



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
TERCEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo nº 16327.000092/2008-41
Recurso nº 259.191 Voluntário
Acórdão nº 3401-00.258 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 17 de setembro de 2009
Matéria Auto de Infração de CPMF
Recorrente BANCO OURINVEST S/A
Recorrida DRJ-CAMPINAS/SP

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 02/01/2002 a 22/01/2003

AUTO DE INFRAÇÃO. CPMF. DECADÊNCIA. CINCO ANOS CONTADOS DO FATO GERADOR.

Nos termos da Súmula Vinculante 8 do Supremo Tribunal Federal, de 20/06/2008, é inconstitucional o artigo 45 da Lei nº 8.212, de 1991. Assim, a regra que define o termo inicial de contagem do prazo decadencial para a constituição de créditos tributários da CPMF é a do § 4º do artigo 150 do Código Tributário Nacional, ou seja, cinco anos a contar da data do fato gerador. No caso, atingidos pela decadência os lançamentos correspondentes aos períodos de apuração anteriores a 29 de janeiro de 2003.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PROVISÓRIA SOBRE MOVIMENTAÇÃO OU TRANSMISSÃO DE VALORES E DE CRÉDITOS E DIREITOS DE NATUREZA FINANCEIRA - CPMF

Período de apuração: 29/01/2003 a 29/12/2003

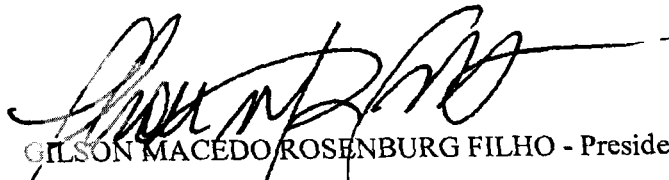
AUTO DE INFRAÇÃO. FUNDO DE INVESTIMENTO IMOBILIÁRIO. ALÍQUOTA ZERO. ENQUADRAMENTO. IMPOSSIBILIDADE.

Os fundos de investimento imobiliários, constituídos sob a forma da Lei nº 8.668, de 25 de junho de 1993, não estão dentre os fundos de investimento contemplados com a redução da alíquota da CPMF a zero, na forma do inciso III do artigo 8º da Lei nº 9.311, de 24 de outubro de 1996, visto que estes são apenas os fundos de investimento constituídos na forma dos artigos 49 e 50 da Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965.

Recurso Voluntário Provido em Parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao recurso apenas para reconhecer a decadência dos lançamentos anteriores a 29 de janeiro de 2003. O Conselheiro Fernando Marques Cleto Duarte votou pelas conclusões quanto à incidência da CPMF. Fez sustentação oral Dr^a Isabella Bariani Tralli OAB 198772.


GILSON MACEDO ROSENBURG FILHO - Presidente


ODASSI GUERZONI FILHO - Relator

EDITADO EM 06/10/2009

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Emanuel Carlos Dantas, Jean Cleuter Simões Mendonça, Odassi Guerzoni/Filho, Fernando Marques Cleto Duarte, Dalton Cesar Cordeiro de Miranda e Gilson Macedo Rosenberg Filho.

Relatório

O Recurso Voluntário se insurgiu contra os termos do Acórdão nº 05-21.888, de 12 de maio de 2008, proferido pela 3ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Campinas/SP, que manteve integralmente o lançamento consubstanciado pelo Auto de Infração cientificado à autuada acima identificada, administradora do Fundo de Investimento Imobiliário Torre Norte¹, em 29/01/2008, relativo à CPMF dos períodos de apuração de 02/01/2002 a 29/12/2003, cujo crédito tributário, nele incluídos o principal, juros de mora e multa de ofício de 75%, montou a R\$ 1.103.514,51.

A autuação decorreu do entendimento do Fisco quanto ao não enquadramento dos fundos de investimento imobiliário na regra que reduziu a zero a alíquota da CPMF sobre os lançamentos em suas contas correntes de depósito.

