

LUCIA HELENA SANTANA D'ANGELO MAZARÁ

**ASPECTOS TRIBUTÁRIOS DAS
ENTIDADES FECHADAS DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR**

PUC/SÃO PAULO

2007

LUCIA HELENA SANTANA D'ANGELO MAZARÁ

**ASPECTOS TRIBUTÁRIOS DAS
ENTIDADES FECHADAS DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR**

Dissertação apresentada à
Banca Examinadora da
Faculdade de Direito da Pontífica
Universidade Católica de São
Paulo, como exigência parcial
para obtenção do título de
MESTRE em Direito Tributário,
sob a orientação do Prof. Doutor
Paulo de Barros Carvalho.

São Paulo

2007

Banca Examinadora

DEDICATÓRIA

Agradeço ao meu amado marido Ronaldo Mazará Junior pelo incentivo, motivação e compreensão para a realização de mais este projeto na minha vida.

A minha doce e querida filha Giovanna, ainda tão pequena, mas, com muita maturidade para entender a minha ausência necessária nos momentos de estudo e ao meu querido filho Matheus que chegou para alegrar ainda mais a minha vida neste ano de grandes realizações.

Agradeço, por fim, a minha mãe e postumamente ao meu pai, que dedicaram preciosos anos de suas vidas a me ensinarem a importância do estudo e de se buscar com determinação tudo aquilo que almejar.

RESUMO

Este estudo tem como objetivo discorrer sobre as normas do Direito que regem a tributação das Entidades Fechadas de Previdência Complementar – EFPC, elencando os tipos de tributos e tratando da incidência de cada um deles sobre as entidades e/ou pagamento dos benefícios e resgates, conforme o caso.

O estudo adota como base de sistematização os ensinamentos do Prof. Paulo de Barros Carvalho referente a regra-matriz de incidência tributária, a fim de vislumbrar a correta interpretação dos tributos.

O resultado do trabalho é a compilação dos tributos: Imposto de Renda, Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL, PIS/PASEP, Cofins e CPMF tratados individualmente sob o ângulo das Entidades Fechadas de Previdência Complementar.

Cabendo, ainda, ao final, breves considerações com referência aos Encargos Sociais e seus reflexos para as entidades.

SUMMARY

This study has the objective to discuss about the Legal norms which regulates the Complementary Social Security Closed Entities – EFPC, casting the tribute types and treating the incidence of each one of them over the entities and/or the benefits and recovery payments, according to each case.

The study adopts as systemic base line the lessons of Professor Paulo de Barros Carvalho regarding the tributary incidence matrix-rule, in order to catch a glimpse of the correct interpretation of the tributes.

The outcome of the work is the tributes compile: Income Taxation, Social Contribution over the Net Profit – CSLL, PIS/PASEP, Cofins & CPMF – treated individually under the Complementary Social Security Closed Entities point of view.

Nevertheless, brief considerations regarding the Social Burden and its consequences to the entities are weaved in the end.

INTRODUÇÃO	1
1 HISTÓRICO DA PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR	3
1.1 CONCEITO PREVIDÊNCIA E ASSISTÊNCIA SOCIAL	6
1.2 ENTIDADES FECHADAS DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR E SUA NATUREZA JURÍDICA	8
2 ENTIDADE FECHADA DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR	11
3 HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA TRIBUTÁRIA	14
4 TRIBUTAÇÃO IMPOSTO DE RENDA	23
4.1 ISENÇÃO E IMUNIDADE	27
4.1.1 ISENÇÃO	28
4.1.2 IMUNIDADE	29
4.2 PRECEDENTES DA IMUNIDADE EM FACE DAS EFPCS	34
4.3 IMUNIDADE DAS EFPCS E A AÇÃO JUDICIAL	49
4.4 TRIBUTAÇÃO DAS APLICAÇÕES FINANCEIRAS DAS EFPCS	65
4.5 NOVO REGIME DE TRIBUTAÇÃO DOS PLANOS	70
4.6 REGRAS DE TRIBUTAÇÃO DE BENEFÍCIOS E RESGATES	77
5 CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO	81
6 PIS - PROGRAMA DE INTEGRAÇÃO SOCIAL E COFINS - CONTRIBUIÇÃO PARA FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL	87

7 CONTRIBUIÇÃO PROVISÓRIA SOBRE MOVIMENTAÇÃO OU TRANSMISSÃO DE VALORES E DE CRÉDITOS E DIREITOS DE NATUREZA FINANCEIRA – CPMF	104
7.1 HISTÓRICO	104
7.2 CPMF E OS PLANOS DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR	114
8 ENCARGOS SOCIAIS	118
CONSIDERAÇÕES FINAIS	125
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	139

INTRODUÇÃO

O objetivo deste trabalho é o de descrever as normas do Direito que regem a tributação das entidades fechadas de previdência complementar.

Para descrever as normas tributárias, faz-se necessário inicialmente efetuar uma distinção entre entidades de previdência complementar aberta e fechada, uma vez que estas entidades são regidas por órgãos de fiscalização diferentes, o que gera distinção de legislação e tratamento.

Assim, na primeira parte do trabalho será apresentado uma noção histórica da evolução das entidades efetuando a distinção entre as entidades abertas e as entidades fechadas sem, contudo, adentrar muito no tema, uma vez não ser este o objetivo principal do trabalho.

Na segunda parte do trabalho, será descrito o corpo normativo (Imposto de Renda, CSLL – Contribuição Social sobre o Lucro Líquido, PIS/PASEP e CPMF – Contribuição Provisória sobre Movimentação ou Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira) que rege a tributação das entidades fechadas de previdência complementar, ordenando seus comandos e sua hierarquia, trazendo de forma sistêmica as regras matrizes de incidência dos tributos que incidem sobre as estas.

Na terceira parte serão tratados os comandos normativos que regem a tributação dos benefícios e resgates pagos pelas entidades.

Dessa forma, o trabalho discorrerá sobre o Imposto de Renda, PIS/PASEP, Cofins, CSLL – Contribuição Social sobre o Lucro Líquido das Entidades, CPMF - Contribuição Provisória sobre Movimentação ou Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira, Imposto de Renda que incidem sobre os pagamentos de benefícios e resgates e, posteriormente, ao fim dos encargos sociais.

Com este trabalho espera-se estar contribuindo para a sistematização das regras tributárias atinentes às entidades de previdência complementar, seguindo a linha desenvolvida por Paulo de Barros Carvalho no que se refere a regra-matriz de incidência tributária, ressaltando-se, contudo, que dada a evolução tributária com as intermináveis alterações legislativas brasileiras, o conteúdo deste trabalho pode ser alterado no decorrer dos anos.

1 HISTÓRICO DA PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR

Para iniciarmos este trabalho é importante lembrar que a Seguridade Social, tal qual a conhecemos hoje, que busca em seu escopo os princípios da ajuda mútua, tem suas remotas raízes nas associações de trabalhadores romanos, anteriores a era cristã. Nessa época, eram a fonte dos sistemas previdenciários, tendo em vista que a força daquelas organizações, eram estruturadas com objetivos religiosos.

As associações romanas evoluíram, passando de confrarias, grêmios, irmandades de socorro até o montepios, sempre com o objetivo do mutualismo.

Nas irmandades de socorro o objetivo principal era de enfermidade e morte, enquanto os montepios se preocupavam com a sobrevivência, a invalidez e a velhice.

Os montepios que foram constituídos para amparar as viúvas e órfãos contra o risco de morte do marido ou pai, começou a ser usado no século XVI, restrito a determinadas classes ou categorias profissionais. Somente no século XVII apareceram os montepios abertos voltados para o movimento geral de todas as classes sociais, ainda organizadas espontaneamente por iniciativa dos interessados, porém, com o apoio econômico, mais ou menos direto do Estado.

Assim, por influência do mutualismo, os planos de previdência atualmente encontrados em grande número de países revelam a preocupação crescente de quase todos os povos em adotar ou ampliar programas de amparo aos seus trabalhadores, a

exemplo de nações mais evoluídas que, de longa data, estabeleceram sua política social e a continuam aperfeiçoando-a constantemente.

Historicamente, a previdência complementar sofreu diversas alterações e as formas de controle foram se tornando mais rígidas, o que foi necessário para garantir uma maior idoneidade e certeza do investimento efetuado a longo prazo.

Assim, a previdência privada no Brasil inicialmente foi criada sob a forma de montepios, que visava ao amparo das famílias dos empregados públicos, quando falecessem, e previa ainda o direito à pensão e ao pecúlio.

Em 1923 com a promulgação do Decreto Legislativo n 4.682 – Lei Eloy Chaves, criou-se, em cada uma das empresas de estradas de ferro existentes no país, uma caixa de aposentadoria e pensões para os respectivos empregados. Foi um marco da Previdência Social.

Já a Constituição de 1934 incluiu um capítulo sobre a Ordem Econômica e Social, de forma a ser organizada conforme os princípios da justiça e às necessidades da vida nacional, possibilitando a todos existência digna.

A Constituição de 1937 alargou o domínio da previdência, dando tônica aos seguros sociais, ratificando o prescrito na Carta anterior.

A Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional 1/69 trataram da previdência como expressão abrangente de assistência social, ao reproduzirem nos arts. 158, inciso XVI, par. único e 165 da referida Constituição o mesmo texto da Emenda Constitucional 11 de 1965.

Em face do exposto, observa-se que as Constituições Federais até 1967 trataram da questão previdenciária de forma polissêmica, tendo em vista que os sistemas constitucionais tratavam juntamente os direitos dos trabalhadores e as questões relativas à previdência e, conseqüentemente à assistência social.

O primeiro diploma legal sobre as entidades privadas de previdência complementar é baseado na capitalização e constitui-se pela Lei n. 6.435, de 15 de julho de 1977. Essa lei deu início a um sistema organizado para as entidades de previdência privada, tanto para empresas privadas de capital aberto, como, por exemplo, as companhias de seguro – como também para as empresas de capital fechado, ou seja, as entidades fechadas de previdência.

As entidades de previdência privadas gozam de um sistema próprio de previdência e assistência peculiares, com regras próprias, destacando-se do sistema geral e universal da Seguridade Social.

A lei n. 6.435/77 considerou as entidades fechadas de previdência complementar como instituições assistenciais, sem fins lucrativos.

A referida Lei foi recentemente revogada pela Lei Complementar n. 109, de 29 de maio de 2001, que manteve a peculiaridade das entidades de previdência privada, inovando nas regras gerais a serem aplicadas nos planos de benefícios e deixando claro que não estão estas vinculadas às regras da Previdência Oficial. A partir da Lei Complementar n. 109/2001 as entidades de previdência privada passaram a ser tratadas como entidades de previdência complementar. Segundo Regina Helena

Costa¹, “Por meio da interpretação histórico-sistemática, concebe-se a assistência social e a previdência como nascidas praticamente juntas, uma foi a razão do surgimento da outra. E que o termo assistência nas acepções a serem estudadas com mais cautela a frente, têm sempre presente a ajuda e o socorro, conceito que foi acompanhado no desenvolvimento da previdência”.

Nesse diapasão faz-se importante entender o conceito de previdência e assistência social.

1.1 Conceito previdência e assistência social

A Constituição Federal de 1988 ampliou o rol dos direitos sociais, no Título VIII – em que dispõe sobre a Ordem Social, tratando no Capítulo II da Seguridade Social e nas Seções I, II e III da Saúde, Previdência Social e Assistência Social, respectivamente.

O legislador ao tratar a ordem social, fê-la de forma ordenada e sistematizada. Assim, com base no art. 194 da Constituição Federal de 1988, podemos dizer que o legislador usou a expressão “seguridade social” como gênero, e a saúde, previdência e assistência social como espécies.

Segundo Rio Nogueira², um princípio fundamental é que “Toda pessoa tem um nível de vida capaz de lhe assegurar, a ela e à família, a saúde e o bem-estar, e

¹ Imunidades Tributárias, p. 36.

² As opções da previdência privada sob o ângulo da empresa usuária. Aspectos regulamentar e operacionais, p. 55.

especialmente a alimentação, o vestuário, a habitação, a assistência médica e os serviços sociais necessários. Tem igualmente direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice e outros casos de perda dos meios de subsistência, por circunstâncias independentes de sua vontade”, o que revela a interligação entre previdência e assistência social, reconhecendo-lhes igual peso na proteção social. E ressaltando a importância da previdência, entende que ela incorpora o conceito de assistência, porque busca igualmente o bem-estar social, assim se pronunciando: “Não valeria pensar em previdência sem pensar em assistência, como não valeria pensar na assistência sem previdência; ambas se integram forçosamente nos processos garantidores do bem-estar dos que já trabalham ou já não podem trabalhar.” Assim, da intenção de regulamentar a assistência é que surgiu a previdência.

A despeito das fases históricas da assistência e previdência, não há campo delimitado, fixo, para cada uma das fases do processo lógico previdência-assistência e do processo histórico assistência-previdência.

Pode-se dizer que a essência da previdência é a assistência social. Percebe-se uma confusão das expressões assistência e previdência, na medida em que não há como, historicamente, traçarmos uma linha divisória de quando e como uma ou outra começou; mas, juridicamente podemos diferenciá-las, tendo em vista que a assistência originalmente se ligava à caridade e a previdência foi uma forma de se prevenirem riscos, regulamentando a assistência que seria atribuída a cada caso.

1.2 Entidades fechadas de previdência complementar e sua natureza jurídica

Após tratarmos do termo assistência e previdência, cabe-nos analisar o conceito de Entidade Fechada de Previdência Complementar – EFPC.

A Constituição Federal vigente, assim como as anteriores dispuseram sobre a imunidade tributária das instituições de educação e de assistência social.

Antes de entrarmos no tema propriamente dito, da imunidade das entidades fechadas de previdência complementar, faz-se necessário, discorrermos sobre os aspectos que caracterizam essas.

A Lei Complementar n. 109/2001 dispõe que as entidades de previdência fechada complementar são organizadas como sociedades civis ou fundações sem fins lucrativos.

A despeito de toda a discussão que aqui caberia, quanto a sociedades civis, visto que o Código Civil, introduzido pela Lei Nº 10.406/2002, não trouxe mais a figura da sociedade civil, deixaremos este aspecto para outra oportunidade.

Necessário se faz buscar a etimologia da palavra entidade e, considerando que o legislador não é um especialista fazedor de leis, conforme Paulo de Barros Carvalho³: “A linguagem do legislador é uma linguagem natural, penetrada, em certa porção, por termos e locuções técnicas. Nem poderia ser de outra maneira. Os membros das Casas Legislativas, em países que se inclinam por um sistema democrático de governo, representam os vários segmentos da sociedade. Alguns são médicos, outros bancários, industriais, agricultores, engenheiros, advogados, dentistas, comerciantes, operários, o que confere um forte caráter de heterogeneidade, peculiar aos regimes que se pretendem representativos.”

Pelo estudo da definição da expressão “entidade”, verifica-se que é palavra sinônima de instituição. Na verdade, não importa a forma jurídica específica das entidades, ela sempre deve colimar a prestação de serviços educacionais e de assistência social, sem intuito de lucro.

Considerando que a expressão assistência social é ampla e não se resume apenas às entidades de filantropia e benemerência, afigura-se demonstrar que as entidades fechadas de previdência complementar têm natureza assistencial.

Elizabeth Nazar Carrazza⁴, embora examinando a situação específica de instituição educacional, teceu considerações amplamente aplicáveis ao caso. Para ela, o vocábulo “instituição” não foi utilizado no texto constitucional no seu sentido técnico-

³ Curso de direito tributário, p. 4.

⁴ Progressividade e IPTU, p. 93

jurídico. Portanto, não é necessário que as entidades atendam a requisitos outros que não os taxativamente previstos no CTN. O que se quer, quanto às suas finalidades, é que ela atenda ao interesse coletivo, suprimindo ou complementando atividades próprias do Estado.

A previdência social é, hoje, universalmente considerada uma forma, uma modalidade da assistência social; é a assistência social preventiva.

