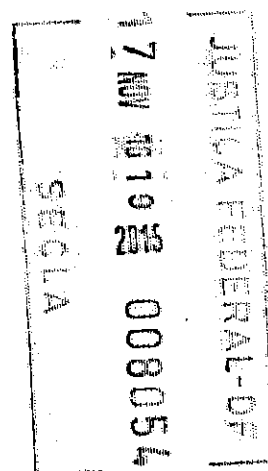


EXCELENTÍSSIMO SENHOR JUIZ DA \_\_\_\_VARA FEDERAL DA SEÇÃO  
JUDICIÁRIA DO DISTRITO FEDERAL



**GWJ BRAZIL AND LATIN AMERICA MASTER FUND LTD – GBF**, pessoa jurídica residente no exterior, inscrita no CNPJ sob o n. 15.255.858/0001-74, neste ato representada por seu representante legal MU HAK YOU (coreano, RNE n. W476.695-R, CPF n. 538.055.348-68) vem, respeitosamente, por seus advogados constituídos (doc.1), com fundamento nos arts. 4º, I e 461 do CPC e demais disposições aplicáveis, ajuizar a presente **ACÃO DECLARATÓRIA E CONDENATÓRIA** em face da **UNIÃO FEDERAL**, **com pedido de tutela antecipada parcial**, pelos motivos de fato e de direito a seguir aduzidos.

## 1. Dos fatos.

A Autora adquiriu cotas do “Fundo de Investimento Imobiliário – FII GWI Condomínio Logístico” (“FII GWI”), administrado pelo “BTG Pactual Serviços Financeiros S.A. DTVM”, conforme demonstram os documentos anexos.<sup>1</sup>

Recentemente, o referido administrador divulgou “Fato Relevante”, por meio do qual comunicou os cotistas e o mercado em geral a liquidação do Fundo, tendo em vista o encerramento de suas atividades (doc.4). Em razão disso e nos termos da legislação, o administrador tem o dever de proceder à devolução, aos cotistas, do numerário

<sup>1</sup> Doc.2: Documentos relativos à constituição do Fundo.

Doc.3: Notas de corretagem indicando a aquisição de cotas pela Autora e os respectivos preços, além de relatório do Fundo indicando o total de cotas adquiridas (151.001).

*Adv*

representativo das cotas e, na qualidade de substituto tributário, proceder, se o caso, à retenção do imposto de renda eventual devido sobre o ganho de capital.<sup>2</sup>

A Autora, por ter comprado as suas cotas no mercado (junto a terceiros), conforme já indicado nas notas de corretagens em que há a indicação dos preços pagos (doc.3), pagou por elas valor **superior** ao de resgate, como se observa da planilha anexa indicando o preço médio (doc.5). Logo, não teve ganho de capital (que é a diferença entre o valor de aquisição e de resgate) algum. Não obstante, a fonte retentora (substituto tributário) manifestou entendimento de que tem o dever de proceder à retenção do Imposto de Renda, considerando um suposto ganho de capital decorrente da diferença do valor de emissão (valor de face) das cotas e o valor da cota determinado por ocasião do encerramento do Fundo.

O argumento utilizado pelo administrador para recolher o imposto é o seguinte: com a distribuição do resultado (ou lucro) do fundo (realizada antes liquidação), o patrimônio remanescente passou a corresponder ao valor nominal da cota. Por consequência, o titular do investimento estaria obrigado a reavaliar o custo da cota, reduzindo-o do quanto pago para o valor do patrimônio na data de liquidação (igual ao nominal).

Diante disso, o administrador do fundo **já procedeu** à devolução das cotas com a retenção da quantia correspondente ao imposto de renda que reputa cabível, conforme planilha e saldo bancário indicando os valores recebidos (doc.6)<sup>3</sup>, **o qual será repassado à Receita Federal até o final do mês.**

Muito embora a Autora tivesse notificado o administrador demonstrando a não incidência do imposto de renda na hipótese (doc.7), aquela sociedade manteve a retenção e, salvo se houver reconhecimento judicial no sentido da não incidência do gravame, o administrador procederá ao repasse dos valores ao Fisco federal, conforme se observa da resposta à referida notificação (doc.8).

---

<sup>2</sup> IN n. 1.585/15:

*"Art. 37. Os ganhos de capital e rendimentos auferidos na alienação ou no resgate de cotas dos fundos de investimento imobiliário por qualquer beneficiário, inclusive por pessoa jurídica isenta, sujeitam-se à incidência do imposto sobre a renda à alíquota de 20% (vinte por cento).*

*(...)*  
*§3º: O resgate de cotas previsto no caput está sujeito à retenção do imposto sobre a renda na fonte, e ocorrerá somente em decorrência do término do prazo de duração do fundo ou da sua liquidação, sendo o rendimento constituído pela diferença positiva entre o valor de resgate e o custo de aquisição das cotas".*

<sup>3</sup> Houve a retenção indevida da quantia de R\$ 2.921.409,53.

