento da amortização ou da alienação das cotas.

O § 9º do artigo 11, da MP 1.184, estipula que os fundos de investimento que não promoverem o recolhimento do imposto incidente sobre os rendimentos de seus cotistas, apurados até 31/12/2023, nos moldes previstos, não poderão efetuar distribuições ou repasses de recursos aos cotistas ou realizar novos investimentos, até que haja a quitação integral do imposto, com eventuais acréscimos legais.

A sanção prevista tem natureza política tributária, prática reiteradamente repudiada pelo Supremo Tribunal Federal, situação que é ainda mais grave neste caso, tendo em vista que o tributo exigido foi instituído em violação aos princípios da estrita legalidade, da anterioridade e da irretroatividade da lei tributária. Por isso, a sanção do § 9º do artigo 11 da MP 1.184 não pode prosperar.

REFERÊNCIAS

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

BRASIL. Câmara dos Deputados. Ficha de Tramitação MPV 1184/2023. Obtida em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2383267>. Data: 24/10/2023.

- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Obtida em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Data: 24/10/2023.
- BRASIL. Decreto-Lei 4.657/1942. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Obtida em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657compilado.htm. Data: 24/10/2023.
- BRASIL. Exposição de Motivos da Medida Provisória 1.184/2023 - EM nº 00104/2023 MF. Obtida em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2023-2026/2023/Exm/Exm-1184-23.pdf. Data: 24/10/2023.
- BRASIL. Lei 8.668/1993. Dispõe sobre a constituição e o regime tributário dos Fundos de Investimento Imobiliário e dos Fundos de Investimento nas Cadeias Produtivas Agroindustriais (Fiagro); e dá outras providências. (Redação dada pela Lei nº 14.130, de 2021). Obtida em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8668.htm. Data: 24/10/2023.
- BRASIL. Lei 9.532/95. Altera a legislação tributária federal e dá outras providências. Obtida em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9532.htm. Data: 24/10/2023.
- BRASIL. Medida Provisória 1.184, de 28 de agosto de 2023. Dispõe sobre a tributação de aplicações em fundos de investimento no País. Obtida em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2023-2026/2023/Mpv/mpv1184.htm. Data: 24/10/2023.
- CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 30.ed., rev, ampl. e atualiz. São Paulo: Malheiros, 2015.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 33.ed. São Paulo: Noeses, 2023.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário, linguagem e método*. 8.ed. São Paulo: Noeses, 2021.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Fundamentos jurídicos da incidência*. 11.ed. rev. e atualiz. São Paulo: Noeses, 2021.
- FORTUNA, Eduardo. *Mercado financeiro: produtos e serviços*. 22.ed., rev. e atualiz. Rio de Janeiro: Qualitymark Editora, 2020.
- GAMA, Tácio Lacerda. *Competência tributária. Fundamentos para uma teoria da nulidade*. São Paulo: Noeses, 2009.
- IVO, Gabriel. *Norma jurídica: produção e controle*. São Paulo: Noeses, 2006.
- MURPHY, Celia Maria de Souza. Incorporação de sociedades. Erro na identificação do sujeito passivo. In: SOUZA, Priscila de (org.); CARVALHO, Paulo de Barros (coord.). *XVIII Congresso Nacional de Estudos Tributários: meio século de tradição*. São Paulo: Noeses: IBET, 2021 (307-327).