2 ENTIDADE FECHADA DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR

Objetivando enquadrar as entidades fechadas de previdência complementar dentro do conceito disposto no art. 150, inciso VI, “c”, da Constituição Federal de 1988, ou seja, como entidades de assistência social, vamos primeiramente discorrer sobre as entidades propriamente ditas.

O Estado responde pelo sistema de seguridade social, juntamente com a sociedade, com a finalidade de assegurar a todos os direitos à previdência e à assistência social.

Assim, o caput do art. 194 da Constituição Federal de 1988 estabelece:

Art. 194 – A Seguridade Social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da Sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

Garantindo a saúde, previdência e assistência social a todos, a seguridade social, prevista nos arts. 194 e 204 da Constituição Federal de 1988, é necessidade primária da ordem econômico-social. Nesse contexto, pode-se concluir que há o sistema da seguridade social no Brasil, tendo em vista que ela é formada pela saúde, previdência e assistência.

Podemos dividir esse sistema em sistema oficial e sistema privado.

O sistema oficial é o sistema de seguridade social básica, estatal e obrigatória, é o sistema a cargo do Estado, financiado pelos trabalhadores, empregadores e governo, com contribuições obrigatórias incidentes sobre salários, faturamento das empresas e concurso de prognósticos. Nesse sistema, todos são contribuintes.

Já o sistema privado é o sistema de seguridade social também chamado de complementar. Nele são criadas as entidades com o objetivo de complementar a seguridade social oficial. Essas entidades são custeadas pelo setor privado, em nada onerando o Estado.

De acordo com a relação entre a entidade e os participantes dos planos de benefícios, o sistema privado pode ser aberto ou fechado. O sistema aberto é composto por entidades que oferecem planos de seguridade social a todas aquelas pessoas interessadas em complementar sua previdência. São organizadas sob a forma de sociedade anônima, podendo ter ou não fins lucrativos, embora sua grande parte possua fins lucrativos, ou seja, com finalidade de distribuição de lucros entre os acionistas. São regidas e fiscalizadas pela SUSEP – Superintendência de Seguros Privados e CNS – Conselho Nacional de Seguros.

O sistema fechado é composto por entidades criadas com o objetivo de complementar a seguridade social oficial, visando à preservação do padrão de vida anterior à inatividade e à prestação de assistência aos beneficiários.

São fechadas, pois são organizadas por uma empresa ou por um grupo de empresas, normalmente integrantes de um mesmo grupo econômico, que administram

o plano de benefícios para os seus funcionários, denominados “participantes”, não sendo assim, abertas a qualquer pessoa. Tais entidades não possuem finalidade lucrativa e são regidas e fiscalizadas pela SPC – Secretaria da Previdência Complementar e pelo CGPC – Conselho de Gestão da Previdência Complementar. De acordo com Regina Helena Costa⁵, “A entidade fechada difere da aberta, pois nesta podem participar quaisquer pessoas que queiram complementar a previdência social e as fechadas são exclusivas para os empregados de determinada empresa, denominada pelo plano como Patrocinadora”.

Apenas para fins de informação, a previdência privada, criada em 1977, conta atualmente com quase 350 entidades fechadas, e as seis maiores entidades são patrocinadas por empresas públicas.

A importância das entidades fechadas de previdência complementar, também denominados fundos de pensão, é extraordinária para os trabalhadores, empresas e de forma geral para o país, já que há a existência da formação de poupança de longo prazo, aumentando a capitalização das empresas, tornando-se, assim, um poderoso instrumento de política social e assistencial.

⁵ Imunidades tributárias, p. 22.

3 HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA TRIBUTÁRIA

Este estudo tomou como base tributária os estudos desenvolvidos por Paulo Barros Carvalho referente à fenomenologia da incidência tributária, ou seja, o conceito da regra-matriz de incidência tributária, tratada por ele como hipótese de incidência tributária.

Nesse contexto, para entendermos a fenomenologia da incidência tributária, deve-se partir da subsunção do conceito do fato ao conceito da norma, quando o fato é aquilo que ocorre na sociedade e que pode ou não gerar a incidência de uma norma, entretanto, nos interessa neste momento, o fato jurídico tributário que é aquele constituído pela linguagem prescritiva do direito positivo, ou seja, o fato que estiver previsto em uma norma jurídica.

Sendo assim, normas jurídicas são proposições prescritivas que possuem sua valência própria, ou seja, são válidas ou inválidas e não verdadeiras ou falsas, como as proposições descritivas da ciência do direito. Dessa forma, as normas jurídicas sempre serão válidas ou inválidas, com referência a um determinado sistema, ou seja, mantém uma relação de pertinencialidade com o sistema.

Portanto, conforme destaca Paulo de Barros “A validade não é, portanto, atributo que qualifica a norma jurídica, tendo “status” de relação: é vínculo que se estabelece

entre a proposição normativa e o sistema do direito posto, de tal sorte que ao dizermos que uma norma “N” é válida, estaremos expressando que ela pertence ao sistema “S”.

Tomando-se por base o texto de lei (enunciado), depreende-se proposições prescritivas que, por um ato mental do cientista, comporão o antecedente e o conseqüente da norma jurídica. Assim, a norma jurídica desperta em nossa mente e é expressa numa proposição descritiva; é um raciocínio. Isolando-se o significado dos signos da linguagem em que é expressa a norma jurídica, assim como o seu plano pragmático, remanesce o plano exclusivamente sintático daquela linguagem, obtendo-se a estrutura lógica da norma jurídica consistente num juízo hipotético-condicional.

A função do isolamento temático da forma lógica da norma jurídica é propiciar a sua análise como raciocínio para alcançar o seu valor de verdade. De uma hipótese pode decorrer uma ou várias conseqüências, mas tais conseqüências não podem ser contraditórias. Da mesma forma não existe hipótese sem conseqüência. Pelo isolamento da forma lógica, vê-se como o direito está estruturado como hipóteses a que se relacionam conseqüências, como se regula a conduta humana (obrigação, permissão e proibição).

Assim, podemos dizer que a norma jurídica é o juízo hipotético-condicional que se extrai do texto de lei (suporte físico dos enunciados prescritivos), cuja hipótese e conseqüente são constituídos pelas proposições (significações dos diversos enunciados prescritivos contidos no texto de lei que, por sua vez, consistem nos

conjuntos de palavras escritas de acordo com os comandos de determinada língua que têm algum sentido).

Faz-se a leitura do texto de lei, o qual desperta um significado (enunciado prescritivo) e uma significação (proposição) na mente do leitor. As diversas proposições depreendidas da leitura do texto de lei constituem a hipótese e o conseqüente da norma jurídica, juízo estruturado de forma hipotético-condicional, de sorte que, se/e quando ocorrido o fato descrito em sua hipótese, deve-ser a relação jurídica descrita em seu conseqüente.

Paulo de Barros Carvalho⁶, discorre que ocorre a subsunção, quando o fato (fato jurídico tributário constituído pela linguagem prescritiva pelo direito positivo) guardar absoluta identidade com o desenho normativo da hipótese (hipótese tributária). Ao ganhar concretude, o fato instala-se, automática e infalivelmente, o laço abstrato pelo qual o sujeito ativo se torna titular do direito subjetivo público de exigir a prestação, ao passo que o sujeito passivo ficará na contingência de cumpri-la.

A norma tributária assume a seguinte configuração: hipótese, mandamento, sanção, assim, posta a norma, se/e quando acontecerem os fatos descritos, incide o mandamento.

Segundo o referido autor, ao fato concreto, efetivamente ocorrido na conformidade da previsão legal, designa-se por fato gerador. O fato gerador acarreta a

⁶ Curso de direito tributário, p. 245.

incidência do mandamento que, ao determinar que alguém pague X ao Estado, cria um laço obrigacional ligando esse alguém ao Estado.

A hipótese de incidência é assim a descrição legal de um fato: é a formulação hipotética, prévia e genérica, contida na lei, de um fato, é o espelho do fato, a imagem conceitual de um fato; é seu desenho. Portanto, hipótese da lei tributária é a conceituação legal de um fato.

A hipótese de incidência tributária é conceito, no sentido de que é uma representação mental de um fato ou circunstância de fato. Mas não é mero e simples conceito, na acepção filosófica do termo, é uma manifestação legislativa, é contida num enunciado legal. É um conceito legal. É um conceito determinado e fechado, que por exigência constitucional, não cabe a matéria invocar tipicidade.

Enquanto categoria jurídica, a hipótese de incidência é una e indivisível, trata-se de ente lógico-jurídico unitário e indivisível. Dá configuração ao tributo e permite determinar, por suas características, a espécie tributária, assim cada hipótese não só é igual em si mesma, como também é inconfundível com todas as demais.

Fato gerador é a concretização, ou seja, a realização efetiva dos fatos descritos.

Fato gerador é o fato concreto, localizado no tempo e no espaço, acontecido efetivamente no universo fenomênico, que - por corresponder rigorosamente à descrição hipoteticamente formulada na hipótese de incidência legal - dá nascimento à obrigação tributária.

Cada fato gerador dá nascimento a uma obrigação tributária. É, pois, um fato jurídico (fato juridicamente relevante) a que a lei atribui a consequência de determinar o surgimento da obrigação concreta. Assim, o fato se subsume à imagem abstrata da lei.

A configuração do fato (aspecto material), sua conexão com alguém (aspecto pessoal), sua localização (aspecto espacial) e sua consumação num momento fático determinado (aspecto temporal), reunidos unitariamente determinam inexoravelmente o efeito jurídico desejado pela lei: a criação de uma obrigação jurídica concreta, a cargo de pessoa determinada, num momento preciso. Assim, o vínculo obrigacional que corresponde ao conceito de tributo nasce, por força de lei, da ocorrência do fato gerador.

Subsunção é o fenômeno que consiste em um fato configurar rigorosamente a previsão hipotética da lei. Diz-se que um fato se subsume à hipótese legal quando corresponde completa e rigorosamente à descrição que dele faz a lei.

A hipótese de incidência tributária possui diversos aspectos que não desconfiguram a característica de ser uma e indivisível. O termo elementos da hipótese de incidência não é o mais adequado, pois dá a interpretação que estamos diante de algo que entra na composição de outra coisa e serve para formá-la. Assim, o melhor termo é aspecto da hipótese de incidência, pois esta unidade conceitual pode ser encarada, examinada e estudada sob diferentes prismas, sem destituir-se de seu caráter unitário.

Os aspectos da hipótese de incidência são as qualidades que esta tem de determinar hipoteticamente os sujeitos da obrigação tributária, bem como o conteúdo substancial, local e o momento de nascimento do tributo.

Os aspectos essenciais da hipótese de incidência tributária se classificam em: a) aspecto pessoal; b) aspecto material; c) aspecto temporal; e d) aspecto espacial.

Aspecto pessoal é a qualidade inerente à hipótese de incidência que determina os sujeitos da obrigação tributária, que o fato gerador fará nascer. É, pois, critério de indicação de sujeitos que está contido na hipótese de incidência.

Sujeito ativo é o credor da obrigação tributária, é a pessoa a quem a lei atribui a exigibilidade do tributo. A lei que contém a hipótese de incidência pode ser expedida pela pessoa político-constitucional competente, de acordo com os critérios de repartição de competências tributária, mas esta não se confunde com a capacidade de ser sujeito ativo da obrigação tributária. Assim, a lei pode determinar a titularidade de um tributo à própria pessoa pública prevista em lei, podendo neste caso ser implícita, ou pode determinar que pessoa diversa tenha a titularidade do tributo, neste caso devendo ser explícita.

Sujeito passivo é o devedor convencionalmente chamado de contribuinte, em regra é uma pessoa que está em conexão íntima (relação de fato) com o núcleo (aspecto material) da hipótese de incidência.

O critério para indicação do sujeito passivo nem sempre é expresso, devendo ser deduzido pelo intérprete, sempre tendo em vista o fato gerador.

Sujeição passiva indireta - o legislador desloca a qualidade de sujeito passivo de uma pessoa para outra pessoa, isto só é possível quando o desígnio constitucional não for acatado.

Aspecto temporal - a hipótese tributária traz a indicação das circunstâncias de tempo, importantes para a configuração dos fatos imponíveis. Essa indicação pode ser implícita ou explícita. É o momento em que se deve reputar consumado (acontecido, realizado) um fato gerador.

Se a lei omitir, o aspecto temporal, estará implicitamente dispondo que o momento a ser considerado é aquele em que o fato material descrito ocorre (acontece), assim há sempre o aspecto temporal.

Há um limite constitucional intransponível à critério do legislador, na fixação do aspecto temporal: não pode ser anterior à consumação (completo acontecimento do fato), o que violaria o princípio da irretroatividade da lei (art. 150, inciso III, "a" da Constituição Federal de 1988), daí a inconstitucionalidade das antecipações de tributos.

Não é científica ou útil a classificação dos fatos imponíveis em instantâneos e periódicos. O que é relevante para a lei tributária é o resultado, sendo ilegítimo pretender-se extrair do processo que o causa, antes de consumado, efeitos jurídicos.

Aspecto espacial é a indicação de circunstâncias de lugar, contidas explícita ou implicitamente na hipótese de incidência, sendo, portanto, relevantes para a configuração do fato gerador.

Aspecto material contém a designação de todos os dados de ordem objetiva, configuradores do arquétipo em que a lei (hipótese de incidência) consiste; é a própria consistência material do fato ou estado de fato descrito na hipótese, é a descrição dos dados substanciais que servem de suporte à hipótese de incidência.

Base imponible é atributo essencial, é uma perspectiva mensurável do aspecto material da hipótese de incidência. É, portanto, uma grandeza ínsita na hipótese de incidência seu aspecto dimensional, por conseguinte, uma ordem de grandeza própria do aspecto material da hipótese de incidência.

O aspecto material da hipótese de incidência será sempre mensurável, isto é, sempre redutível a uma expressão numérica. Assim, alíquota é um termo do mandamento da norma tributária, mandamento esse que incide se/e quando se consuma o fato gerador dando nascimento à obrigação tributária. Portanto, deve receber a designação de alíquota só esse termo que se consubstancia na fixação de um critério indicativo de uma parte, que é fração da base imponible.

Os critérios da regra-matriz de incidência tributária estão na lei: na hipótese de incidência e no mandamento. Na hipótese de incidência está a indicação do sujeito ativo e os critérios para a determinação do sujeito passivo (aspecto pessoal); a indicação da materialidade ou consistência material do fato descrito (aspecto material); a qualificação das coordenadas de tempo (aspecto temporal) e de lugar (aspecto espacial) juridicamente relevantes e a fixação da perspectiva mensurável do aspecto material (base imponible) que deve ser considerada, no fato, pelo intérprete. Aplicada a

alíquota - inserida no mandamento - à base calculada, obtém-se, em cada caso, o quantum devido, objeto da obrigação, nascida do fato gerador.

4 TRIBUTAÇÃO IMPOSTO DE RENDA

Iremos tratar neste capítulo do Imposto de Renda e seus reflexos nas entidades fechadas de previdência complementar, nas patrocinadoras dos planos de previdência complementar e no pagamento e resgates de benefícios.

Antes de adentrarmos ao tema propriamente dito, cabe lembrar que o art. 153, inciso III da Constituição Federal de 1988 outorga à União Federal a competência para criar imposto incidente sobre a renda, cujo conceito está contido no art. 43 do Código Tributário Nacional - CTN, conforme redações abaixo:

Constituição Federal

Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre:

. . .

III - renda e proventos de qualquer natureza;"

CTN - Código Tributário Nacional

Art. 43. O imposto, de competência da União, sobre a renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica:

I - de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos;

II - de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior.

§ 1o A incidência do imposto independe da denominação da receita ou do rendimento, da localização, condição jurídica ou nacionalidade da fonte, da origem e da forma de percepção. (Incluído pela Lcp nº 104, de 10.1.2001)

§ 2o Na hipótese de receita ou de rendimento oriundos do exterior, a lei estabelecerá as condições e o momento em que se dará sua disponibilidade, para fins de incidência do imposto referido neste artigo. (Incluído pela Lcp nº 104, de 10.1.2001).