Diante disso, não resta à Autora outra alternativa senão o ajuizamento da presente ação judicial, cujo objetivo é o reconhecimento (declaração) de que o imposto **não incide** na hipótese, abstendo-se a União Federal de cobrá-lo e, por consequência, seja oficiado o administrador do Fundo para que, a salvo da aplicação de penalidades por parte das autoridades fiscais (que, na falta de retenção, poderão eventualmente autuar a fonte retentora, na qualidade de substituta tributária), deixe de proceder a qualquer repasse ao erário. Esses são os fatos.

## 2. Preliminar. Legitimidade ativa da Autora.

Inicialmente, no que respeita à legitimidade **ativa** *ad causam* da Autora, decorre do fato de que é a beneficiária dos rendimentos (devolução das cotas) e, portanto, a **efetiva** contribuinte do imposto (caso se entenda, em tese, devido o gravame), o que a torna legitimada para questionar preventivamente a sua exigência.

O E. Superior Tribunal de Justiça possui jurisprudência pacífica no sentido de que, em matéria de substituição tributária, o **substituído** detém legitimidade quer para questioná-lo em juízo<sup>4</sup>, quer para proceder à restituição (quando o imposto vem a ser recolhido pela fonte retentora), até porque ao substituto tributário (fonte) incumbe apenas recolher o tributo em nome do substituído e repassar ao Fisco.<sup>5</sup>

## 3. Do direito. Inexistência de ganho de capital (e, por extensão, impossibilidade de cogitar da incidência e retenção do imposto). Quando há a compra de cota no mercado secundário, o custo é o valor pago, conforme nota de corretagem.

<sup>4</sup> "(...) I - A empresa prestadora de serviço é parte legítima para questionar a retenção de 11% sobre o valor bruto da nota fiscal ou fatura de cessão de mão-de-obra, eis que efetivamente suportará o ônus de tal retenção. É desnecessária a formação do litisconsórcio ativo entre a prestadora e a tomadora de serviço, por ausência de determinação legal nesse sentido. (...)" (REsp 641.086/SP, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 26/10/2004, DJ 06/12/2004, p. 223).

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO - MANDADO DE SEGURANÇA - LEGITIMIDADE 'AD CAUSAM' - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - CONTRIBUIÇÃO SOCIAL - ALTERAÇÕES INTRODUZIDAS PELA LEI 9.711/98.

A substituída tributária é parte legítima para impetrar mandado de segurança visando discutir a legalidade da sistemática de arrecadação instituída pela Lei 9711/98.

Recurso improvido." (REsp 384.485/RS, Rel. Ministro GARCIA VIEIRA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05/03/2002, DJ 08/04/2002, p. 154).

<sup>5</sup> "TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. IMPOSTO DE RENDA RETIDO NA FONTE. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. ILEGITIMIDADE ATIVA DO RESPONSÁVEL TRIBUTÁRIO.

1. A repetição de indébito tributário pode ser postulada pelo sujeito passivo que pagou, ou seja, que arcou efetivamente com ônus financeiro da exação. Inteligência dos arts. 121 e 165 do CTN.

2. A empresa que é a fonte pagadora não tem legitimidade ativa para postular repetição de indébito de imposto de renda que foi retido quando do pagamento para a empresa contribuinte. Isso porque a obrigação legal imposta pelo art. 45, parágrafo único, do CTN é a de proceder a retenção e o repasse ao fisco do imposto de renda devido pelo contribuinte. Não há propriamente pagamento por parte da responsável tributária, uma vez que o ônus econômico da exação é assumido direta e exclusivamente pelo contribuinte que realizou o fato gerador correspondente, cabendo a esse, tão-somente, o direito à restituição. A esse respeito: AgRg no REsp 895.824/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 30/09/2008; REsp 596.275/RJ, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, DJ 09/10/2006.

3. Conforme assentado pelo acórdão recorrido, a alegada autorização outorgada pela contribuinte substituída, quando muito, possibilitaria a recorrente ingressar com a demanda em nome da contribuinte substituída, na qualidade de mandatária, mas não em nome próprio (art. 6º do CPC).

4. Recurso especial não provido." (REsp 1318163/PR, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 20/05/2014, DJe 27/05/2014).

A Autora adquiriu cotas de fundo imobiliário que, por sua vez, foi recentemente liquidado, com a devolução do numerário representativo das cotas aos respectivos participantes.