Para a instância de piso, a redução a zero da alíquota da CPMF, prevista no inciso III do artigo 8º da Lei nº 9.311, de 1996, não se aplica aos lançamentos em contas correntes de depósito dos fundos de investimento imobiliário que tenham sido constituídos nos termos da Lei nº 8.668, de 25 de junho de 1993, como é o caso do "FII Torre Norte", mas, diferentemente disso, apenas aos fundos de investimento constituídos nos termos dos artigos 49 e 50 da Lei nº 4.728, de 1965. Na formulação de seu entendimento, a DRJ adotou os termos da Solução de Consulta Interna nº 22, de 24/11/2006, da Coordenação-Geral de Tributação da Receita Federal do Brasil.

A Recorrente, todavia, em extenso arrazoado, não se conformou com tal entendimento, e, em apertada síntese, preliminarmente, suscitou a sua **nulidade** , sob o

¹ Dispõe o artigo 4º da Lei 9.779, de 19 de janeiro de 1999, que a instituição administradora do Fundo de Investimento Imobiliário fica como responsável pelo cumprimento das demais obrigações tributárias, inclusive acessórias, do Fundo.



argumento de que suas alegações, a rigor, não haviam sido enfrentadas, por entender que a decisão recorrida se limitou apenas a reproduzir trechos de uma Solução de Consulta Interna, ficando, portanto, sem fundamentação e sem motivação. Arguiu também a ocorrência da **decadência** para os lançamentos relacionados aos períodos de apuração compreendidos entre 02/01/2002 e 22/01/2003, haja vista a recente edição da Súmula vinculante 08 do STF, que decretou a inconstitucionalidade do artigo 45 da Lei nº 8.212, de 1991, de forma que o prazo de cinco anos fixado pelo § 4º do artigo 150 do Código Tributário Nacional é o que deve ser observado para fins de análise da decadência da CPMF, assim se considerando que a ciência do lançamento se deu no dia 29/01/2008. Na matéria de **mérito** propriamente dita, a Recorrente contesta o entendimento manifestado pela Solução de Consulta Interna, que, afinal, ditou o entendimento da DRJ de que os fundos de investimento imobiliário não se submeteriam à alíquota zero, argumentando que, na verdade, o inciso III do artigo 8º da Lei nº 9.311, de 1996, contempla todos os fundos de investimentos, independentemente da composição de suas carteiras ou de seus veículos introdutórios, uma vez que a Lei nº 4.728, de 1965, é a matriz legal de todo e qualquer fundo de investimento, inclusive os fundos de investimento imobiliário, conforme, ressalta, reconheceu a própria Comissão de Valores Mobiliários em ofício específico cuja cópia foi juntada aos autos deste processo.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro ODASSI GUERZONI FILHO, Relator

A tempestividade se faz presente pois, cientificada da decisão da DRJ em 09/06/2008, a interessada apresentou o Recurso Voluntário em 08/07/2008. Preenchendo os demais requisitos de admissibilidade, deve ser conhecido.

Nulidade da decisão recorrida

Não obstante a decisão ora recorrida tenha de fato adotado o teor da Solução de Consulta Interna nº 22, de 24 de novembro de 2006, da Coordenação-Geral de Tributação, inclusive, reproduzindo praticamente toda a fundamentação legal daquele ato, não vislumbro a nulidade apontada pela Recorrente. Ocorre que, diante de uma consulta formulada no âmbito interno da então denominada Secretaria da Receita Federal, e que consistia em se saber se a alíquota zero da CPMF, prevista no inciso III do artigo 8º da Lei nº 9.311, de 1996, se aplicava também às operações dos Fundos de Investimento Imobiliário, constituídos nos termos da Lei nº 8.668, de 1993, a Coordenação-Geral de Tributação, expondo as razões pelas quais assim entendeu, se posicionou pela negativa, de sorte que, em se tratando o caso presente da mesma situação, tenho como devidamente enfrentados ou consideradas as questões pertinentes para o julgamento, ainda que, repita-se, tenha se valido a instância de piso da argumentação utilizada pela referida Coordenação - Geral de Tributação. Em outras palavras, sejam quais forem os motivos de divergência elencados pela Recorrente para questionar o entendimento exposto na Solução de Consulta Interna, o fato é que, ao final das contas, os mesmos não se mostraram capazes, na visão dos julgadores da primeira instância, de modificarem o entendimento segundo o qual dentre os fundos de investimentos agraciados pela alíquota zero constante do



e 3

inciso III do artigo 8º da Lei nº 9.311, de 1996, não se enquadram os fundos de investimento imobiliário.