Sendo assim, pela leitura dos referidos dispositivos transcritos, verifica-se que renda corresponde a um acréscimo patrimonial efetivo e real que, no caso de pessoa física, ocorre pela disponibilidade definida em função do total de rendimentos auferidos em cada ano-base, menos as despesas e encargos dedutíveis na forma da lei, nesse mesmo período. Portanto existindo, sob qualquer circunstância, acréscimo patrimonial deve haver a incidência do Imposto sobre a Renda.

Outrossim, nos termos definido no art. 175, par. 1º do Decreto nº 3.0000, de 26 de março de 1999, as entidades fechadas de previdência complementar, por não terem fins lucrativos, estão isentas do recolhimento do Imposto de Renda. Entretanto, essa isenção não se aplica ao imposto incidente na fonte sobre dividendos, juros e demais rendimentos e ganhos de capital. Vejamos o referido artigo:

Art. 175 - Estão isentas do imposto as entidades de previdência privada fechadas e as sem fins lucrativos, referidas, respectivamente, na letra "a" do item I e na letra "b" do item II do art. 4º da Lei nº 6.435, de 15 de julho de 1977 (Decreto-Lei nº 2.065, de 26 de outubro de 1983, art. 6º).

§ 1º A isenção de que trata este artigo não se aplica ao imposto incidente na fonte sobre dividendos, observado o disposto nos arts. 654, 662 e 666, juros e demais rendimentos e ganhos de capital recebidos pelas referidas entidades, o qual será devido exclusivamente na fonte, não gerando direito à restituição (Decreto-Lei nº 2.065, de 1983, art. 6º, §§ 1º e 2º, Lei nº 8.981, de 1995, arts. 65 e 72, § 3º, e Lei nº 9.249, de 1995, art. 11).

§ 2º A isenção concedida às instituições de que trata este artigo não impede a remuneração de seus diretores e membros de conselhos consultivos, deliberativos, fiscais ou assemelhados, desde que o resultado do exercício, satisfeitas todas as condições legais e regulamentares no que se refere aos benefícios, seja destinado à constituição de uma reserva de contingência de benefícios e, se ainda houver sobra, a programas culturais e de assistência aos participantes, aprovados pelo órgão normativo do Sistema Nacional de Seguros Privados (Lei nº 6.435, de 1977, art. 39, § 4º).

§ 3º No caso de acumulação de funções, a remuneração a que se refere o parágrafo anterior caberá a apenas uma delas, por opção (Lei nº 6.435, de 1977, art. 39, § 4º).

Diante do que foi exposto, utilizando do método de análise da norma jurídica tributária e da sua hipótese de incidência, podemos observar que o art. 175, par. 1º do Decreto 3.000/1999, opera como expediente redutor do campo de abrangência dos critérios da hipótese ou da consequência da regra-matriz do tributo.

Em outras palavras, estamos diante da figura da isenção quando, por meio de uma legislação ordinária, ocorre a redução do campo de abrangência da regra-matriz do tributo, e no caso estudado o campo de abrangência do sujeito passivo foi reduzido, ou seja, o sujeito que não tiver fins lucrativos está fora da abrangência da referida tributação.

Cabendo ressaltar, outrossim, que o mesmo dispositivo estabelece a incidência do Imposto de Renda retido na fonte sobre dividendos, juros e demais rendimentos e ganhos de capital.

Ao falarmos em isenção, vamos adentrar um pouco mais nos aspectos que envolvem este instituto, assim como o instituto da imunidade, sem nos aprofundarmos, entretanto, por não ser este o objeto principal deste trabalho.

4.1 Isenção e imunidade

Considerando que o art. 175, par. 1º do Decreto 3.000/1999 trata de isenção, cabe fazer distinção entre as figuras de imunidade e isenção. Conforme Paulo de Barros Carvalho⁷, a imunidade e a isenção (...) “são proposições normativas de tal modo diferentes na composição do ordenamento positivo que pouquíssimas são as regiões de contacto. Poderíamos sublinhar tão-somente três sinais comuns: a circunstância de serem normas jurídicas válidas no sistema; integrarem a classe das regras de estrutura; e tratarem de matéria-tributária. Quanto ao mais, uma distância abissal separa as duas espécies de unidades normativas. O preceito de imunidade exerce a função de colaborar, de uma forma especial, no desenho das competências impositivas. São normas constitucionais. Não cuidam da problemática da incidência, atuando em instante que antecede, na lógica do sistema, ao momento da percussão tributária. Já a isenção se dá no plano da legislação ordinária. Sua dinâmica pressupõe um encontro normativo, em que ela, regra de isenção, opera como expediente redutor do campo de abrangência dos critérios da hipótese ou da consequência da regra-matriz do tributo.”

⁷ Curso de direito tributário, p. 184.

4.1.1 Isenção

Ainda fundamentada nos ensinamentos de Paulo de Barros, temos que a isenção tributária parte da divisão das normas jurídicas em normas de comportamento e em normas de estrutura; a isenção está prevista nas normas de estrutura, ou seja, a regra de isenção investe contra um ou mais dos critérios da norma-padrão de incidência mutilando-os parcialmente.

Em outras palavras, pelo procedimento de isenção se subtrai parcela do campo de abrangência do critério tanto do antecedente como do conseqüente da norma. Assim, a isenção pode atingir a hipótese no critério material da regra-matriz de incidência desqualificando o verbo, ou a isenção pode pela subtração do complemento; atingir o critério espacial ou o critério temporal. A isenção pode, ainda, pelo conseqüente atingir o critério pessoal (sujeito ativo ou sujeito passivo), ou o critério quantitativo (base de cálculo ou alíquota).

Cabe ressaltar que, segundo entendimento de Paulo de Barros Carvalho, a diminuição do campo de abrangência da isenção do tributo deve ser parcial, pois se for total significa que não há incidência da norma jurídica tributária, uma vez que restará prejudicada a relação jurídica tributária. Em síntese, para Paulo de Barros Carvalho⁸, isenção é a limitação do âmbito de abrangência de critério do antecedente ou do conseqüente da norma jurídica tributária, limitação que impede que o tributo nasça.

Outrossim, segundo Paulo de Barros Carvalho, a isenção e a imunidade são dois institutos que não possuem qualquer identificação, não devendo nem ser tratados em conjunto.

De qualquer modo, traçamos breve relato desse instituto neste momento, apenas para esclarecer que a isenção reduz parcialmente um dos critérios da regra-matriz de incidência tributária e que é sempre definida ou estabelecida por meio de lei.

4.1.2 Imunidade

Para entendermos o fenômeno da imunidade, é importante ter em mente que as pessoas políticas têm a faculdade de criar tributos, desde que respeitada a competência tributária prevista constitucionalmente. Assim, as pessoas políticas que exerçam essa competência, devem descrever, legislativamente, suas hipóteses de incidência, seus sujeitos ativos, seus sujeitos passivos, suas bases de cálculo e suas alíquotas, ou seja, a denominada regra-matriz dos tributos.

Nesse sentido, a imunidade tributária ajuda a delimitar o campo tributário, só que no sentido negativo. Melhor explicando, a imunidade tributária é um fenômeno de natureza constitucional. As normas constitucionais que, direta ou indiretamente, tratam do assunto fixam, por assim dizer, a incompetência das entidades tributantes para

⁸ Curso de direito tributário, p. 479.

onerar, com exações, certas pessoas, seja em função de sua natureza jurídica, seja porque coligadas a determinados fato, bens ou situações.⁹

As imunidades tributárias beneficiam como resultado final sempre pessoas.

Uma parte da doutrina classifica as imunidades em subjetivas, objetivas e mistas, conforme alcancem pessoas, coisas ou ambas. Sob este aspecto Roque Carrazza dispõe “(...) em termos rigorosamente técnicos, a imunidade é sempre subjetiva, já que invariavelmente beneficia pessoas, quer por sua natureza jurídica, quer pela relação que guardam com determinados fatos, bens ou situações”.

A classificação das imunidades tributárias pretendida passará pela classificação das imunidades subjetivas e objetivas. Ainda, segundo o mesmo autor¹⁰, “Tratando-se de imunidade subjetiva, a exoneração de certas pessoas, da inserção no pólo passivo da obrigação tributária, é imediata, direta e ampla: não é possível a identificação dessa pessoa, dentre aquelas que exsurtem, expressa ou implicitamente, do aspecto pessoa da hipótese de incidência (v.g. imunidade recíproca, dos partidos políticos, etc.).

Já em relação à imunidade objetiva, por meio da qual se ressalva a tributação de certos atos, fatos e situações, apenas as pessoas que a eles se vincularem não poderão ser qualificadas como sujeitos passivos. Desse modo, a intributabilidade de certas pessoas se dá de maneira indireta, como consequência de sua vinculação com os fatos ou bens imunes (v.g. imunidade de livros, jornais, etc.)”

⁹ Cf. Roque Antonio Carrazza, Curso de direito constitucional tributário, p. 623.

¹⁰ Roque Antonio Carrazza, Curso de direito constitucional tributário, p. 625.

Outrossim, de acordo com Paulo de Barros Carvalho¹¹ “a regra que imuniza é uma das múltiplas formas de demarcação de competência. Congrega-se às demais para produzir o campo dentro do qual as pessoas políticas poderão operar, legislando sobre matéria tributária. “... A norma que firma a hipótese de imunidade colabora no desenho constitucional da faixa de competência adjudicada às entidades tributantes. Dirige-se ao legislador ordinário para formar, juntamente com outros mandamentos constitucionais, o feixe de atribuições entregue às pessoas investidas de poder político. Aparentemente, difere dos outros meios empregados por mera questão sintática.”

Portanto, normas constitucionais que tratam das imunidades tributárias fixam a incompetência das pessoas políticas para fazerem incidir a tributação sobre determinadas pessoas, seja pela natureza jurídica que estas têm, seja porque realizam certos fatos, seja, ainda, por estarem relacionadas com dados bens ou situações. De qualquer forma, conferem aos beneficiários da imunidade tributária do direito público subjetivo de não serem tributados.

A imunidade tributária e a sujeição da capacidade contributiva – princípios informadores dos tributos não vinculados a uma atuação estatal – são intimamente ligados. A imunidade tributária, norma vedatória da competência tributária em relação a determinadas pessoas, bens ou situações, acaba, em consequência, impedindo que certos sujeitos figurem no pólo passivo da obrigação tributária, conferindo-lhes verdadeiro direito público subjetivo.

¹¹ Curso de direito tributário, p. 170.

Bem, cabe neste momento esclarecer o que vêm a ser capacidade contributiva. Assim, capacidade contributiva é a aptidão da pessoa colocada na posição de destinatário legal tributário, para suportar a carga tributária, sem o perecimento da riqueza lastreadora da tributação.

Capacidade contributiva pode ser classificada em absoluta ou objetiva, quando se está diante de um fato que se constitua numa manifestação de riqueza, referindo-se o termo, nessa acepção, à atividade de eleição, pelo legislador, de eventos que demonstrem aptidão para concorrer às despesas públicas.

E capacidade contributiva relativa ou subjetiva, quando se reporta a um sujeito individualmente considerado, expressando aquela aptidão de contribuir na medida das possibilidades econômicas de determinada pessoa.

A Constituição Federal de 1988 veio estampar, expressamente, o princípio da capacidade contributiva, em seu art. 145, par. 1º:

Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte (...).

Classifica-se tal idéia, por si só manifestação de justiça no âmbito fiscal, se observarmos que o princípio em foco deriva de outro de maior amplitude, irradiador de efeitos por todo o ordenamento jurídico, qual seja, o princípio da igualdade. Por este devem pautar-se o legislador, o administrador e o juiz, posto que constitui parâmetro inafastável na elaboração e na aplicação da lei tributária.

Sendo o princípio da capacidade contributiva vetor fundamental da atividade tributante, a eficácia da capacidade contributiva pode ser resumida nos seguintes aspectos:¹² 1) aplicabilidade a tributos não vinculados a uma atuação estatal; 2) designação do destinatário legal tributário; 3) preservação do mínimo vital; 4) identificação do caráter extrafiscal de certos tributos; 5) orientação para o legislador no estabelecimento de critério na definição da base de cálculo e da alíquota na indicação da natureza confiscatória do imposto e 6) apuração da inconstitucionalidade da hipótese de incidência e da imposição tributária no caso concreto.

Na medida em que a capacidade tributária passiva possui a aptidão para figurar no pólo passivo de obrigações de natureza fiscal, infere-se que gozar dessa capacidade não é suficiente para qualificar um sujeito para responder pelo gravame tributário. Isto porque pode não ter ele aptidão econômica para suportá-lo.

É importante estabelecer-se um liame entre imunidade tributária e sujeição passiva, noções que embutem a idéia de capacidade contributiva. No que tange aos impostos, emerge um equivocado entendimento ou tendência de recursar-se o reconhecimento da imunidade quando as pessoas por ela alcançadas recebem e aplicam recursos pecuniários expressivos, sob a alegação de que possuem capacidade econômica.

¹² Regina Helena Costa, Imunidades tributárias, p. 13.

Em verdade, a imunidade pressupõe a existência de capacidade econômica. Com efeito, ausente tal capacidade, despindo-se o fato em foco de conteúdo econômico, a situação seria de mera não incidência.

Esta afirmação visa concluir que a pessoa tributada, independente de sua capacidade contributiva constitui-se em sujeito imune, ou seja, a Constituição reconhece a presença de capacidade econômica de determinada pessoa e a mantém intangível ao tributo, para que essa pessoa possa atingir as suas finalidades, que coincidem com as do Estado.

Feito este breve relato jurídico dos conceitos de capacidade contributiva e imunidade tributária concernentes a impostos intimamente relacionados, é que podemos, levando-se em conta essa conjugação, identificar os entes beneficiados pela exoneração constitucional do tributo.

Assim, podemos concluir que o inafastável entrelaçamento, entre os conceitos de capacidade econômica, capacidade contributiva e imunidade tributária, referente a impostos é determinante dos beneficiários da excludente constitucional de tributação.

4.2 Precedentes da imunidade em face das EFPCs

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, surgem problemas hermenêuticos em relação às instituições fechadas de previdência privada que, por

força de lei, não têm finalidades lucrativas, embora se formem mediante contribuições de seus filiados.

O aspecto a ser verificado é se tais instituições são abrangidas pela imunidade tributária do art. 150, inciso VI, “c” da Constituição Federal de 1988, assim como eram pela disposição da Constituição anterior, levando em consideração que a Constituição de 1988 sistematizou o Capítulo da Ordem Social, trazendo algumas alterações conceituais.

Nas Constituições anteriores, utilizaram a expressão previdência de uma forma geral, abrangendo a seguridade e assistência social. A Constituição Federal de 1988 veio por fim, em razão dessa ambiguidade, substituir a palavra previdência pela expressão seguridade social, fazendo a diferenciação entre previdência e assistência social.

A expressão seguridade social abrange a assistência social e a previdência, considerando que uma norma constitucional, vista isoladamente, pode estar em contradição com a outra, ou mesmo fazer pouco sentido. É fundamental ter-se uma visão estrutural, uma perspectiva de todo o sistema, principalmente na Constituição que, em sua dimensão, sem dúvidas constitui um sistema.

Assim, na Constituição Federal de 1988 pode-se dizer que há dois tipos de assistência. A assistência social propriamente dita (art. 203) e a assistência social genérica (art. 204).

A Constituição Federal de 1988, no art. 203 do Capítulo da Seguridade Social, reza que a assistência social será prestada a quem dela necessitar independentemente de contribuição.

E o art. 204 dispõe:

Art. 204. As ações governamentais na área da assistência social serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social, previstos no art. 195, além de outras fontes, e organizadas com base nas seguintes diretrizes:

I – descentralização político-administrativa, cabendo a coordenação e as normas gerais à esfera federal e a coordenação e a execução dos respectivos programas às esferas estadual e municipal, bem como a entidade beneficente e assistência social;

II – participação da população por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis”.