A execução dos trabalhos de liquidação do fundo e transferência de recursos aos cotistas compreende a identificação de possível rendimento (ou lucro do fundo), a verificação do eventual ganho de capital e o desconto de imposto de renda na condição de fonte pagadora – IRRF, conforme determina a Instrução Normativa – IN RFB 1.585/2015 (arts. 17, I, 35, § 3º, e 100<sup>6</sup>).

O administrador do Fundo (“BTG Pactual Serviços Financeiros S.A. DVTM”) **considerou como custo de aquisição das cotas para todos os investidores, inclusive da Autora**, o seu valor de face, na importância de R\$ 100 (cem reais), definido quando da oferta primária das cotas.

Considerando que o valor da cota na liquidação é de R\$ 196,73<sup>7</sup>, o administrador reputa ter havido um ganho de capital (diferença entre o custo de aquisição e o custo de resgate) e, sobre tal valor (considerando algumas deduções pertinentes ao Fundo, que não têm relação com o caso), procedeu à retenção dos valores a devolver à Autora, os quais serão, até o final do mês, repassados ao Fisco a título de imposto de renda retido na fonte.

Ocorre que a Autora **não adquiriu cotas do Fundo por meio de oferta primária**, ao valor de face de **R\$ 100** (cem reais). A Autora, como se observa dos documentos anexos (doc. 3), adquiriu as quotas de que era titular quando do resgate no mercado secundário, em diferentes transações que, somadas, fizeram com que o custo médio de suas cotas fosse de **R\$ 197,59** (cento e noventa e sete reais e cinquenta e nove centavos – cf. planilha – doc.05).

<sup>6</sup> “Art. 17. É responsável pela retenção e pelo recolhimento do imposto:  
I - o administrador do fundo de investimento  
(...)”

Art. 35 (...)”

§ 3º O imposto de que trata este artigo será recolhido até o último dia útil do mês subsequente ao do encerramento do período de apuração.

Art. 100. Fica responsável pela retenção e pelo recolhimento do imposto sobre a renda na fonte, incidente sobre os rendimentos de operações financeiras auferidos por qualquer investidor estrangeiro, a pessoa jurídica com sede no País que efetuar o pagamento desses rendimentos”.

<sup>7</sup> Conforme se observa do comunicado do Fundo (doc.09), que indica o valor de rendimento de R\$ 98,62 por cota (resultado da soma do valor de R\$ 96,73 + R\$ 1,89 do ganho de capital. Somando-se os R\$ 96,73 com o valor de face da cota – R\$ 100,00 – chega-se ao valor de resgate no montante de R\$ 196,73).

Nesses casos – **em que a compra da cota é feita no mercado secundário** – e não na oferta primária, o ganho de capital deve ser determinado pela diferença entre o custo médio concreto de aquisição e o valor disponibilizado ao cotista (ao invés de sê-lo feito considerando como custo o preço atribuído à cota na emissão primária). Até porque ganho haverá apenas se o valor auferido na liquidação do fundo superar a quantia paga na aquisição do investimento.

É o que determinam o artigo 37, “caput” e §§ 1º, I, “b” e 3º da IN RFB 1.585/2015<sup>8</sup>. Tanto não há dúvida de que o descrito é o correto que, aliás, o § 4º do citado art. 37 estabelece que, para fins de cálculo do ganho de capital e retenção do imposto: “o administrador do fundo deverá exigir a apresentação da nota de aquisição das cotas, se o beneficiário do rendimento efetuou essa aquisição no mercado secundário”. A tal “nota de aquisição das cotas” foi devidamente apresentada ao administrador do Fundo, justamente para o fim de viabilizar a identificação do montante que ela, Autora, desembolsou no mercado secundário ao adquirir as costas do Fundo.

Nem se alegue, como cogitado pelo administrador que, com a distribuição do lucro e consequente redução do patrimônio líquido do Fundo ao valor nominal das cotas, a Autora estaria obrigada a reavaliar e reduzir o custo de seu investimento. Tal procedimento não tem amparo na IN RFB 1.585/2015 que, como apontado, determina que seja adotado o custo espelhado na nota de corretagem (e não qualquer outro valor). Aliás, natural que seja assim, pois, tratando-se de hipótese de tributação em separado de ganho de capital, só há renda sujeita a imposto quando o valor de alienação (liquidação, no caso) supera o custo de aquisição.

Disso decorre, no caso em exame, que o valor de custo que deve ser adotado para cálculo do ganho de capital deve ser **RS 197,59** (cento e noventa e sete reais e cinquenta e nova centavos) e não de **RS 100** (cem reais). Em ele sendo observado, como determina a legislação citada, não haverá IRRF devido pela Autora, na medida em que o valor nominal somado ao ganho de cada cota liquidada recebido pelos

<sup>8</sup> “Art. 37. Os ganhos de capital e rendimentos auferidos na alienação ou no resgate de cotas dos fundos de investimento imobiliário por qualquer beneficiário, inclusive por pessoa jurídica isenta, sujeitam-se à incidência do imposto sobre a renda à alíquota de 20% (vinte por cento).”

