

Com fulcro nos fundamentos explicitados no DESPACHO AOS MEMOS/ PFE-CVM/ GJU-3/ N° 177 e 180/ 2003 (cópia anexa), discordo, *data venia*, das razões constantes do memorando em epígrafe.

À GAC.

Original assinado por

HENRIQUE DE REZENDE VERGARA

PROCURADOR – CHEFE

MAT. CVM: 7.000.970

DESPACHO AOS MEMOS/PFE-CVM/GJU-3/N°S 177 e 180/2003.

Trata-se de consulta formulada pela Associação Nacional dos Bancos de Investimento e pela Gerência de Arrecadação – GAC desta Comissão de Valores Mobiliários, objetivando, em síntese, informações sobre a possibilidade de incidência da taxa de fiscalização do mercado de valores mobiliários sobre os fundos de investimento financeiro, fundos de aplicação em quotas de fundos de investimento e fundos de investimento no exterior.

O MEMO/PFE-CVM/GJU-3/N°180/2003 concluiu pela admissibilidade da cobrança da taxa de fiscalização sobre os aludidos fundos, sustentando, em resumo, que além de os mesmos se submeterem ao poder de polícia desta Autarquia, encontram-se previstos no art. 3º da Lei nº 7.940, de 20 de dezembro de 1989.

Entretanto, não obstante os respeitáveis fundamentos contidos nos memorandos sob análise, tem-se que as razões ali expostas não merecem prosperar, consoante será adiante explicitado.

Inicialmente, antes de passar à análise do mérito propriamente dito, faz-se imperioso tecer alguns comentários acerca do conjunto normativo – regras e princípios – que rege o direito tributário brasileiro.

Com efeito, esclareça-se, antes de mais nada, que, em função da segurança jurídica, a interpretação das normas tributárias há que ser estrita, devendo o hermeneuta abster-se de lhes restringir ou dilatar o sentido, sendo certo, ainda, que as normas dessa natureza não suportam o recurso à analogia⁽¹⁾, nem a interpretação extensiva. As suas disposições aplicam-se no sentido rigoroso, estrito.

Além disso, é relevante acentuar que de todos os princípios constitucionais erigidos como garantia fundamental do contribuinte, o mais importante é o da legalidade, expressamente previsto nos arts. 150, I da CRFB/88 e 97 do CTN, e, sem dúvidas, decorrente do preceito maior contido no art. 5º, II da Lei Fundamental. Tal princípio impõe que o tributo só existe se criado por lei e na medida por ela criada. Em face desse princípio não pode ser aplicado, como visto, método interpretativo de construção, integração, analogia ou extensão de que resulte a criação ou modificação do tributo, pois se a lei não o previu, ele não pode surgir ou tornar-se maior ou menor por outra via⁽²⁾.

Como corolário da legalidade, emerge o princípio da tipicidade tributária que quanto à criação do tipo é uma das configurações lógicas do pensamento jurídico, ou o objeto da definição da lei, em caráter abstrato; quanto à definição do fato gerador, significa que este, por gerar o tributo, deve vir exaustivamente definido na lei, seja no seu aspecto nuclear, seja nos aspectos subjetivos, temporais e quantitativos, de preferência através de conceitos determinados. Quanto à interpretação e aplicação, impõe que só haverá imposição fiscal se o fato, previamente qualificado pelo intérprete, se subsumir, exata e precisamente, em todos os aspectos da definição abstrata da lei.

Nesse sentido está o pensamento do professor Luciano Amaro quando ensina que a lei deve definir os elementos essenciais ao surgimento da obrigação tributária, ressaltando que:

"O conteúdo do princípio da legalidade tributária vai além da simples autorização do Legislativo para que o Estado cobre tal ou qual tributo. É mister que a lei defina *in abstracto* todos os aspectos relevantes para que, *in concreto*, se possa determinar quem terá de pagar, quanto, a quem, à vista de que fatos ou circunstâncias. A lei deve esgotar, como preceito geral e abstrato, os dados necessários à identificação do fato gerador da obrigação tributária e à quantificação do tributo, sem que restem à autoridade poderes para, discricionariamente, determinar se "A" irá ou não pagar tributo, em face de determinada situação."⁽³⁾

Por conseguinte, verifica-se que o princípio da tipicidade tributária exige que a lei traga todos os elementos necessários à perfeita identificação e mensuração do tributo. A doutrina pátria tem considerado como elementos mínimos indispensáveis os seguintes: a) elemento material (pressuposto de fato para incidência da norma e surgimento da obrigação tributária); b) elemento subjetivo (sujeitos ativo e passivo da relação jurídica tributária); c) elemento financeiro (base de cálculo e alíquota).⁽⁴⁾

A partir dessas considerações iniciais, torna-se possível examinar o mérito da presente consulta. Destarte, a Lei nº 7.940/89, em seu art. 3º, estabelece os **contribuintes da taxa de fiscalização** (as pessoas naturais e jurídicas que integram o sistema de distribuição de valores mobiliários, as companhias abertas, os fundos e sociedades de investimentos, os administradores de carteira e depósitos de valores mobiliários, os auditores independentes, os consultores e analistas de valores mobiliários e as sociedades beneficiárias de recursos oriundos de incentivos fiscais obrigadas a registro na Comissão de Valores Mobiliários – Comissão de Valores Mobiliários) e na Tabela "A", determina, expressamente, os **valores devidos** que, como é cediço, têm como parâmetro o patrimônio líquido das entidades ali relacionadas.