A assistência social prevista no art. 203 da Constituição Federal de 1988 é a inexistência de vínculo contributivo.

Já o que se depreende do disposto no art. 204 é que as ações do governo na área da assistência social serão realizadas com o orçamento da seguridade social e serão executadas por programas estaduais ou municipais, bem como por entidades beneficentes e de assistência social.

Verifica-se que assistência social pode ser executada não só por entidades beneficentes ou altruísticas, como também pelas entidades de assistência social.

A Constituição Federal de 1988 difere as entidades beneficentes das entidades de assistência, quando dispõe que a execução dos programas assistenciais cabe “às esferas estadual e municipal, bem como as entidades beneficentes e de assistência social”.

A diferença entre entidades beneficente e entidade de assistência é conceitual. Aquela presta assistência social de maneira absolutamente altruística, sem nada receber por isso, enquanto esta o faz recebendo proventos.

Em outro sentido, o art. 149, par. único da Constituição Federal de 1988 no Capítulo relativo ao Sistema Tributário Nacional estatui que

(...) Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir contribuição, cobrada de seus servidores, para custeio, em benefício destes, de sistemas de previdência e assistência social.

Esse preceito preconiza que as pessoas políticas de direito público podem instituir contribuição dos seus servidores para custear os sistemas de previdência e assistência. No entanto, pela leitura dos dispositivos do arts. 149, 203 e 204, deduz-se que há uma total incoerência no sentido do que seja assistência social.

Não há dúvidas de que há uma ambiguidade inequívoca nesses preceitos, pois se lêssemos primeiramente o art. 203 da Constituição Federal de 1988, negaríamos o conteúdo do art. 149, e vice-versa.

Sacha Calmon Navarro Coelho¹³, sobre esses equívocos, ensina:

“A linguagem do direito é ambígua, não sendo raro que duas ou três interpretações sejam aparentemente cabíveis. Mas a escolha da interpretação mais razoável depende do exame dos princípios jurídicos fundamentais que inspiram e norteiam o sistema.”.

A utilização da palavra assistência com a conotação miscigenada de previdência sempre foi utilizada para designar as antigas caixas de socorros, ligadas a empresas, ou a grupos restritos de beneficiários como magistrados, servidores públicos civis ou militares.

A afinidade entre os sistemas de previdência fechada seja privada (sem finalidade lucrativa), seja pública (dos servidores civis e militares), explica a utilização tradicional da expressão assistência, para designar tais núcleos restritos de segurados ou assistidos.

A lei ordinária que disciplina as entidades fechadas de previdência privada predefiniu-se como assistenciais em gozo de imunidade constitucional: a confiança em tal lei (Lei 6.435/77) levou gerações de trabalhadores a firmarem entre si um pacto de assistência mútua.”

O direito deve ser interpretado dentro de um sistema. Portanto, não há que se falar em interpretação de uma norma isolada, pois faltam-lhe detalhes. Assim sendo, os arts. 149, par. único, 203 e 204 da Constituição Federal de 1988 devem ser

¹³ Curso de direito tributário, p. 67.

interpretados conjuntamente, mediante análise de seus textos, de seus processos de criação, de suas conexões sistemáticas, de seus antecedentes, assim como, finalmente, dos seus sentidos e das suas finalidades.

Chega-se, então, à conclusão de que a disposição do art. 203 da Constituição Federal não pode ser tida como a única interpretação de assistência social. O conceito de assistência social é mais abrangente do que o art. 203 estatui, isso porque a assistência social não está ligada somente ao aspecto da gratuidade. Não é essa a principal característica da assistência social. Não podemos dizer que só há assistência social, quando não há qualquer tipo de pagamento, mas sim que também há assistência social independentemente de pagamento.

Com relação ao que a Constituição Federal dispõe sobre assistência social, não existem somente as entidades altruísticas, beneficentes ou caritativas que praticam a assistência social, há outro tipo de assistência social que independe do aspecto da gratuidade para a sua existência.

Insere-se, pois, a assistência social dentro da Constituição numa ordem de grandeza tal que não pode ser amesquinhada para contemplar somente o aspecto caritativo ou filantrópico. Da análise das normas constitucionais, vê-se que o conceito de assistência social é muito amplo – é todo e qualquer esforço que objetive segurança, bem-estar, paz social, ou seja, concretização do ideal de uma vida melhor para o homem, como manifestação e reflexo da atividade previdenciária.

A disposição do art. 150, inciso VI, “c” da Constituição Federal de 1988 trata-se de uma norma de eficácia contida. Essa norma não tem eficácia plena, assim como a imunidade recíproca; para que seus efeitos sejam deferidos, tal norma depende do preenchimento dos requisitos previstos em lei. Melhor explicando, a expressão do referido artigo trouxe a expressão “sem fins lucrativos” com o intuito de que o preceito constitucional exija que sejam observados os requisitos da lei.

Assim sendo, as instituições de educação e de assistência social, para fazerem jus à imunidade do referido artigo, não podem distribuir lucros, isso não quer dizer que elas não possam ter lucros, o que elas não podem é distribuir esses lucros, nem ter participação no resultado, nem no patrimônio existente.

A expressão lucro advém do latim *lucrum*, são vantagens ou interesses que se tiram de uma operação qualquer comercial, industrial, etc., ou seja, ganho proveniente de qualquer especulação depois de descontadas as despesas, ganho líquido. Dessa forma, a expressão lucro é empregada na Constituição Federal como expressão sinônima de ganhos na iniciativa privada.

A instituição sem fins lucrativos deve atuar de modo diverso do que atuam as empresas particulares, cujo objetivo é o lucro. As instituições devem, portanto, explorar o seu patrimônio, de forma a obter os meios de que precisam para custear a assistência social que proporcionam a seus associados. Assim, as instituições podem ter lucros, podem ter patrimônio, podem ter resultados. Só não podem distribuir, apropriar-se de forma particular das rendas, do patrimônio, dos resultados.

As entidades fechadas de previdência complementar, atendendo ao interesse coletivo, suprimindo e complementando as atividades próprias do Estado e obedecendo aos requisitos do art. 14 do Código Tributário Nacional, assim como que o art. 150, inciso VI, “c” da Constituição, são portanto, instituições de assistência social sem finalidade lucrativa.

Como podemos perceber, a imunidade conferida às instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, sem sombra de dúvida, é, dentre todas as imunidades tributárias encontradas no direito positivo, aquela que dá margem à maior polêmica doutrinária e ao maior número de questionamentos judiciais, por diversos fundamentos.

O primeiro aspecto refere-se à própria natureza da exoneração constitucional, se ontológica ou política. Há quem sustente que a imunidade sob comento é eminentemente política, assim entendida aquela outorgada sem consideração à capacidade contributiva do beneficiário, para prestigiar outros princípios constitucionais – no caso, a prestação de educação e de assistência social, direitos de todos.

Segundo a ótica de Misabel Derzi, para quem o caráter ontológico é o que melhor se ajusta à natureza dessa imunidade. Consoante sua lição, tais entidades são destituídas de capacidade contributiva, porque seus recursos são consumidos integralmente na realização de suas atividades institucionais.

Essa afirmativa convoca a distinção entre capacidade econômica e capacidade contributiva, anteriormente mencionada. A capacidade contributiva pressupõe a

capacidade econômica; contudo, não coincide totalmente com esta. A capacidade contributiva é um *plus* em relação à capacidade econômica, vale dizer, significa a capacidade econômica gravável, aquela que pode ser submetida à tributação por via de impostos.

Assim, conclui-se que, se não existe capacidade contributiva na ausência de capacidade econômica, pode existir capacidade econômica que não demonstre aptidão para contribuir.

A imunidade pressupõe a existência de capacidade econômica. Isto porque, ausente tal capacidade, despindo-se o fato em foco de conteúdo econômico, a situação de mera não incidência, na dicção da doutrina tradicional ou, como preferimos, é de irrelevância para o direito tributário.

Portanto, conquanto tais instituições possam, eventualmente, deter capacidade econômica – vale dizer, recursos suficientes para a manutenção de suas atividades – certamente não disporão de capacidade contributiva, traduzida na aptidão para contribuir com as despesas do Estado, sem o comprometimento da riqueza necessária à sua subsistência.

A lei complementar, com fundamento no art. 146, inciso II da Constituição Federal de 1988, não pode inovar a disciplina da imunidade, não estando autorizada a estabelecer requisitos que venham a restringir o universo de entes que o Texto Fundamental quer ver alcançados pela exoneração tributária.

A Constituição da República vigente não pôs outros requisitos além de tratar-se de instituição que cuide de matéria de educação e de assistência social e que não tenha fins lucrativos; só pode a lei complementar versar sobre algumas outras características essenciais que decorram de outros princípios constitucionais, ou desse mesmo preceito deduzir explicitamente desdobramentos ou implicações que nele já se contenham.

Os requisitos legais são os do art. 14 do Código Tributário Nacional. As instituições de educação e de assistência social que atendem a todos os requisitos constitucionais e legais estão exoneradas das exigências dos seguintes impostos: do Imposto Predial e Territorial Urbano quanto aos seus imóveis; do Imposto sobre Serviços em relação aos serviços que prestarem a terceiros; do Imposto sobre a Renda em relação aos rendimentos auferidos; do Imposto sobre a Transmissão de Bens Imóveis na aquisição de bens imóveis; do Imposto de Importação sobre os bens que importarem para o desempenho de suas atividades; do Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores sobre os veículos automotores utilizados para seus fins, e assim por diante.

Conforme já assinalado, o pressuposto constitucional da ausência de finalidade lucrativa reporta-se, tão-somente, às instituições de educação e de assistência social, uma vez que os partidos políticos e suas fundações, bem como as entidades sindicais de trabalhadores são entes que, por sua própria natureza, não objetivam lucro.

De acordo com os ensinamentos de Roque Carrazza¹⁴, a ausência de fins lucrativos exige “(...) tanto a não-distribuição de seu patrimônio ou de suas rendas como o investimento na própria entidade dos resultados econômicos positivos obtidos”.

Portanto, não é a ausência de lucro que caracteriza uma entidade sem fins lucrativos, posto que o lucro é relevante e mesmo necessário para que ela possa continuar desenvolvendo suas atividades. O que está vedado é a utilização da entidade como instrumento de auferimento de lucro por seus dirigentes, já que esse intento é buscado por outro tipo de entidade: a empresa.

A segunda questão debatida é a concernente à exigência da generalidade das atividades desenvolvidas como requisito para a fruição da imunidade. Com relação a esse aspecto, parece-nos não ser cabível tal exigência, diante do próprio papel que essas entidades desempenham no seio social.

Roque Carrazza¹⁵, separa, para a análise dos requisitos para fruir da imunidade, as instituições de educação, das que prestam assistência social. Em relação às primeiras, entende que a imunidade alcança apenas as entidades que, além de preencherem os requisitos constitucionais e legais, visem à formação ou à instrução das pessoas em geral. No entanto, adverte que o requisito da generalidade deve ser entendido em termos: não é preciso, para que ele seja preenchido, que a escola esteja

¹⁴Curso de direito constitucional tributário, p. 634.

¹⁵Curso de direito constitucional tributário, p. 654.

aberta a toda a coletividade, bastando apenas que não faça discriminações arbitrárias, restringindo demasiadamente o acesso a seus cursos.

No que tange às instituições de assistência social, sustenta o referido autor que as instituições fechadas de previdência complementar preenchem o requisito da universalidade (generalidade), ainda que restrita a uma categoria de pessoas. Para nós, como afirmado, tais entidades não realizam assistência social e, portanto, não são alcançadas pela exoneração constitucional.

Como anteriormente assinalado, as atividades desenvolvidas pelas instituições de educação e de assistência social sem fins lucrativos ajudam a suprir deficiências do próprio Estado. Este, por óbvio, tem de desenvolver as atividades voltadas ao público em geral, à coletividade, por força do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. Mas tais entidades a isso não estão obrigadas, nem pelo texto constitucional, nem por norma infraconstitucional. Podem muito bem exercer suas atividades de maneira setORIZADA, voltadas para um universo determinado de sujeitos, pois, ainda assim, estarão auxiliando o Poder Público a suprir suas deficiências no campo da prestação de educação e de assistência social.

Por isso, conclui-se que a gratuidade das instituições sem fins lucrativos não pode ser interpretada em sentido absoluto, ou seja, a gratuidade não deve abranger todas as prestações; mas é necessário que parcela substancial do atendimento prestado pela entidade se faça sem contraprestação pecuniária e que não se negue a ação quase-pública a pretexto da impossibilidade de pagamento pelo assistido. Nesse

sentido, parece-nos que é exagero falar-se na gratuidade dos serviços prestados pela instituição como requisito para reconhecimento do direito ao benefício fiscal.

Com efeito, como já apresentado, o auferimento de lucro pelas instituições sem fins lucrativos não é vedado, mas sim a existência de propósito de lucro, traduzido na sua distribuição pelos dirigentes dessas instituições na participação em seu resultado ou, ainda, no retorno do patrimônio da entidade às pessoas que criaram a instituição.

Por força do disposto no par. 4, art. 150 da Constituição Federal de 1988, a imunidade de instituições de educação e de assistência social concerne apenas ao patrimônio, à renda e aos serviços relacionados com suas finalidades essenciais. Se finalidades essenciais são, como as definimos, os objetivos inerentes à própria natureza da entidade, no caso das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, esses objetivos são, respectivamente, o acesso à educação e à cultura e a prestação de assistência social, nas suas diversas modalidades (médica, hospitalar, odontológica, jurídica, etc.).

Portanto, controvertido envolvendo o conceito de “finalidades essenciais” é o referente à possibilidade de tais instituições fruírem da exoneração tributária no que tange aos rendimentos obtidos em decorrência de aplicações financeiras ou em virtude de alugueres, bem como com a prestação de serviços ou, ainda, a comercialização de bens de sua fabricação. Crêem alguns que esses rendimentos configuram renda não relacionada com as finalidades essenciais dessas instituições. Porém, essa visão, com o devido respeito, parece-nos desfocada.

Pensamos que os rendimentos auferidos por tais entidades, por meio de aplicações financeiras ou em razão da locação de imóveis, da prestação de serviços ou, mesmo, da comercialização de bens de sua fabricação, uma vez consubstanciando recursos vertidos à consecução dessas finalidades essenciais, constituem meios eficazes para o desempenho de suas atividades e, portanto, não podem ser desprezados.

O objeto social de entidades destituídas de finalidade lucrativa não constitui fonte de recursos, mas fonte de despesas. Do contrário, não poderiam tais entidades ser assim qualificadas, já que possuir objeto social, destinado à geração de recursos é características dessas empresas.

A ponderação de Marco Aurélio Greco, a esse propósito, é oportuna: “conquanto entenda que a existência de aplicações financeira é inerente à vida da entidade, sendo decorrência de suas finalidades, somente admite aquelas que corresponderem ao sentido de manutenção de seu patrimônio, não tolerando possam ser efetuadas aplicações de risco, que possam ensejar a perda desse patrimônio, as quais não estariam abrangidas pela imunidade”.

Por outro lado, não há que se falar, na possibilidade de que atividades desenvolvidas pelo ente imune, especialmente a prestação de serviços ou a comercialização de produtos de sua fabricação, que constituam ofensa ao princípio constitucional da livre concorrência (art. 170, inciso IV da Constituição Federal de 1988) ou, mesmo, que caracterizam abuso de poder econômico que “vise à dominação dos

mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros: (art. 173, par. 4 da Constituição Federal de 1988).

Isto porque é inviável cogitar que uma instituição de educação ou de assistência social, que preencha os requisitos constitucionais e legais para a fruição da exoneração tributária, possa vir a desenvolver atividade de vulto econômico expressivo, o suficiente para caracterizar vulneração a princípios regentes da atividade econômica.

Se o intuito não é a distribuição de lucros entre os seus dirigentes, mas sim a geração de recursos para cumprir seus fins institucionais – educação e assistência social – parece improvável, senão impossível, que tais instituições possam concorrer com as empresas, às quais cabe explorar, prioritariamente, o domínio econômico.