§ 1º Os ganhos de capital ou ganhos líquidos serão apurados:

I - de acordo com os procedimentos previstos no art. 56, quando auferidos:

(...); e

b) por pessoa jurídica em operações realizadas dentro ou fora de bolsa;

(...)

§ 3º O resgate de cotas previsto no caput está sujeito à retenção do imposto sobre a renda na fonte, e ocorrerá somente em decorrência do término do prazo de duração do fundo ou da sua liquidação, sendo o rendimento constituído pela diferença positiva entre o valor de resgate e o custo de aquisição das cotas”.

investidores com a extinção do fundo foi de **R\$ 196,73** (cento e noventa e seis reais e setenta e três centavos).

Portanto, é fora de dúvida que, diante da **ausência de ganho de capital** no caso, não tem cabimento a incidência de imposto de renda, o que justifica a propositura da presente demanda.

### 3. Pedido

Diante do exposto, requer a Autora digno-se V.Exa. determinar a citação da Ré para, querendo, contestar a presente, que ao final espera seja julgada procedente, para o fim de afastar a exigência do crédito tributário questionado, mediante o reconhecimento de que o imposto de renda não incide no resgate das cotas do Fundo.

Requer, ainda, nos termos dos arts. 273 do CPC e 151, V do CTN, seja concedida **parcialmente a tutela antecipada**, tão somente para fins de assegurar a suspensão da exigibilidade do crédito tributário questionado, uma vez presentes os requisitos legais para tanto.

A “verossimilhança da alegação” está presente ante a demonstração de que, nos termos da IN n. 1.585/15, o imposto de renda somente tem cabimento quando houver efetivo ganho de capital, que decorre da diferença **positiva** do custo de aquisição e de devolução, **o que não houve no caso em exame**, em que as cotas **não foram adquiridas** pelo valor de face de R\$ 100.

O “receio de dano” também se configura pois, sem a concessão da tutela antecipada, o administrador do Fundo, com receio de ser penalizado pelas autoridades fiscais, procederá ao pagamento, ao Fisco, dos valores já retidos por ocasião da devolução das cotas da Autora, o que a submeteria, em caso de decisão final favorável, ao penoso caminho da restituição do indébito, com todos os percalços a ela inerentes.

Uma vez concedida a tutela antecipada, requer a Autora seja **oficiado com urgência** o administrador do Fundo<sup>9</sup> para que deixe de proceder a qualquer repasse de valores ao Fisco federal, transferindo a quantia retida à mesma conta corrente da Autora para a qual já havia repassado os demais valores do Fundo liquidado.

<sup>9</sup> Rio de Janeiro, RJ, Praia de Botafogo, n. 501, 5º andar (parte), Torre Corcovado, Botafogo, CEP 22250-040.



A d v o c a c i a  
DIAS DE SOUZA

Quando menos, caso não concedida a tutela antecipada, o que se coloca apenas para argumentar, pede a Autora seja o administrador oficiado para que **deposite em juízo**, para os fins do art. 151, II do CTN, o valor do imposto por ele já retido, evitando-se com isso que, em caso de acolhimento ao final da ação, seja a Autora obrigada a promover a restituição dos valores.

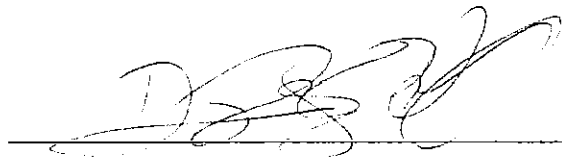
Requer, ainda, a produção de todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente a juntada de novos documentos e a realização de perícia.

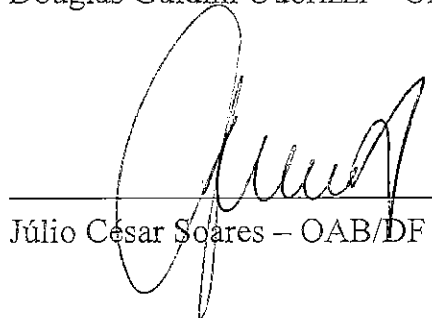
Por fim, requer que todas as intimações relativas ao presente sejam realizadas exclusivamente em nome do Dr. Hamilton Dias de Souza (OAB/SP n. 1.448-A).

Dando ao presente o valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais),

Pede Deferimento.

Brasília, 17 de novembro de 2015

  
\_\_\_\_\_  
Douglas Guidini Odorizzi – OAB/SP n. 207.535

  
\_\_\_\_\_  
Júlio César Soares – OAB/DF n. 29.266