Afasto, pois, a nulidade apontada.

Decadência parcial

Desde a publicação da Súmula Vinculante 08 do STF, que decretou a inconstitucionalidade do artigo 45 da Lei nº 8.212, de 1991, tenho buscado, ora no § 4º do artigo 150², ora no inciso I do artigo 173³, ambos do Código Tributário Nacional, a fundamentação legal para o estabelecimento do prazo decadencial das contribuições sujeitas ao lançamento por homologação, como é o caso da CPMF, sempre ressaltando que a existência ou não de pagamentos, isto é, de autolancamento, é que determinará a minha opção entre um daqueles dois dispositivos.

Como sei, todavia, que o entendimento da maioria de meus pares neste Colegiado é diferente, tenho deixado registrado o porque me filio a essa corrente.

Na doutrina, invoco Luciano Amaro, que, *in* Direito Tributário Brasileiro, Ed. Saraiva, 2005, 11ª ed., p. 409, ensina que, *verbis*, "(...), quando não se efetua o pagamento 'antecipado' exigido pela lei, não há possibilidade de lançamento por homologação, pois simplesmente *não há o que homologar*; a homologação não pode operar no vazio. Tendo em vista que o artigo 150 não regulou a hipótese, e o art. 149 diz apenas que cabe lançamento de ofício (item V), enquanto, obviamente, não extinto o direito do Fisco, o prazo a ser aplicado para a hipótese deve seguir a regra geral do art. 173, ou seja, cinco anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que (à vista da omissão do sujeito passivo) o lançamento de ofício poderia ser feito".

Nessa mesma linha se posiciona Carlos Mário da Silva Velloso, *in* Decadência e prescrição do crédito tributário, Revista de Direito Tributário, n. 9/10, p. 184-5, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1979, ao afirmar que a homologação não tem lugar quando inexistente pagamento antecipado, pois o artigo 150, § 4º, só trata da hipótese de ter havido pagamento.

A jurisprudência do STJ é farta nesse mesmo sentido, a exemplo do julgado no REsp 678454/SC, Recurso Especial 2004/0088634-5, Relatora Ministra Denise Arruda, DJ 17/09/2007, p. 211, assim ementado:

RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. DECADÊNCIA. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PAGAMENTO NÃO ANTECIPADO PELO CONTRIBUINTE. INCIDÊNCIA DO ART. 173, I, DO CTN. RECURSO DESPROVIDO.

1. O prazo decadencial para constituição do crédito tributário pode ser estabelecido da seguinte maneira: (a) em regra, segue-se o disposto no art. 173, I, do CTN, ou seja, o prazo é de cinco anos contados "do primeiro dia do exercício seguinte àquele em

² Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

³ Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados: I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado; (...)

que o lançamento poderia ter sido efetuado"; (b) nos tributos sujeitos a lançamento por homologação cujo pagamento ocorreu antecipadamente, o prazo é de cinco anos contados do fato gerador, nos termos do art.150, § 4º, do CTN. 2. Em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação cujo pagamento não foi antecipado pelo contribuinte, deve ser aplicado o disposto no art. 173, I, do CTN. 3. No caso dos autos, não houve pagamento antecipado pelo contribuinte, motivo pelo qual a Fazenda Pública estadual lavrou Notificação Fiscal em 25 de janeiro de 1988, pugnando por débitos de ICMS referentes ao período de janeiro de 1982. Assim, o prazo que o Fisco estadual possuía para efetuar o lançamento era até 1º de janeiro de 1988, tendo em vista que, na hipótese, o prazo decadencial de que dispõe a Fazenda Pública para constituir o crédito tributário é de cinco anos a contar "do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado" (art. 173, I, do CTN). Portanto, efetivamente se implementou a decadência, não havendo o que ser reformado no acórdão recorrido. 4. Recurso especial desprovido.

Acórdão. Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros José Delgado, Francisco Falcão, Luiz Fux e Teori Albino Zavascki votaram com a Sra. Ministra Relatora. (grifos meus)

Assim, quando há o autolancamento, ou seja, o pagamento antecipado da contribuição, busco a regra da decadência no § 4º do artigo 150; quando não, vou ao inciso I do artigo 173.