4.3 Imunidade das EFPCs e a ação judicial

Antes de adentrarmos nos aspectos propriamente ditos, referentes à ação impetrada por diversas entidades fechadas de previdência complementar, pleiteando a imunidade, faz-se necessário registro sumário da base legal.

A Lei n. 6435, de 15 de julho de 1977, em seu art. 39, enquadrava as entidades fechadas de previdência complementar como instituições de assistência social, para os efeitos previstos na Constituição Federal, então vigente. Contudo o Decreto-Lei 2065, de 26-10-1983, cujas disposições foram incorporadas ao Regulamento do Imposto de Renda por meio do Decreto 1.041, de 11-01-1994, revogou expressamente aquele dispositivo. A partir daí, desencadeou-se uma discussão judicial no sentido de ser reconhecida a inconstitucionalidade do art. 6 do Decreto-Lei, baseada no fato de não ser alterável por lei ordinária algo previsto em lei maior – a Constituição.

Com o advento da Constituição Federal promulgada em 05-10-1988, manteve-se em seu corpo a disposição anteriormente prevista, passando a ser regulada pelo artigo 150, inciso VI, “c”, inovando em relação ao preceito anterior, no sentido de que as entidades mencionadas não poderiam ter “fins lucrativos”, como também por ter inserido tal assunto no Capítulo “Seguridade Social”, contando com dois princípios fundamentais: necessidade/universalidade (“a quem dela necessitar”) e da gratuidade (“independentemente de contribuições”).

Tais inovações ocasionaram um abalo na tese da imunidade e, com a entrada em vigor da Lei 9532/97, a sustentação da referida tese ficou muito mais enfraquecida, uma vez que passou a tendenciar o enquadramento das entidades de previdência complementar como isentas, com a classificação que podemos encontrar nos arts. 12 e 15 para imunidade e isenção, respectivamente, contendo este último as características de entidades.

O art. 12 da Lei 9532/97, classifica imunidade como:

(...) a instituição de educação ou de assistência social que preste os serviços para os quais houver sido instituída e os coloque à disposição da população em geral, em caráter complementar às atividades do Estado, sem fins lucrativos e seu artigo 15 caracterizou como sendo isentas as instituições de caráter filantrópico, recreativo, cultural e científico e as associações civis que prestem serviços para os quais houverem sido instituídas e os coloquem à disposição do grupo de pessoas a que se destinam, sem fins lucrativos.

Além do ora exposto, deparamo-nos com a situação de “imunidade parcial”, trazidas pela Lei 9.532/97, em seu art. 12, par. primeiro e pela Instrução Normativa n. 96, de 26-12-97, em seu art. 8, situação esta que não é compatível com o nosso sistema constitucional, como abaixo descrito:

Art. 12 – Para efeito do disposto no art. 150, inciso VI, alínea “c”, da Constituição, considera-se imune a instituição de educação ou de

assistência social que preste os serviços para os quais houver sido instituída e os coloque à disposição da população em geral, em caráter complementar às atividades do Estado, sem fins lucrativos.

Parágrafo 1 – Não estão abrangidos pela imunidade os rendimentos e ganhos de capital auferidos em aplicações financeiras de renda fixa ou de renda variável.

Parágrafo 2 – Para o gozo da imunidade, as instituições a que se refere este artigo, estão obrigadas a atender aos seguintes requisitos:

- a) não remunerar, por qualquer forma, seus dirigentes pelos serviços prestados;*
- b) aplicar integralmente seus recursos na manutenção e desenvolvimento dos seus objetivos sociais;*
- c) manter escrituração completa de suas receitas e despesas em livros revestidos das formalidades que assegurem a respectiva exatidão;*
- d) conservar em boa ordem, pelo prazo de cinco anos, contado da data da emissão, os documentos que comprovem a origem de suas receitas e a efetivação de suas despesas, bem assim a realização de quaisquer outros atos ou operações que venham a modificar sua situação patrimonial;*
- e) apresentar, anualmente, Declaração de Rendimentos, em conformidade com o disposto em ato da Secretaria da Receita Federal;*

f) recolher os tributos retidos sobre os rendimentos por elas pagos ou creditados e a contribuição para a seguridade social relativa aos empregados, bem assim cumprir as obrigações acessórias daí decorrentes;

g) assegurar a destinação de seu patrimônio a outra instituição que atenda às condições para gozo da imunidade, no caso de incorporação, fusão, cisão ou de encerramento de suas atividades, ou a órgão público;

h) outros requisitos, estabelecidos em lei específica, relacionados com o funcionamento das entidades a que se refere este artigo;

Parágrafo 3 – Considera-se entidade sem fins lucrativos a que não apresente superávit em suas contas ou, caso o apresente em determinado exercício, destine referido resultado integralmente ao incremento de seu ativo imobilizado.

O primeiro aspecto que nos chama a atenção é o texto do caput, quando o legislador afirma que as entidades assistenciais devem colocar seus serviços à disposição da população em geral, em caráter complementar às atividades do Estado.

A partir do momento em que a lei ordinária estabelece novos critérios para a aquisição do status de imune, extrapola sua função constitucionalmente prevista, uma vez que restringe o instituto constitucional, bem como a sua própria competência, como adiante exporemos.

Paulo de Barros Carvalho¹⁶, em seu Curso de direito tributário, define a imunidade como “a classe finita e imediatamente determinável de normas jurídicas, contidas no texto da Constituição Federal, e que estabelecem, de modo expresse, a incompetência das pessoas jurídicas de direito constitucional interno para expedir regras instituidoras de tributos que alcancem situações específicas e suficientemente caracterizadas”.

As regras aplicáveis à imunidade tributária encontram-se na seção inserida no capítulo da Constituição Federal de 1988 destinado ao Sistema Tributário Nacional, em que se trata das limitações constitucionais ao poder de tributar do Estado, ou seja, essas regras estabelecem uma obrigação de não fazer, impedindo se criem tributos sobre as entidades descritas pela Constituição Federal como imunes.

Pois bem: ao estabelecer novas condições para as entidades fechadas de previdência complementar, que não às previstas na própria Constituição e no Código Tributário Nacional, o legislador da Lei n. 9.532/97 criou tributo para as pessoas que se enquadravam nos requisitos fornecidos pelos diplomas normativos, com eficácia a partir de 01-01-1998. Por isso seriam, de imediato, inconstitucionais todos os requisitos criados pelo par. 2 e alíneas do art. 12 da Lei n. 9.532/97.

Poder-se-ia objetar que a Constituição, no art. 150, inciso VI, “c”, fala em seu trecho final, que, para o exercício da imunidade tributária, deveriam ser atendidos os

¹⁶ Curso de direito tributário, p. 180.

requisitos da lei. Contudo, esta jamais seria lei ordinária, a teor do disposto no art. 146, inciso II da Constituição Federal, que determina que cabe à lei complementar regulamentar as limitações constitucionais ao poder de tributar. A Lei nº 9532/97 veio a violar o princípio da estrita legalidade tributária. Isto posto, concluímos que a lei complementar que trata efetivamente da matéria, e que estabelece as únicas limitações possíveis ao gozo da imunidade, é o Código Tributário Nacional, em seu art. 14, incisos I a III.

Se fosse possível admitir que as imunidades fossem restringidas por outro dispositivo que não o constitucional, seria conferir ao legislador ordinário uma carta branca para que pudesse restringir ao máximo possível as imunidades conferidas pela Carta Magna, no que, aliás, inclusive feriria um pressuposto lógico da imunidade, que consistiria em impedir que os entes tributantes internos editem leis instituidoras de tributos que alcancem aquelas situações pré-definidas, como aliás se pode inferir do próprio conceito de imunidade tributária.

O par. 1 do art. 12 da Lei n. 9.532/97 também nos brinda com outra pérola exótica: a determinação de que *“não estão abrangidos pela imunidade os rendimentos e ganhos de capital auferidos em aplicações financeiras de renda fixa ou de renda variável”*, sendo que o art. 28 da mesma lei, prosseguindo na senda aberta pelo dispositivo supra, é igualmente atécnico:

Art. 28 – A partir de 1 de janeiro de 1998, a incidência do imposto de renda sobre os rendimentos auferidos por qualquer beneficiário, inclusive

pessoa jurídica imune ou isenta, na aplicações em fundos de investimento, constituídos sob qualquer forma, ocorrerá:

I – diariamente, sobre os rendimentos produzidos pelos títulos, aplicações financeiras e valores mobiliários de renda fixa integrantes das carteiras dos fundos;

II – por ocasião do resgate das quotas, em relação à parcela dos valores mobiliários de renda variável integrante das carteiras dos fundos.

Não se trata da primeira tentativa de subtrair ao espectro da imunidade tributária as aplicações financeiras: na ordem constitucional de 1967, o Decreto-Lei n. 2.065/83, declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal - STF, representou uma clara (e fracassada) tentativa nesse sentido.

Caso a imunidade tributária das entidades fechadas de previdência complementar viesse a ser reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, o par. 1 do multicitado art. 12 da Lei n. 9.532/97, ao determinar que “não estão abrangidos pela imunidade os rendimentos e ganhos de capital auferidos em aplicações financeiras de renda fixa ou de renda variável”, atingiria frontalmente o texto constitucional, uma vez que este é enfático ao afirmar que não poderá incidir imposto sobre a renda das entidades imunes, conceito que abrangeria, naturalmente, a renda oriunda das aplicações financeiras.

A Fazenda Nacional justifica a lei através do disposto no par. 4 do art. 150 da Constituição Federal de 1988, que dispõe que a imunidade do art. 150, inciso VI, “c”,

apenas estará relacionada ao patrimônio, renda e serviços relacionados às finalidades essenciais das entidades, de forma que a Lei n. 9532/97 cristalizou o entendimento do Fisco de que as aplicações não estariam relacionadas à atividade-fim da entidade. Contudo, os rendimentos das aplicações financeiras seriam destinados à manutenção das atividades sociais das entidades imunes, de forma que estariam satisfeitos os requisitos constitucionais.

Contudo, se fizermos uma leitura aprofundada do aberrante par. 3 do art. 12 da Lei n. 9532/97, que determina que será entidade sem fins lucrativos aquela que não apresente superávit em suas contas ou, caso venha a apresentá-lo, que destine o lucro integralmente ao incremento de seu ativo imobilizado, chegaremos a uma conclusão clara: nenhuma entidade beneficiária da imunidade constitucional poderá fazer aplicações financeiras, pois, caso parte dos seus recursos seja destinada ao ativo circulante (classificação contábil da conta de aplicações financeiras) e não ao ativo imobilizado, ficará caracterizada sua finalidade lucrativa. Não seria sequer necessário que o legislador cometesse a redação do art. 28 da Lei n. 9532/97, com a célebre “inclusive pessoa imune ou isenta”, pois, com os requisitos que a lei estabelece para a fruição desse status, já não existiria no País uma instituição que pudesse ser considerada como tal.

A Instrução Normativa nº 96/97, por sua vez, estabelece que:

sujeitam-se à incidência do imposto de renda na fonte os rendimentos e ganhos de capital, inclusive ganhos líquidos, auferidos, a partir de 1º de

janeiro de 1998, pelas instituições de educação ou de assistência social a que se refere o art. 12 da Lei nº 9.532/97, em aplicações financeiras de renda fixa ou variável.

Descrevemos abaixo os argumentos que via de regra, serviram de base para a impetração dos mandados de segurança pelas entidades fechadas de previdência complementar.

“Encontramos flagrante inconstitucionalidade no artigo 12 da Lei 9.532/97, anteriormente transcrito, já que o legislador pretendeu regular, por meio de lei ordinária, uma norma da Constituição, o que não se compatibiliza com o mister de regulamentar a Carta Maior, investindo claramente contra o art. 146, inciso II da Constituição, extrapolando, assim, os limites de sua atuação para dispor sobre matéria exclusivamente de estatura complementar, a qual já estava regulada por lei complementar inserida no Código Tributário Nacional, do artigo 9º a 14.”

A maioria das entidades que impetraram ação de forma coletiva ou individual, durante o transcorrer do processo, conseguiram a concessão de medida liminar para não serem obrigadas ao recolhimento do tributo, sendo algumas dispensadas, inclusive, da necessidade de depósito judicial.

Após longos anos de discussão, em 28 de novembro de 2001, concluiu-se o julgamento do Recurso Extraordinário nº 259.756, no qual era recorrente a União Federal e recorrida a Comshell – Sociedade de Previdência Privada (Comshell).

Na decisão definiu-se que, em face da comprovação de não haver contribuição por parte dos beneficiários para o implemento do benefício, a Comshell faria jus à imunidade de que trata o art. 150, inciso VI, “c” da Constituição Federal de 1988. Com isso, por unanimidade, o Supremo Tribunal Federal não conheceu do recurso extraordinário apresentado pela União.

Segundo o entendimento do Supremo Tribunal Federal, a Constituição Federal/88 concedeu imunidade tributária às EFPCs com natureza assistencial e que atendam às disposições do art. 14 do Código Tributário Nacional. Assim, para diferenciarmos as EFPCs que têm direito à imunidade tributária daquelas que não o têm, esclarecemos abaixo o significado de “direito privado de assistência social”, utilizado por esse órgão.

O art. 203 da Constituição Federal de 1988 discorre sobre a assistência social, estabelecendo que “a assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social”.

Nesse sentido, tem-se a Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, que dispõe sobre a organização da assistência social, em consonância com o art. 203 da Constituição Federal de 1988: Confira-se;

Art. 1º. A assistência social, direito do cidadão e dever do Estado, é política de Seguridade Social não contributiva, que provê os mínimos sociais, realizada através de um conjunto integrado de ações de iniciativa

pública e da sociedade, para garantir atendimento às necessidades básicas.

. . .

Art. 3º. Consideram-se entidades e organizações de assistência social aquelas que prestam, sem fins lucrativos, atendimento e assessoramento aos beneficiários abrangidos por esta lei, bem como as que atuam na defesa e garantia de seus direitos.

O Ministro Octavio Galloti manifestou-se sobre o assunto, em voto de recurso extraordinário, conforme transcrição a seguir:

“Não ignoro que a evolução social dos tempos modernos está a sugerir um conceito de assistência social não estritamente vinculado aos pressupostos de caridade, da benemerência, do humanitarismo, da filantropia.

Mas a imunidade tributária constitucional continua a ser um estímulo ao altruísmo (desprendimento de alguém em proveito de outrem). Entendo que não comporta a hipótese onde os associados se congregam em seu próprio benefício, mediante o recolhimento de contribuições, mesmo obtido o concurso de algum patrocinador e a despeito da reconhecida utilidade social do empreendimento”. (RE 136.332-RJ, RTJ 150/97)

Desse modo, o conceito de assistência social no direito privado reconduz-se à assistência prestada por liberalidade de uma pessoa ao beneficiário, em função do status patrimonial desfavorecido deste, o qual recebe os benefícios a título gratuito.

Logo, para que uma EFPC seja caracterizada “sem fins lucrativos e com natureza de assistência social” para gozo da imunidade tributária, é necessário que: (i) não distribua qualquer parcela de seu patrimônio ou de suas rendas, a título de lucro ou participação no seu resultado; (ii) aplique, integralmente, no País, os seus recursos na manutenção dos seus objetivos institucionais; (iii) mantenha escrituração de suas receitas e despesas em livros revestidos de formalidades capazes de assegurar sua exatidão; e (iv) seja mantida exclusivamente com recursos das patrocinadoras (caráter não contributivo).

De fato, o principal embasamento da referida decisão está no fato de a contribuição, no caso, não ser bilateral, ou seja, pelo fato de a assistência ser totalmente gratuita, estando claro o caráter não oneroso do benefício.

Outro aspecto a ser considerado é o de que as imunidades tributárias beneficiam sempre pessoas, muito embora a nossa doutrina, conforme disposto em itens anteriores, as tenha classificado em (i) subjetivas, as que alcançariam pessoas; (ii) objetivas, as que alcançariam coisas; e (iii) mistas, a que alcançariam tanto pessoas quanto coisas.