Por uma leitura um pouco desavisada do uso citado dispositivo legal, poder-se-ia chegar à conclusão de que os fundos de investimento objeto da presente consulta estariam incluídos na Lei instituidora da taxa de fiscalização. No entanto, é preciso ter em mente que à época da promulgação daquela lei, sequer estavam autorizados a constituição e o funcionamento dos fundos de investimento financeiro, já que somente em 1995, o Conselho Monetário Nacional, por meio da Resolução 2.183, viabilizou a existência legítima dessas espécies de investimento.

Assim, tem-se que o art. 3º da Lei nº 7.940/89 somente poderia estar fazendo alusão aos fundos de investimentos sujeitos, àquela época, ao poder fiscalizatório da Comissão de Valores Mobiliários, sendo certo, ademais, que esses fundos eram regulados e fiscalizados pelo Banco Central do Brasil, apenas passando à competência desta Agência Reguladora em 2001, com a edição da Lei nº 10.303.

Logo, infere-se que seria impossível o legislador prever a incidência da taxa de fiscalização sobre os fundos em comento, uma vez que os mesmos não existiam à época da edição da Lei nº 7.940/89, bem como, quando de sua autorização para funcionamento, eram regulados, unicamente, pelo Banco Central.

Além disso, impende registrar que a Tabela "A" refere-se tão-somente aos fundos mútuos de ações, fundos de conversão – capital estrangeiro, fundos de investimento em capital estrangeiro e carteira de títulos e valores mobiliários de capital estrangeiro. Ou seja, concerne apenas às modalidades de fundos que estavam subordinadas à regulamentação e fiscalização desta Comissão ao tempo da edição da Lei nº 7.940/89.

Por derradeiro, urge salientar que o fato de, atualmente, ser inequívoco o potencial exercício do poder de polícia da Comissão de Valores Mobiliários – fato gerador do tributo – sobre os fundos de renda fixa, não faz com que seja viável a incidência da taxa de fiscalização sobre os mesmos, haja vista que, como analisado acima, a norma tributária deve conter todos os elementos instituidores do tributo, a fim de dar condições para que a Administração o exija.

Nesse passo, com a devida vênia do entendimento adotado nos doutos memorandos, como não há na legislação em vigor referência ao aspecto quantitativo, tem-se que não restou observado, em sua plenitude, o princípio da tipicidade tributária – corolário do princípio da legalidade – sendo impossível, por ora, determinar-se o *quantum debeatur* da taxa de fiscalização.

Dessa maneira, reitere-se, como a lei instituidora deve definir os elementos necessários ao surgimento da obrigação tributária, contata-se não ser viável a cobrança da taxa de fiscalização sobre os fundos de renda fixa, eis que, embora exista o fato gerador da obrigação, não há base de cálculo e alíquota (elemento quantitativo), ficando o contribuinte impedido de efetuar o recolhimento da referida taxa.

Finalmente, no que tange aos fundos de investimento imobiliário referidos do MEMO/PFE-CVM/GJU-3/Nº177/2003, insta anotar que deve ser aplicada a Lei nº 8.668, de 25 de junho de 1993, assim como a Instrução CVM nº 205, de 14 de janeiro de 1994.

Pelo exposto, conclui-se, com fulcro nos princípios da legalidade e da tipicidade tributária, que sobre os fundos anteriormente fiscalizados pelo Banco Central do Brasil e submetidos ao âmbito de fiscalização desta Autarquia a partir da Lei nº 10.303/01, ainda não pode incidir a taxa de fiscalização do mercado de valores mobiliários.

Ao PTE e à GAC.

Original assinado por

HENRIQUE DE REZENDE VERGARA

PROCURADOR-CHEFE

MAT.CVM.: 7.000.970

[\(1\)](#) Art. 108, § 1º do Código Tributário Nacional – CTN: "O emprego da analogia não poderá resultar na exigência de tributo não previsto em lei".

[\(2\)](#) Ruy Barbosa Nogueira, *Curso de Direito Tributário*, 15 ed., São Paulo: Saraiva, 1999, p. 77-104.

[\(3\)](#) *Direito Tributário Brasileiro*, 2 ed., São Paulo: Saraiva, 1998, p. 110.

[\(4\)](#) Os aspectos material, pessoal passivo e quantitativo têm que constar expressamente da lei tributária impositiva. Sem eles, não se tem como saber qual o fato capaz de gerar a obrigação tributária, quem deve pagar e quanto deve ser pago. Os outros aspectos, no entanto, podem ser presumidos. Assim, por exemplo, o aspecto pessoal ativo que, na ausência de disposição em contrário, é o próprio ente político do qual a lei constitui manifestação.