No presente caso, entendo que devamos buscar o prazo legal a ser aplicado para fins de contagem da decadência no § 4º do artigo 150, já que, embora não tenha havido o recolhimento da CPMF por conta das movimentações financeiras do "FII Torre Norte", certamente houve por conta das movimentações financeiras do próprio Banco Ourinvest S/A;

Assim, considerando que a ciência do lançamento ocorreu em 29/01/2008, foram atingidos pela decadência todos os fatos geradores anteriores a 29/01/2003, razão pela qual deve ser cancelada a exigência a eles correspondente.

Alíquota zero e os Fundos de Investimento Imobiliário

A discussão aqui é uma só: se a ora autuada, administradora do Fundo de Investimento Imobiliário Torre Norte, deveria ter retido e recolhido a CPMF incidente sobre os lançamentos em contas correntes de depósitos do referido Fundo, ou se estavam tais operações abrigadas pelo disposto no inciso III do artigo 8º da Lei nº 9.311, de 24 de outubro de 1996, e, portanto, submetidas à alíquota zero para fins de recolhimento da dita contribuição.

Limitando-nos ao que interessa, é certo que o inciso III do artigo 8º da Lei nº 9.311, de 24 de outubro de 1996⁴, reduziu a zero a alíquota da CPMF incidente sobre os

⁴ Art. 8º A alíquota fica reduzida a zero:
(...)

lançamentos em contas correntes de depósito, dentre outras, das sociedades corretoras de títulos, valores mobiliários e câmbio, das sociedades distribuidoras de títulos e valores mobiliários, das sociedades de investimento e **fundos de investimento constituídos nos termos dos arts. 49 e 50 da Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965**. Por outro lado, também é certo que o "FII Torre Norte" se insere dentre aqueles fundos de investimento imobiliário constituídos com base nas regras da Lei nº 8.668, de 25 de junho de 1993.

Assim, o que nos resta decidir é se os fundos de investimento imobiliário, embora introduzidos no nosso sistema jurídico por uma lei específica, ou seja, não nos termos da Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965, e, portanto, aparentemente em desacordo com a condição imposta pelo inciso III do artigo 8º da Lei nº 9.311, de 24 de outubro de 1996, podem ser enquadrados como beneficiários da redução da alíquota da CPMF.

Na forma de ver da Recorrente a Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965, é o fundamento legal de todos os fundos de investimento, independentemente de existirem leis próprias instituindo, por exemplo, os fundos de investimento imobiliário (caso da Lei nº 8.668, de 1993) e o Fundo de Aposentadoria Programada Individual – Fapi (Lei nº 9.477, de 1997). Argumenta ainda a Recorrente que existem outros tipos de fundos introduzidos no nosso sistema jurídico por meio de regulamentos da Comissão de Valores Mobiliários, como, por exemplo, os fundos mútuos de investimento de empresas emergentes inovadoras (criados pela Instrução CVM nº 209, de 2004) e os fundos de investimento em direitos creditórios não-padronizados (criados pela Instrução CVM nº 446, de 2006), todos esses, juntamente com aqueles, originados de uma única matriz-legal, que é a Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965.

Assim, a certeza da Recorrente de que, apesar de possuírem características diferentes e veículos introdutórios diferentes (leis e regulamentos), os fundos de investimentos possuem uma única matriz legal, ou seja, são todos "Fundos 4728", é também reforçada pelo fato de que, segundo ela, a Instrução CVM nº 409, de 2004, seria o ponto de conexão entre todos os fundos de investimento. E essa conexão estaria claramente identificada pelo fato de que as cotas de todo e qualquer fundo de investimento é um valor mobiliário, na forma do disposto no artigo 3º da referida Lei nº 8.668, de 1993.

Todavia, entendo que os argumentos utilizados pela instância de piso para manter o lançamento, originados da Solução de Consulta nº 22, de 2006, são perfeitamente capazes de sustentar a afirmação de que os fundos de investimentos imobiliários não estão dentre aqueles fundos de investimentos contemplados com a alíquota zero a que alude o inciso III do artigo 8º da Lei nº 9.311, de 24 de outubro de 1996.

De acordo com informação colhida na *internet*, junto ao endereço <http://www.cvm.gov.br/port/protinvcaderno6.asp>, "o fundo de investimento imobiliário é uma comunhão de recursos, captados por meio do sistema de distribuição de valores mobiliários e destinados à aplicação em empreendimentos imobiliários. É constituído sob a forma de condomínio fechado, onde o resgate de quotas não é permitido".