Sendo assim, após tudo o que foi dito parece-nos, acompanhando o entendimento de Roque Carrazza, que em termos técnicos a imunidade é sempre subjetiva, portanto o benefício da imunidade é aplicável à pessoa da entidade, que, pelo fato de administrar plano de caráter não-contributivo, enquadra-se nas

características definidas no art. 150, inciso VI, “c” da Constituição de 1988, conforme interpretação do STF em decisão proferida no RE nº 259.756.

Sendo assim, a imunidade decorre do reconhecimento por parte da Constituição Federal de valores e princípios que devem ser reconhecidos e consagrados. Sendo, portanto, a imunidade um valor consagrado pelo Texto Supremo, embora sempre dentro de uma visão normativa.

A Constituição vigente outorgou competências para que as pessoas políticas criassem tributos, também criou campos dentro dos quais as pessoas políticas exercitarão tal competência, assim como campos nos quais as pessoas políticas são vedadas de exercer a competência tributária.

As normas constitucionais que tratam das imunidades constitucionais estabelecem a incompetência das pessoas políticas tributantes para alcançarem fatos, pessoas e situações.

As instituições de educação e as instituições de assistência social desenvolvem uma atividade básica que, a princípio, caberia ao Estado desempenhar. Por isso, são protegidas pela imunidade.

O Estado responde pelo sistema de seguridade social, juntamente com a sociedade, com a finalidade de assegurar a todos o direito à previdência e à assistência social.

Conforme já esclarecido anteriormente, temos o sistema oficial, que é sistema de seguridade social básica, estatal e obrigatória. Trata-se do sistema a cargo do Estado,

financiado por trabalhadores, empregados e governo, com contribuições obrigatórias incidentes sobre salários, faturamento das empresas e concurso de prognósticos. Há também o sistema privado, que pode ser chamado de complementar e que se divide em sistema fechado e sistema aberto.

O sistema aberto é composto por entidades que oferecem planos de seguridade social a todas aquelas pessoas interessadas em complementar sua previdência. Tem finalidade lucrativa.

O sistema fechado é composto por entidades criadas com o objetivo de complementar a seguridade social, visando à preservação do padrão de vida anterior à inatividade e à prestação de assistência aos beneficiários. Nesse sistema, só podem fazer parte aqueles que trabalham nas empresas patrocinadoras, sendo restritas aos empregados das empresas específicas que patrocinam os planos de previdência e assistência. Tais entidades não têm finalidade lucrativa.

As entidades fechadas são consideradas complementares ao sistema oficial de previdência e assistência social, enquadrando-se suas atividades na área de competência do Ministério da Previdência e Assistência Social.

Para que a imunidade tributária das entidades fechadas de previdência complementar siga uma solução normativa, necessário se faz que seja utilizada a interpretação sistemática e também a teleológica.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 150, inciso VI, “c”, instituiu imunidade para as instituições de assistência social e autoriza a lei a fixar os requisitos

a serem observados. A Lei nº 6.435/77, em seu art. 39, par. 3º, considerou as entidades fechadas de previdência complementar como instituições assistenciais para fins de imunidade.

As Cartas Constitucionais de 1946, 1967 e 1969 também previram a imunidade das instituições de assistência social. As entidades fechadas de previdência complementar podem ser consideradas instituições, rebatendo a tese daqueles que afirmavam que o termo instituição se refere somente à pessoa jurídica de finalidade pública que presta serviços filantrópicos de assistência social, porquanto a Constituição Federal de 1988 não se utilizou de nenhum critério jurídico para a escolha do termo a ser usado no art. 150, inciso VI, “c” da Constituição Federal de 1988.

A Constituição Federal de 1988 sistematizou a seguridade social, tratando-a como gênero e a previdência e assistência social como espécies.

Por meio de uma interpretação sistemática, há dois conceitos de assistência social. A assistência social propriamente dita, prevista no art. 203 dessa Constituição, que tem como característica a inexistência de vínculo contributivo. E a assistência social genérica, prevista no art. 204 que, conforme disposição constitucional, pode ser executada por entidades beneficentes ou altruístas, como também pelas entidades de assistência social.

Não existe apenas uma forma de assistência social, mas sim outros tipos de assistência social que independem de gratuidade.

O conceito de assistência social é amplo – é todo e qualquer esforço que objetive segurança, bem-estar, paz social, ou seja, concretização do ideal de uma vida melhor para o homem, como manifestação e reflexo da atividade previdenciária.

As entidades fechadas de previdência complementar são instituições sem finalidade lucrativa, atende, portanto, aos requisitos do art. 14 do Código Tributário Nacional. Essas instituições podem ter lucros, podem ter patrimônio, podem ter resultados. Só não podem distribuir, apropriar-se de forma particular dessas rendas, desse patrimônio, desses resultados.

Mesmo em se tratando de entidades fechadas de previdência complementar, há uma composição essencial, fundamental que é o atendimento aos seus membros prestando-lhes os serviços de caráter social produzidos pelo citado art. 201 da Constituição Federal.

A despeito da separação prevista no art. 194 da Constituição Federal, ou seja, da separação dos campos da previdência, saúde e assistência, há um substrato, um objetivo único para todas elas de caráter assistencial. Ademais, a abrangência da imunidade vem se corporificar por esta forma interpretativa, através do seu art. 150, quando trata de atendimento “às finalidades essenciais” das entidades fechadas de previdência complementar.

Após longa discussão judicial, finalmente o Supremo Tribunal Federal manifestou-se no sentido de que o benefício da imunidade é aplicável à pessoa da entidade fechada de previdência complementar, que, pelo fato de administrar plano de

caráter não-contributivo, enquadra-se nas características definidas no art. 150, inciso VI, “c” da Constituição de 1988 (RE nº 259.756).

O principal embasamento da referida decisão está no fato de a contribuição, no caso, não ser bilateral, ou seja, pelo fato de a assistência ser totalmente gratuita, estando claro o caráter não oneroso do benefício.

4.4 Tributação das aplicações financeiras das EFPCs

A decisão proferida no âmbito do reconhecimento da imunidade “integral”, ou seja, patrimônio e rendimentos da EFPC, conforme decisão do Supremo Tribunal Federal, ficou adstrita àquelas entidades que possuam contribuições exclusivamente por parte dos patrocinadores, ou seja, as entidades fechadas de previdência complementar que tiverem planos que prevejam contribuições de participantes e patrocinadores, ou de somente participantes, serão imunes quanto ao seu patrimônio, entretanto não serão imunes quanto às suas aplicações e rendimentos financeiros.

Nesse contexto, meses antes da decisão proferida pelo STF, foi editada, em 04 de setembro de 2001, a Medida Provisória nº 2.222, que modificava significativamente a tributação do Imposto de Renda dos planos de previdência privada.

Referida MP nº 2.222 estabeleceu em seu art. 1º que os rendimentos e ganhos decorrentes das aplicações de recursos de provisões, reservas técnicas e fundos de entidades abertas de previdência complementar e de sociedades seguradoras que operarem planos de benefícios de caráter previdenciário, inclusive PGBL (Planos Geradores de Benefícios Livres), a partir de 1º de janeiro de 2002 ficariam sujeitos à incidência do Imposto de Renda, conforme transcrito abaixo :

Art. 1º - A partir de 1º de janeiro de 2002, os rendimentos e ganhos auferidos nas aplicações de recursos das provisões, reservas técnicas e fundos de entidades abertas de previdência complementar e de sociedades seguradoras que operam planos de benefícios de caráter previdenciário, ficam sujeitos à incidência do imposto de renda de acordo com as normas de tributação aplicáveis às pessoas físicas e às pessoas jurídicas não-financeiras.

O referido dispositivo veio abranger a incidência do Imposto de Renda para os planos das entidades abertas de previdência complementar e seguradoras, uma vez que as regras, anteriormente em vigor, tratavam apenas da incidência do Imposto de Renda sobre os rendimentos e ganhos decorrentes das aplicações de recursos sobre o Fundo de Aposentadoria Programa Individual (FAPIs). Além disso, referida Medida Provisória inovou ao trazer o dispositivo que previa a instituição de um regime especial de tributação.

As entidades abertas e fechadas de previdência complementar, as seguradoras e as instituições administradoras de FAPIs poderiam optar pelo Regime Especial de Tributação, denominado RET, o qual estabelecia que o resultado positivo, auferido em cada trimestre-calendário dos rendimentos e ganhos de provisões, reservas técnicas e fundos, seria tributado pelo Imposto de Renda à alíquota de 20%, até aí sem grandes vantagens.

Mas o RET previa, ainda, a possibilidade de um “teto” de imposto a ser pago, correspondente à diferença entre as alíquotas do Imposto de Renda e a contribuição social sobre o lucro aplicáveis às pessoas jurídicas e 80% (oitenta por cento) da alíquota máxima da tabela progressiva aplicável às pessoas físicas. À época a referida diferença era equivalente a 12% (doze por cento) do valor da contribuição da pessoa jurídica.

Em outras palavras, o teto era limitado ao produto do valor da contribuição da pessoa jurídica, já que o percentual aplicável sobre essa base seria resultante da diferença entre:

- a) a soma das alíquotas do Imposto de Renda das pessoas jurídicas e da contribuição social sobre o lucro líquido, incluindo adicionais (25% IRPJ + 9% CSLL = 34%); e
- b) oitenta por cento da alíquota máxima da tabela progressiva do Imposto de Renda da pessoa física ($27,5\% \times 80\% = 22\%$).

Cabe ressaltar que o cálculo da regra do RET para as entidades abertas de previdência complementar e seguradoras, nos termos do art. 1º da referida medida provisória - mp teriam como base as contribuições de planos firmados com novos participantes a partir de 1º de janeiro de 2002.

Outrossim, a referida medida provisória estabelecia que a opção da entidade pelo regime especial seria substitutivo do regime de tributação do Imposto de Renda para as entidades e que, para tanto, as entidades deveriam efetuar sua opção até o último dia útil do mês de novembro de cada ano, para que o regime surtisse efeito no ano calendário subsequente e, exclusivamente para o primeiro ano, as entidades fechadas de previdência e os FAPIs poderiam optar até o último dia do mês de dezembro de 2001, para que o regime produzisse seus efeitos para o período de 1º de setembro a 31 de dezembro de 2001.

Estabelecia, ainda, a referida medida provisória que os optantes pelo regime especial de tributação teriam a possibilidade de pagar ou parcelar, até o último dia do mês de janeiro de 2002, nas condições estabelecidas no art. 17 da Lei nº 9.779, de 19 de janeiro de 1999, ou seja, seriam isentos de juros e multa, com pagamento de sucumbência de 1% (um por cento), podendo parcelar em até 6 vezes atualizadas pela Taxa Selic, a partir de janeiro de 2002, os débitos relativos a tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal - SRF, incidentes sobre os rendimentos e ganhos das provisões, reservas técnicas e fundos, quer tais tributos sejam total, quer parcialmente decorrentes, desde que comprovassem a desistência expressa e irrevogável de todas

as ações judiciais que tinham por objeto os tributos ali indicados e renunciar a qualquer alegação de direitos sobre as quais se fundam as referidas ações.

Esse parcelamento para aqueles que optaram pelo regime especial de tributação vinha dar um sinal às entidades fechadas de previdência complementar de que a decisão do STF que estava para ser pronunciada, e que acabou o sendo em novembro do ano de 2002, não iria reconhecer o direito à imunidade das entidades.

Sendo assim, o mercado ficou alvoroçado sobre o que fazer, uma vez que a opção pelo regime especial, ainda que fosse mais atrativa, não passou a ser a principal questão de dúvida. Mas o que passou a ser a maior dúvida? Desistir da ação de imunidade e parcelar os débitos, numa condição mais favorável, ou aguardar até decisão final do STF?

Diante da manifestação que se anunciava quanto à decisão não favorável às entidades do STF, muitas entidades preferiram desistir das ações judiciais e parcelar os seus débitos, o que foi o mais sensato, pois alguns meses depois, em novembro de 2001, o STF finalmente se posicionou e todas as entidades fechadas que possuíam contribuição também de seus empregados, acabaram por perder a ação de imunidade.

Cabe ressaltar que à época muito se questionou quanto à interpretação adotada por alguns de que a opção pelo regime especial estava diretamente vinculada à necessidade de desistência das ações judiciais.

Entretanto, pela interpretação do art. 5º da MP nº 2.222 o parcelamento estava vinculado à entidade ser optante do regime especial, no entanto a opção pelo regime

não estava vinculada à desistência das ações, tanto que a norma estabelece que “os optantes pelo regime especial de tributação poderão pagar ou parcelar até o último dia útil do mês de janeiro de 2002....”

Em dezembro de 2001 foi editada, ainda, a Medida Provisória nº 16, que foi em abril de 2002 convertida na Lei nº 10.426, que estabelecia, ainda, que as contribuições extraordinárias relativas ao custeio de déficit de serviço passado poderiam ser excluídas para efeito de apuração do limite do RET, a ser regulamentado por ato conjunto editado pelos Ministros da Previdência e Assistência Social e da Fazenda, ou seja, as contribuições extraordinárias decorrentes de dotação inicial e/ou amortização de tempo passado podiam ser excluídas para efeito de apuração do limite de 12% das contribuições efetuadas pela patrocinadora.

Portanto, o RET ou Regime Especial de Tributação obteve uma grande adesão das entidades, tendo o prazo para a referida anistia sofrido diversas prorrogações, até que a última possibilidade de opção pela anistia dos débitos fiscais foi até o dia 29 de novembro de 2002.

4.5 Novo regime de tributação dos planos

O regime do Regime Especial de Tributação - RET perdurou até 2004, tendo em vista que com a publicação da medida provisória - MP 209, de 26 de agosto de 2004,

que foi posteriormente convertida na Lei nº 11.053, de 29 de dezembro de 2004, ao determinar novo regime de tributação dos planos previdenciários, revogou expressamente a medida provisória - MP 2.222/2001.

O novo regime de tributação concedeu ao participante do plano a possibilidade deste optar por um novo regime de tributação de Imposto de Renda na Fonte incidente sobre os valores pagos a título de benefícios ou resgates de valores acumulados.

Pela nova sistemática o participante é quem fará a opção pelo regime de tributação que pretende adotar para seu plano de previdência complementar, tanto na entidade aberta, como na entidade fechada.

O novo regime consiste em alíquotas regressivas do Imposto de Renda na Fonte, incidentes sobre os resgates e benefícios pagos calculados de acordo com o prazo de acumulação do participante no plano, ou seja, partindo da alíquota inicial de 35% para prazo de acumulação inferior ou igual a 2 (dois) anos e a cada 2 (dois) anos de acumulação no plano a alíquota é reduzida em 5% até o limite mínimo de 10%, conforme tabela abaixo:

Tabela Regressiva

Período de Acumulação	Alíquota
Até 2 anos	35%
De 2 a 4 anos	30%
De 4 a 6 anos	25%
De 6 a 8 anos	20%
De 8 a 10 anos	15%
Acima de 10 anos	10%

Cabe ressaltar que permanece em vigor o sistema até então conhecido pela tabela progressiva de alíquotas de Imposto de Renda Fonte, ou seja, a alíquota é determinada sobre o valor do benefício ou resgate efetuado ao Plano. Portanto, quem recebe até R\$ 1.257,12 (um mil duzentos e cinquenta e sete reais e doze centavos) por mês está isento do tributo, acima de R\$ 1.257,13 (um mil duzentos e cinquenta e sete reais e treze centavos) até R\$ 2.512,08 (dois mil, quinhentos e doze reais e oito centavos), a alíquota é de 15%, e para valores superiores a R\$ 2.512,08 (dois mil, quinhentos e doze reais e oito centavos) a alíquota é de 27,5%, nos termos da tabela a seguir:

Tabela Progressiva
Isenção até R\$ 1.257,12
15% de R\$ 1.257,13 até 2.512,08
27,5% acima de R\$ 2.512,08

Portanto, de acordo com a Lei nº 11.053, o participante é quem define qual dos dois regimes de tributação do Imposto de Renda Retido na Fonte (tabela progressiva ou regressiva) vai ser aplicado ao seu plano, cabendo esclarecer, ainda, que a opção deve ser efetuada de forma irrevogável, ou seja, não é passível de alteração durante o período em que permanecer no plano.

Sendo assim, para fazer a opção nos termos da Lei nº 11.053 com as devidas alterações da Lei nº 11.196/2005, os participantes que já faziam parte de plano de previdência complementar até 30 de novembro de 2005, deveriam fazer a opção por um dos dois regimes até o último dia do mês de dezembro de 2005, permitida neste prazo, excepcionalmente, a retratação da opção para aqueles que ingressaram no referido plano entre 1º de janeiro e 4 de julho de 2005, uma vez que ocorreu alteração na lei. No entanto, para os novos participantes a opção pelo regime deverá ser efetuada até o último dia do mês subsequente a sua entrada no plano de previdência.

Cabe ressaltar que a lei estabelece esta restrição: somente poderão optar pelo regime regressivo de Imposto de Renda os participantes que estiverem ou aderirem aos planos de previdência complementar do tipo CD - Contribuição Definida e

Contribuição Variável, excluindo, assim, a possibilidade de que participantes de plano do tipo Benefício Definido optem por esse tipo de regime.

A Lei nº 11.053 determinou, ainda, que, permanecendo o participante pelo sistema de tributação de Imposto de Renda da tabela progressiva (atual), os resgates efetuados antes do recebimento do benefício sofrerão a incidência da alíquota do Imposto de Renda na Fonte equivalente a 15%, cabendo o ajuste na Declaração do Imposto de Renda do final do ano, e não mais acompanhando a tabela de acordo com o valor a ser resgatado.

Outrossim, a Lei nº 11.196/2005 abriu uma exceção para a ocorrência de pagamento de benefício não programado, sob o regime de tributação regressiva, ou seja, na ocorrência de pagamento de benefício do tipo pensão por morte ou invalidez, as alíquotas de Imposto de Renda na Fonte serão minimizadas da seguinte forma:

Tabela Regressiva	
Período de Acumulação	Alíquota
Inferior ou igual a 6 anos	25%
De 6 a 8 anos	20%
De 8 a 10 anos	15%
Acima de 10 anos	10%

Assim, o participante que optou pelo regime regressivo e se acidentou antes do período de acumulação atingir 6 anos, pagará uma alíquota de 25%, inferior, portanto,

aos 35% ou 30% a que seria obrigado, de acordo com os termos iniciais da Lei nº 11.053.

Faltava, entretanto, a regulamentação de como seria calculado o prazo de acumulação dos planos, prazo esse que a Instrução Normativa nº 524/05 vem resolver, definindo dois critérios para o cálculo do prazo de acumulação.

Um tipo de cálculo para os planos que não estabelecem regime atuarial e outro tipo cálculo para os planos que estabelecem regime não-atuarial.

Entendido como plano de regime atuarial aqueles que as Seguradoras ou administradora do plano assumem o risco de uma sobrevida do participante, ou seja, aqueles planos que são estruturados em bases atuariais de sobrevida, e os planos de regime não-atuarial são aqueles que o valor que o participante recebe como benefício reflete o valor que tal participante aplicou ao plano, com suas devidas atualizações.

Nesse contexto, nos planos de regime atuarial o prazo de acumulação será calculado pela média de permanência dos recursos, ponderada pelo valor de cada contribuição, o que gera uma estimativa de a cada 2 (dois) anos de contribuição representa 1 (um) ano de acumulação.

Já nos planos de regime não-atuarial a contagem do prazo considerará as primeiras contribuições efetuadas durante o período de acumulação, atualizadas conforme o valor das quotas em que está referenciado o plano ou com base nos critérios estabelecidos no regulamento do plano de benefícios, contando-se o prazo referido a partir da data do aporte das referidas contribuições, ou seja, primeiro que

entra, primeiro que sai, denominado sistema PEPS, ou seja, o prazo de acumulação no momento do pagamento do benefício ou resgate está diretamente vinculado à data da contribuição efetuada.

Cabe ressaltar que nos dois tipos de cálculo de prazo de acumulação, o prazo continua a ser acumulado a partir da concessão do benefício, o que significa que o participante, ainda que inicie o recebimento do seu benefício com uma alíquota superior em função do prazo de acumulação inicial, terá uma redução da alíquota do seu benefício com o passar dos anos acompanhando a tabela regressiva.

O objetivo em se alterar o regime de tributação dos planos de previdência complementar, de forma que o tempo de acumulação passou a ser fator fundamental para a redução da alíquota do Imposto de Renda Retido na Fonte a ser recolhido, deve-se à tentativa de o governo estimular a poupança previdenciária, ou seja, forçar uma cultura de previdência, de modo que as pessoas comprem e contribuam com os planos de previdência complementar de forma mais consciente e não como mera aplicação financeira.

Em resumo, atualmente quem define o regime de tributação do Imposto de Renda para fins de plano de previdência complementar é o participante, que pode optar pelo regime até então conhecido, ou seja, pela tabela progressiva ou pelo regime novo, ou seja, pela tabela regressiva.

Podem escolher o regime da tabela progressiva os participantes de todos os tipos de planos de previdência, inclusive, os do Benefício Definido podem optar por ele.

No regime da tabela progressiva, o Imposto de Renda Retido na Fonte sobre os benefícios pode ser mensal, com ajuste na Declaração de IR do final do ano, considerando para tanto a tabela do Imposto de Renda que considera a alíquota com base no valor a ser pago. Os resgates, por sua vez, independente do valor sofrerão a incidência de 15% como antecipação do devido e serão ajustados na Declaração do final de ano.

Já para o regime da tabela regressiva, poderão optar os participantes dos planos do tipo Contribuição Definida ou Contribuição Variável estando excluídos, assim, os participantes de planos do tipo Benefício Definido. Nesse regime o Imposto de Renda Retido na Fonte sobre os benefícios mensal considera o período de acumulação do participante do plano, variando de 35% a 10%, inclusive para o caso de resgates sem possibilidade de ajuste na Declaração de ajuste anual. Para os casos de benefício não programado (morte ou invalidez), as alíquotas são reduzidas a fim de não prejudicar os participantes e/ou seus beneficiários.

4.6 Regras de tributação de benefícios e resgates

Conforme disposto no item anterior, os benefícios e resgates de planos de previdência complementar estão sujeitos à tributação na fonte pelo Imposto de Renda. Nesse sentido, nos termos do que determina a Lei nº 9.250/95, em seu art. 33, as

rendas mensais de aposentadoria, inclusive rendas por invalidez e pensão por morte, independentemente de quem tiver contribuído para o plano estão sujeitas à incidência do Imposto de Renda.

Outrossim, as rendas mensais, inclusive rendas por invalidez e pensão por morte de pequeno valor e que por este motivo foram convertidas em pagamento único, também, estão sujeitas a incidência do Imposto de Renda Retido na Fonte.

Cabe ressaltar que é importante notar que as rendas mensais de pequeno valor são diferentes de pecúlios, segundo par. único da referida lei, pagos decorrentes de morte ou invalidez de participante.

No primeiro caso, na ocorrência de aposentadoria, morte ou invalidez do participante, calcula-se o valor do benefício e ao confirmar-se que o valor é muito pequeno para que o participante ou seu beneficiário, conforme o caso, passe a recebê-la mensalmente, converte-se o valor da reserva em pagamento único.

No segundo caso, o plano prevê expressamente o benefício de pecúlio por morte, ou seja, o benefício de risco pago ao beneficiário em caso de falecimento do participante. Sendo assim, em tal situação, art. 32 da Lei nº 9.250/95 e o art. 5º, inciso XXII da Instrução Normativa da Secretaria da Receita Federal nº 15/2001 estabelecem expressamente a isenção do pagamento do Imposto de Renda Retido na Fonte.

Os pagamentos de resgates de contribuições também estão sujeitos ao Imposto de Renda Retido na Fonte. No entanto, o art. 33 da Lei nº 9.250/95 e art. 5º da

Instrução Normativa da Secretaria da Receita Federal nº 15/2001 excluem da base de cálculo da incidência do Imposto de Renda as contribuições efetuadas pelos participantes referentes ao período de 1989 a 1995, isto porque neste período não era possível a dedução, tendo sido os mesmos devidamente tributados, não cabendo, portanto, nova tributação.

O Ato Declaratório Interpretativo da Secretaria da Receita Federal nº 20, de 29/10/2003, dispõe, ainda, sobre a incidência do Imposto de Renda sobre os benefícios recebidos e no resgate de valores relativos a planos de previdência complementar, realizados a título de verbas indenizatórias, referentes à adesão ao Programa de Desligamento Voluntário (PDV). O referido Ato Declaratório vem tentar sedimentar o entendimento da Secretaria da Receita Federal quanto ao pagamento de valores de benefícios recebidos e resgates de previdência complementar em PDV, isto porque existem hoje no país diversas ações judiciais, pleiteando a não-incidência do tributo sobre os valores, por considerar que por fazerem parte do PDV são verbas indenizatórias e, portanto, não estão sujeitas à retenção do Imposto de Renda.

Além das isenções já mencionadas neste item, o art. 5º, incisos XII e XXXV da Instrução Normativa da SRF nº 15/1996 estabelece isenção de Imposto de Renda incidente sobre benefícios pagos a portadores ou beneficiários de portadores de doenças graves, tais como AIDS, Parkinson, câncer, etc.

Recentemente, o Ato Declaratório da Secretaria da Receita Federal nº 11/2006, adotando o mesmo entendimento da Instrução Normativa acima mencionada, incluiu no

rol de portadores de doenças graves, isentos da incidência do Imposto de Renda, os participantes ou beneficiários de portadores de fibrose cística.

Os maiores de 65 anos também poderão deduzir uma parcela de R\$ 1.257,12 à base de cálculo do Imposto de Renda, sem prejuízo da parcela isenta do Imposto de Renda adotado pela tabela progressiva, nos termos do que está definido na Lei nº 9.250/1995, art. 4º, inciso VI.

Por fim, pensão por morte quando o beneficiário for deficiente mental, nos termos do art. 5º, inciso XXXVI da Instrução Normativa nº 15/2001, também estão isentos do pagamento do Imposto de Renda.

Essas regras de tributação e isenção dos benefícios e resgates de planos de previdência complementar cabem tanto a entidades abertas como fechadas.

5 CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO

Por meio da edição da Medida Provisória n. 16 de 2001, convertida na Lei n. 10.426, de 24 de abril de 2002, as entidades fechadas de previdência complementar são isentas da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL relativamente a fatos geradores ocorridos a partir de 1 de janeiro de 2002, ou seja, a previsão de isenção parcial mediante a redução do critério temporal da regra-matriz de incidência do tributo.

Ocorre, entretanto, que até a edição da referida medida provisória a Secretaria da Receita Federal adotava o entendimento de que as entidades fechadas de previdência complementar eram sujeitos passivos da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido e o fundamento para essa tributação eram a Emenda Constitucional de Revisão n. 1/94, alterada pela Emenda Constitucional de Revisão n. 10/96, a Lei n. 8.212/91, art. 22, par. 1.

Nesse diapasão a Emenda Constitucional n. 1/94 acrescentou ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias o art. 72, dispondo que o Fundo Social de Emergência receberia recursos provenientes da elevação da alíquota da CSLL dos contribuintes mencionados no art. 22 da Lei n. 8.212/91, uma vez que as entidades fechadas de previdência complementar seriam um dos contribuintes então mencionados:

Entretanto, a própria Lei n. 8.212/91, em seu art. 23 dispõe quanto à base de cálculo e alíquotas devidas a CSLL, estabelecendo, assim, que as contribuições do faturamento e do lucro serão calculadas mediante a aplicação da alíquota de 10% e 15% incidentes sobre o lucro- líquido do período-base.

Sendo assim, a base de cálculo para a incidência do Imposto de Renda seria o lucro-líquido das entidades, no entanto as entidades de previdência complementar, por serem entes sem fins lucrativos, não geram lucros e, por isso, não estariam sujeitas à referida tributação.

Por seu turno a Emenda Constitucional n. 10/96, que modificou os arts. 71 e 72 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, ao instituir o Fundo Social de Emergência, estabeleceu que este seria formado por parcelas de tributos arrecadados, dentre eles, decorrente da elevação da alíquota da CSLL dos contribuintes, a que se refere o par. 11, do art. 22 da Lei n. 8.212/91.

Conforme o exposto, mais uma vez, as entidades de previdência complementar são previstas como possíveis sujeitos passivos da obrigação tributária.

No entanto, embora exista a previsão legal anteriormente mencionada, ocorre que as entidades não auferem lucro, conforme já mencionado, portanto, não há que se falar em incidência da norma, uma vez que o fato descrito na norma não é suficiente para a formação da obrigação tributária, em outras palavras, embora as entidades estejam previstas como sujeitos passivos na norma descrita, elas não realizam o fato

gerador que poderia gerar a subsunção do fato à norma, tendo em vista que não auferem lucro, não havendo que se falar em obrigação tributária.

Outrossim, cabe esclarecer que até a edição da Lei Complementar n. 109/2001 as entidades fechadas de previdência complementar eram regidas pela Lei n. 6.435/77, regulamentada pelo Decreto n. 81.240/78. Por essa razão, essas entidades foram impedidas de auferir lucros ou prejuízos, gerando apenas superávit ou déficit.

Para melhor compreensão, superávit não é equivalente a lucro, na medida em que a entidade nunca terá disponibilidade desse valor, o qual obrigatoriamente deverá ser convertido em benefício do plano, podendo diminuir contribuições do participante e do patrocinador, por exemplo.

Sendo assim, na ausência de fato gerador, ou seja, por as entidades não gerarem lucros, a Secretaria da Receita Federal passou a considerar como base de cálculo do tributo o saldo disponível para constituições conforme dispõe o Parecer COSIT n. 1, de 28 de janeiro de 2002, transcrito a seguir:

“A Secretaria da Receita Federal por intermédio da Coordenação-Geral de Tributação referendou pelo Parecer Cosit n. 1 de 28 de janeiro de 2002, o entendimento sobre a composição da base de cálculo da contribuição no caso das Entidades Fechadas de Previdência Privada. O resultado evidenciado na demonstração do resultado do exercício, elaborado seguindo o modelo definido no item 3 do Anexo C da Portaria MPAS n. 4.858/98, é adotado para a aferição da base de cálculo da CSLL, entendendo-se como tal o saldo disponível para constituições em cada um dos programas.”

Assim como a Solução de Consulta COSIT n. 7, de 26 de dezembro de 2001, já previa:

“A base de cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) das EFPP é o resultado positivo (superávit) apurado no encerramento do período de apuração. Para determinação dessa base tomar-se-á por base a Demonstração do Resultado do Exercício constante do Anexo C, item 3, da Portaria MPAS n. 4.858, de 26 de novembro de 1998, deduzindo do saldo disponível para constituições a formação de reservas matemáticas e a formação de contingências, observadas ainda as demais hipóteses de adições e exclusões previstas na legislação da CSLL.”

Ocorre que é preciso compreender o que são considerados como saldo disponível das reservas matemáticas e de contingências, uma vez que reservas matemáticas, em poucas palavras, é a reserva constituída para fazer frente ao pagamento dos benefícios, ou seja, são os valores efetuados pelos participantes e patrocinadores para cobertura do plano; reservas de contingências, por sua vez, são aquelas formadas, como o próprio nome diz, são aquelas para cobertura de eventuais contingências do plano, e o resultado superavitário destas reservas é constituído por meio do Programa Previdencial, que prevê que as contribuições efetuadas pelo participante e patrocinadores, assim como os rendimentos financeiros apurados por esses valores, se superiores ao devido ao plano, são considerados superávit do plano e deverão ser revertidos nos termos definidos nas Normas Específicas da Entidade, ou seja, para constituição da Reserva de Contingência, e que, após decorridos 3 anos, o

referido resultado poderá ser utilizado para redução das contribuições futuras dos patrocinadores e dos participantes:

11. Apuração de Resultados

11.1. Entidades Patrocinadas por Empresas e/ou Órgãos Públicos Federais

01. O Superávit Técnico apurado a cada ano será destinado à formação de Reserva de Contingência, até o limite de 25% (vinte e cinco por cento) do valor das Reservas Matemáticas. Encerrado o Balanço anual, e ultrapassado o limite de 25% (vinte e cinco por cento), a parcela excedente será contabilizada e destinada à constituição do Fundo de Oscilação de Riscos – Dec. 606/92.