III – nos lançamentos em contas correntes de depósitos das sociedades corretoras de títulos, valores mobiliários e câmbio, das sociedades distribuidoras de títulos e valores mobiliários, das sociedades de investimento e fundos de investimentos constituídos nos termos dos arts. 49 e 50 da Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965, das sociedades corretoras de mercadorias e dos serviços de liquidação, compensação e custódia vinculados às bolsas de valores, de mercadorias e de futuros, e das instituições financeiras não referidas no inciso IV do art. 2º bem como das cooperativas de crédito, desde que os respectivos valores sejam movimentados em contas correntes de depósito especialmente abertas e exclusivamente utilizadas para as operações a que se refere o § 3º deste artigo;
(...) (grifei)



Portanto, tem razão a Recorrente quando diz que as cotas dos fundos de investimento imobiliário é um valor mobiliário; mas isso, aliado ao fato de que os fundos de investimento imobiliário se submetem às regras da CVM, bem como ao fato de que a própria CVM, respondendo a consulta formulada pela ora Recorrente, tenha afirmado que os fundos de investimento imobiliário tem como natureza "*aquela estabelecida pela Lei nº 4.728/65*", não permitem que tais fundos, lembre-se, constituídos por lei específica e não por regulamento da própria CVM, tenham sido admitidos no rol dos fundos de investimento beneficiados com a redução da alíquota da CPMF a zero.

Ora, como já visto acima, o dispositivo legal que trata da redução da alíquota é taxativo ao dizer quais são os beneficiários da regra, e, no que se refere aos fundos de investimento, diz que são aqueles constituídos na forma do artigo 49 e 50 da Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965, enquanto que a CPMF que ora se discute incidiu sobre as movimentações nas contas de depósito dos fundos de investimento imobiliários constituídos na forma da Lei nº 8.668, de 25 de junho de 1993.

Façamos a comparação, lado a lado, dos fundos de investimento do tipo genérico (fundos de investimento originados da Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965) e dos fundos de investimento imobiliário (originados da Lei nº 8.668, de 25 de junho de 1993):

Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965	Lei nº 8.663 ¹ , de 25 de junho de 1993
--------------------------------------	--

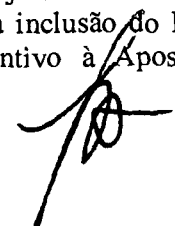
Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965	Lei nº 8.663, de 25 de junho de 1993
<i>Art. 49. Depende de prévia autorização do Banco Central o funcionamento das sociedades de investimento que tenham por objeto:</i> <i>I - a aplicação de capital em Carteira diversificada de títulos ou valores mobiliários ou;</i> <i>II - a administração de fundos em condomínio ou de terceiros, para aplicação nos termos do inciso anterior.</i> <i>§ 1º Compete ao Conselho Monetário Nacional fixar as normas a serem observadas pelas sociedades referidas neste artigo, e relativas a:</i> <i>a) diversificação mínima da carteira segundo empresas, grupos de empresas associadas, e espécie de atividade;</i> <i>b) limites máximos de aplicação em títulos de crédito;</i> <i>c) condições de reembolso ou aquisição de suas ações pelas sociedades de investimento, ou de resgate das quotas de participação do fundo em condomínio;</i> <i>d) normas e práticas na administração da carteira de títulos e limites máximos de custos de administração.</i> <i>§ 2º As sociedades de investimento terão sempre a forma anônima, e suas ações serão nominativas, ou endossáveis.</i> <i>§ 3º Compete ao Banco Central, de acordo com as normas fixadas pelo Conselho Monetário Nacional, fiscalizar as sociedades de investimento e os fundos por elas administrados.</i> <i>§ 4º A alteração do estatuto social e a investidura de administradores das sociedades de investimentos dependerão de prévia aprovação do Banco Central.</i>	<i>Art. 1º Ficam instituídos Fundos de Investimento Imobiliário, sem personalidade jurídica, caracterizados pela comunhão de recursos captados por meio do Sistema de Distribuição de Valores Mobiliários, na forma da Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976, destinados a aplicação em empreendimentos imobiliários.</i> <i>Art. 2º O Fundo será constituído sob a forma de condomínio fechado, proibido o resgate de quotas, com prazo de duração determinado ou indeterminado.</i> <i>Art. 3º As quotas dos Fundos de Investimento Imobiliário constituem valores mobiliários sujeitos ao regime da Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976, admitida a emissão sob a forma escritural.</i> <i>Art. 4º Compete à Comissão de Valores Mobiliários autorizar, disciplinar e fiscalizar a constituição, o funcionamento e a administração dos Fundos de Investimento Imobiliário, observadas as disposições desta lei e as normas aplicáveis aos Fundos de Investimento.</i> <i>Art. 5º Os Fundos de Investimento Imobiliário serão geridos por instituição administradora autorizada pela Comissão de Valores Mobiliários, que deverá ser, exclusivamente, banco múltiplo com carteira de investimento ou com carteira de crédito imobiliário, banco de investimento, sociedade de crédito imobiliário, sociedade corretora ou sociedade distribuidora de títulos e valores mobiliários, ou outras entidades legalmente equiparadas.</i>

Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965	Lei nº 8.663, de 25 de junho de 1993
<i>Art. 50. Os fundos em condomínios de títulos ou valores mobiliários poderão converter-se em sociedades anônimas de capital autorizado, a que se refere a Seção VIII, ficando isentos de encargos fiscais os atos relativos à transformação.</i> <i>§ 1º A administração da carteira de investimentos dos fundos, a que se refere este artigo, será sempre contratada com companhia de investimentos, com observância das normas gerais que serão traçadas pelo Conselho Monetário Nacional.</i> <i>§ 2º Anualmente os administradores dos fundos em condomínios farão realizar assembléia geral dos condôminos, com a finalidade de tomar as contas aos administradores e deliberar sobre o balanço por eles apresentado.</i> <i>§ 3º Será obrigatório aos fundos em condomínio a auditoria realizada por auditor independente, registrado no Banco Central.</i> <i>§ 4º As quotas de Fundos Mútuos de Investimento constituídos em condomínio, observadas as condições estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional, poderão ser emitidos sob a forma nominativa, endossável ou ao portador, podendo assumir a forma escritural. (Redação dada pelo Decreto nº 2.287, 23.7.1986)</i>	

Não estou aqui a negar que a "origem" dos fundos de investimento imobiliários esteja na Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965, tampouco que estejam subordinados ao controle da CVM, o que não quer dizer, porém, que, para fins de subsunção à regra da alíquota zero da CPMF, estejam eles na mesma situação dos denominados pela Recorrente "fundos 4728".

Data venia, de forma equivocada, a Recorrente pretende extrair, a fórceps, de um enunciado que taxativamente se refere aos fundos de investimento constituídos pelos artigos 49 e 50 da Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965, o entendimento de que dentre tais fundos poderiam também ser considerados os fundos de investimento imobiliário constituídos pela Lei nº 8.668, de 1993.

Tenho o mesmo entendimento que o da Cosit, explanado na referida Solução de Consulta, qual seja, o de que, quisesse o legislador contemplar os fundos de investimento imobiliário com a alíquota zero da CPMF, teria se valido da oportunidade de promulgação da Lei nº 9.539, de 12 de dezembro de 1997, e nela inserido um dispositivo específico, tal como o fez em relação aos "fundos de investimentos instituídos pela Lei nº 9.477, de 1997", já que estes, mesmo que também criados por lei específica, não haviam, até então, sido contemplados com a redução da alíquota da CPMF a zero em suas operações. Veja-se o inteiro teor da referida lei para que se verifique que o artigo 2º visou unicamente a inclusão do Fundo de Aposentadoria Programada Individual – Fapi e o Plano de Incentivo à Aposentadoria Programada Individual dentre os beneficiados com a alíquota zero:

 p.º

Lei nº 9.539, de 12 de dezembro de 1997 BOU de 15/12/97, pág. 29.950

Dispõe sobre a Contribuição Provisória sobre Movimentação ou Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira - CPMF.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º Observadas as disposições da Lei nº 9.311, de 24 de outubro de 1996, a Contribuição Provisória sobre Movimentação ou Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira - CPMF incidirá sobre os fatos geradores ocorridos no prazo de vinte e quatro meses, contado a partir de 23 de janeiro de 1997.

Art. 2º Ficam incluídos entre as entidades relacionadas no inciso III do art. 8º da Lei nº 9.311, de 24 de outubro de 1996, os fundos de investimentos instituídos pela Lei nº 9.477, de 24 de julho de 1997.

Art. 3º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 12 de dezembro de 1997; 176º da Independência e 109º da República.

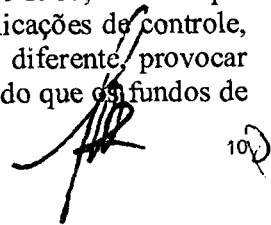
XXI - operações das sociedades e fundos de investimento mantidos por investidores residentes ou não no País;

Em outras palavras, e repetindo: fosse a intenção do legislador de contemplar também os fundos de investimento imobiliários constituídos na forma da Lei nº 8.668, de 1993, teria se valido dessa lei nº 9.537, de 1997, para tanto; se não o fez, é porque esse tipo de investimento, cujas características, por óbvio, são bastante diferentes dos chamados "fundos de investimento 4728", deveriam se submeter à alíquota positiva da CPMF.

Por outro lado, o fato de as portarias ministeriais que regulamentaram o inciso III do artigo 8º da Lei nº 9.311, de 24 de outubro de 1996, quais sejam, a Portaria MF nº 134, de 11 de junho de 1999, posteriormente revogada pela Portaria MF nº 227, de 11 de julho de 2002, terem se referido, dentre outros e na parte que nos interessa no momento, no artigo 3º, *caput*, e no inciso XXI, que a alíquota zero aplicar-se-ia nas: "XXI - operações das sociedades e fundos de investimento mantidos por investidores residentes ou não no País", ou seja, se referir aos fundos de investimento de forma genérica, não quer significar, como entendeu a Recorrente, que todos os fundos de investimentos, dentre eles os fundos de investimento imobiliário, estivessem na relação daqueles contemplados com a alíquota zero.

Ora, como se sabe as Portarias não podem ir além do conteúdo da norma que pretendem regulamentar e, no caso, a inciso III do artigo 8º da Lei nº 9.311, de 24 de outubro de 1996, somente se referira aos "fundos de investimento constituídos sob a forma dos artigos 49 e 50 da Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965" porque, à época, ainda não haviam sido constituídos os fundos de investimento imobiliários, por exemplo.

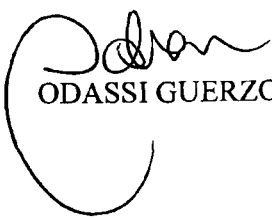
Quanto à resposta da CVM, a consulta que a Recorrente lhe formulara especificamente quanto ao enquadramento dos fundos de investimento imobiliário às disposições constantes dos artigos 49 e 50 da Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965, entendo que não tem o condão de dar outro significado que não apenas quanto às implicações de controle, de subordinação, de administração etc., sem, contudo, e não poderia ser diferente, provocar qualquer efeito na seara tributária. Ou seja, o fato de a CVM ter reconhecido que os fundos de



investimento imobiliários tem a mesma natureza que os fundos de investimento constituídos pelos artigos 49 e 50 da Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965, não tem força legal alguma para inserir na regra do inciso III do artigo 8º da Lei nº 9.311, de 24 de outubro de 1996, os fundos de investimento imobiliário.

Por fim, quanto à decisão proferida pela DRJ Campinas na sessão de 24/08/2007, Acórdão nº 10.377, e trazida à baila pela Recorrente para dizer que "os próprios órgãos administrativos de Primeira Instância da Receita Federal do Brasil entenderam que todo o gênero fundo de investimento estava submetido à alíquota zero, independentemente de sua espécie (tipo) ...", deve aqui ser registrado que, tendo me debruçado mais detidamente sobre o conteúdo da referida decisão e não apenas em sua ementa, como, s.m.j., restringiu-se a Recorrente, observei que o caso ali tratado era o de um Fundo de Aplicação em Quotas de Fundos de Investimento Financeiro, diferente, portanto, do presente caso, que versa sobre um fundo de investimento imobiliário.

Em face de todo o exposto, afasto a prejudicial de nulidade e dou provimento parcial ao recurso apenas para reconhecer atingidos pela decadência os lançamentos referentes aos períodos de apuração anteriores a 29 de janeiro de 2003.



ODASSI GUERZONI FILHO