02. Decorridos 03 (três) anos com apuração do resultado superavitário – quando a parcela excedente ao limite de 25% das Reservas Matemáticas não houver sido utilizada para cobertura de Déficit Técnico desse período – esse valor será utilizado para redução das contribuições das Patrocinadoras e dos Participantes proporcionalmente.

Sendo assim, o superávit apontado pelas Soluções de Consulta não são em hipótese nenhuma lucro da entidade, são valores que já transitaram na entidade e que possuem apenas uma determinação contábil própria, mas nada mais são que valores destinados ao próprio plano de previdência complementar.

Em outras palavras a base de cálculo pretendida para CSLL seria o saldo disponível constituído do programa previdencial, deduzidas as reservas matemáticas e reservas de contingência, partindo, portanto, não de um resultado do exercício, mas de um resultado de provisões que tem como base de exclusão.

Após longas batalhas judiciais e diversas autuações das entidades fechadas de previdência complementar pelo não recolhimento da CSLL, o caso Sistel foi um marco na mudança de entendimento adotado pela Secretaria da Receita Federal, tendo em vista que se tratava de entidade autuada com um dos maiores volumes de débito previstos perante a SRF referente a CSLL (por volta de R\$ 1,2 bilhões de reais), e esta entidade obteve êxito em sua defesa perante o Conselho de Contribuintes ao ser considerado que o superávit apurado pela entidade não se identificava com o lucro líquido do exercício e, por não serem entes geradores de lucro por sua constituição, não estavam sujeitos à tributação pela CSLL.

Por conseguinte, após referida decisão, muitas outras se seguiram no mesmo sentido reconhecendo que as entidades fechadas de previdência complementar não são sujeitos passivos da CSLL por não auferirem lucro.

6 PIS - PROGRAMA DE INTEGRAÇÃO SOCIAL E COFINS - CONTRIBUIÇÃO PARA FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL

A incidência de contribuição para o PIS e Cofins sempre foi assunto controverso e muito debatido principalmente pelas Entidades Fechadas de Previdência Complementar (EFPC), uma vez que o conceito da base de cálculo inicialmente criado não deveria se estender a essas entidades.

Para melhor compreender, devemos recordar que o PIS/Cofins foi instituído pela Lei Complementar nº 07/70, com base na matriz constitucional disposta no art. 195, inciso I da Constituição Federal de 1988 e tinha como finalidade financiar o programa de seguro-desemprego.

Lei nº 07/70

Art. 1.º - É instituído, na forma prevista nesta Lei, o Programa de Integração Social, destinado a promover a integração do empregado na vida e no desenvolvimento das empresas.

§ 1º - Para os fins desta Lei, entende-se por empresa a pessoa jurídica, nos termos da legislação do Imposto de Renda, e por empregado todo aquele assim definido pela Legislação Trabalhista.

Esta lei estabelecia como sujeito passivo da obrigação tributária as empresas em geral, tanto comerciais como industriais.

Entretanto, ao definir a base de cálculo do referido tributo, a legislação estabeleceu a regra de que para as empresas em geral a base de cálculo seria o faturamento dessas empresas, definido nos termos do Imposto de Renda, assim entendido como a receita bruta das vendas de mercadorias e serviços ou a combinação de ambos.

Segundo esse conceito, as entidades fechadas de previdência complementar por não realizarem faturamento estavam excluídas da incidência do referido PIS e Cofins, ou seja, estariam isentas uma vez que o fato gerador não se subsume na hipótese de incidência faturamento:

Lei nº 07/70

. . .

Art. 3º

. . .

§ 3º- As empresas a título de incentivos fiscais estejam isentas, ou venham a ser isentadas, do pagamento do Imposto de Renda, contribuirão para o Fundo de Participação, na base de cálculo como se

aquele tributo fosse devido, obedecidas as percentagens previstas neste artigo.

§ 4º - As entidades de fins não lucrativos, que tenham empregados assim definidos pela legislação trabalhista, contribuirão para o Fundo na forma da lei.

... .

Entretanto, mesmo isentas, foi publicado em fevereiro de 1971 a Resolução do Banco Central n. 174 do Projeto de Regulamento do PIS formulado pela Caixa Econômica Federal que previu o recolhimento do tributo, adotando como base de cálculo a folha de salários de seus funcionários.

Posteriormente foi publicado o Decreto-Lei n. 2052 e não houve definição ou regulamentação sobre a alíquota do PIS das entidades sem fins lucrativos, limitando-se referido decreto a estabelecer que as entidades eram sujeitos ativos do tributo.

Com a edição, entretanto, do Decreto-Lei n. 2.445/88, definiu-se, pela primeira vez, em seu art. 1, inciso IV, que o PIS das entidades sem fins lucrativos deveria ser recolhido à base de 1% sobre a folha de pagamento. Dessa forma, sob a ótica da referida legislação as EFPC eram considerados sujeitos passivos da obrigação tributária (PIS), sendo a base de cálculo a folha de pagamento de seus funcionários e a alíquota a ser considerada era de 1%.

Em 1994, no entanto, a partir da promulgação da Emenda Constitucional nº 01/94, foi instituído o Fundo Social de Emergência, com o objetivo de permitir a

estabilidade do país, e, assim, por meio dos arts. 71, 72 e 73 do Ato das Disposições Transitórias, as Entidades Fechadas de Previdência Complementar - EFPC passaram a sujeitar-se à incidência do PIS à alíquota de 0,75%, tendo como base de cálculo a receita bruta operacional, utilizando-se subsidiariamente da definição de receita bruta operacional determinada pela legislação do Imposto de Renda.

Emenda Constitucional nº 01/1994

A Mesa do Congresso Nacional, nos termos do art. 60 da Constituição Federal , combinado com o art. 3.º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, promulga a seguinte emenda constitucional:

Art. 1.º Ficam incluídos os arts. 71, 72 e 73 no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, com a seguinte redação:

Art. 71. Fica instituído, nos exercícios financeiros de 1994 e 1995, o Fundo Social de Emergência, com o objetivo de saneamento financeiro da Fazenda Pública Federal e de estabilização econômica, cujos recursos serão aplicados no custeio das ações dos sistemas de saúde e educação, benefícios previdenciários e auxílios assistenciais de prestação continuada, inclusive liquidação de passivo previdenciário, e outros programas de relevante interesse econômico e social.

Parágrafo único. Ao Fundo criado por este artigo não se aplica, no exercício financeiro de 1994, o disposto na parte final do inciso II do § 9.º do art. 165 da Constituição.

Art. 72. Integram o Fundo Social de Emergência:

I - o produto da arrecadação do imposto sobre renda e proventos de qualquer natureza incidente na fonte sobre pagamentos efetuados, a qualquer título, pela União, inclusive suas autarquias e fundações;

II - a parcela do produto da arrecadação do imposto sobre propriedade territorial rural, do imposto sobre renda e proventos de qualquer natureza e do imposto sobre operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários, decorrente das alterações produzidas pela Medida Provisória n.º 419 e pelas Leis n.ºs 8.847, 8.849 e 8.848, todas de 28 de janeiro de 1994, estendendo-se a vigência da última delas até 31 de dezembro de 1995;

III - a parcela do produto da arrecadação resultante da elevação da alíquota da contribuição social sobre o lucro dos contribuintes a que se

refere o § 1.º do art. 22 da Lei n.º 8.212, de 24 de julho de 1991, a qual, nos exercícios financeiros de 1994 e 1995, passa a ser de trinta por cento, mantidas as demais normas da Lei n.º 7.689, de 15 de dezembro de 1988;

IV - vinte por cento do produto da arrecadação de todos os impostos e contribuições da União, excetuado o previsto nos incisos I, II e III;

V - a parcela do produto da arrecadação da contribuição de que trata a Lei Complementar n.º 7, de 7 de setembro de 1970, devida pelas pessoas jurídicas a que se refere o inciso III deste artigo, a qual será calculada, nos exercícios financeiros de 1994 e 1995, mediante a aplicação da alíquota de setenta e cinco centésimos por cento sobre a receita bruta operacional, como definida na legislação do imposto sobre renda e proventos de qualquer natureza;

VI - outras receitas previstas em lei específica.

§ 1.º As alíquotas e a base de cálculo previstas nos incisos III e V aplicar-se-ão a partir do primeiro dia do mês seguinte aos noventa dias posteriores à promulgação desta Emenda.

§ 2.º As parcelas de que tratam os incisos I, II, III e V serão previamente deduzidas da base de cálculo de qualquer vinculação ou participação constitucional ou legal, não se lhes aplicando o disposto nos arts. 158, II, 159, 212 e 239 da Constituição.

§ 3.º A parcela de que trata o inciso IV será previamente deduzida da base de cálculo das vinculações ou participações constitucionais previstas nos arts. 153, § 5.º, 157, II, 158, II, 212 e 239 da Constituição.

§ 4.º O disposto no parágrafo anterior não se aplica aos recursos previstos no art. 159 da Constituição.

§ 5.º A parcela dos recursos provenientes do imposto sobre propriedade territorial rural e do imposto sobre renda e proventos de qualquer natureza, destinada ao Fundo Social de Emergência, nos termos do inciso II deste artigo, não poderá exceder:

I - no caso do imposto sobre propriedade territorial rural, a oitenta e seis inteiros e dois décimos por cento do total do produto da sua arrecadação;

II - no caso do imposto sobre renda e proventos de qualquer natureza, a cinco inteiros e seis décimos por cento do total do produto da sua arrecadação.

Art. 73. Na regulação do Fundo Social de Emergência não poderá ser utilizado o instrumento previsto no inciso V do art. 59 da Constituição.

Art. 2.º Fica revogado o § 4.º do art. 2.º da Emenda Constitucional n.º 3, de 1993.

No entanto, muitos tributaristas entenderam que a referida cobrança era inconstitucional, uma vez que o conceito de receita bruta operacional não seria aplicável às EFPC considerando que estas, por não terem fins lucrativos, não eram geradoras de receitas e portanto o tributo não poderia incidir as estas entidades por total falta de base de cálculo.

O entendimento gerou diversas ações judiciais para declaração de inconstitucionalidade do referido tributo às entidades.

Após a edição da Emenda Constitucional de Revisão n. 01/94, foi instituída a Emenda Constitucional de Revisão n. 10/96, com a previsão de cobrança do PIS à alíquota de 0,75% sobre a receita bruta no período de 01/01/96 a 30/06/97 e posteriormente nova prorrogação se deu com a promulgação da Emenda Constitucional de Revisão n. 17, de 22 de outubro de 1997, prevendo a cobrança do tributo de mesma alíquota sobre o período de 01/07/1997 a 31/12/1999.

Em meio à referida discussão, em 1998 foi editada a Lei n. 9.701/98, que estabeleceu que da base de cálculo da cobrança do PIS, ou seja, da denominada receita bruta operacional poderiam ser excluídas as contribuições destinadas à constituição de provisões e reservas técnicas das entidades de previdência complementar abertas ou fechadas, aplicando-se sobre essa base a mesma alíquota de 0,75%.

Lei 9.701/98

Art. 1º Para efeito de determinação da base de cálculo da Contribuição para o Programa de Integração Social - PIS, de que trata o inciso V do art. 72 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, as pessoas jurídicas referidas no § 1o do art. 22 da Lei no 8.212, de 24 de julho de 1991, poderão efetuar as seguintes exclusões ou deduções da receita bruta operacional auferida no mês:

. . .

V - no caso de entidades de previdência privada abertas e fechadas, a parcela das contribuições destinada à constituição de provisões ou reservas técnicas;

No mesmo ano, foi publicada então a Lei n. 9.718/98, que não só estabeleceu que seriam sujeitos passivos da obrigação tributária todas as empresas em geral, como também alterou a base de cálculo, pois, a partir de 01/02/1999, passou a ser definida como a receita bruta, correspondente ao faturamento e que por sua vez significará a

totalidade das receitas auferidas, sendo irrelevante o tipo de atividades, sendo admitida as mesmas exclusões e a mesma alíquota prevista na Lei 9.701/98.

A Lei n. 9.718/98 também passou a prever a cobrança da Cofins das entidades fechadas de previdência complementar antes isentas de tal contribuição.

Em 15-12-1998 por meio da Emenda Constitucional n. 20, que dentre outras considerações importantes para as EFPC, determinou que a incidência das contribuições destinadas ao financiamento da Seguridade Social seriam não apenas sobre o faturamento, mas sobre a receita, alterando assim o art. 195 da Constituição Federal de 1988 alargando a incidência de referido tributo.

Posteriormente à Emenda Constitucional n. 20, a Medida Provisória nº 1807/99, que foi reeditada sucessivamente, sendo afinal Medida Provisória n. 2.158-35 2001, alterando a alíquota do PIS para 0,65%, permitiu que exclusões de sua base de cálculo destinadas à constituição de provisões e reservas para o programa previdencial englobassem também os rendimentos auferidos com as aplicações financeiras destinadas a pagamentos de benefícios, desde que limitados ao total das provisões técnicas. Sendo assim, até maio de 1994 a base de cálculo do PIS para as EFPC eram a folha de pagamento de seus funcionários e alíquota aplicada era de 1%.

De junho de 1994 até janeiro de 1999 a base de cálculo do PIS das EFPC era a receita bruta operacional, com a incidência da alíquota de 0,75%. A partir de 17-11-1998 passou a ser permitida a exclusão das contribuições destinadas à constituição de reservas e provisões técnicas, reduzindo a base de cálculo do tributo.

No entanto, a partir de fevereiro de 1999, por força da Lei nº 9.718/1988, ocorreu uma ampliação da base de cálculo do PIS que passou a abranger a receita bruta, ou seja, a totalidade das receitas auferidas, assim, entendidas contribuições, rendimentos, receitas de aluguéis, juros de empréstimos, permanecendo a possibilidade de exclusão das contribuições destinadas à constituição de provisões e reservas, bem como dos rendimentos auferidos com as aplicações financeiras destinadas ao pagamento de benefícios, desde que limitados ao total das provisões técnicas, tendo como alíquota o percentual de 0,65% para as entidades fechadas de previdência complementar. A referida lei passou a prever a cobrança da Cofins para tais entidades.

Em julho de 2002, por meio da Instrução Normativa n. 170, com o objetivo de regulamentar a Lei n. 9.718/98 foi explicitada a composição da base de cálculo da Cofins, estabelecendo que a receita bruta das entidades corresponderia à totalidade da receita auferida, independentemente da classificação contábil adotada para essas receitas.

Com essa regulamentação, a referida Instrução Normativa alargou a base de cálculo da Cofins considerando que rendimentos imobiliários não poderiam ser excluídos quando da apuração da base de cálculo da Cofins e que o resultado positivo da reavaliação dos investimentos em imóveis e as receitas assistenciais deveriam ser tributados na sua integralidade.

Assim como por meio da Medida Provisória n. 25/2002 as entidades fechadas de previdência complementar que fizeram sua opção pela anistia prevista na Medida

Provisória n. 2.222/2001 (que será vista em detalhes mais adiante) poderiam recolher a contribuição para o PIS e Cofins mediante a base de cálculo estabelecida pelos pars. 5 e 6, inciso III e 7 do art. 3 da Lei 9.718/98, independente da data da ocorrência dos fatos geradores, ou seja, a base de cálculo definida foi todas as receitas das entidades de previdência complementar.

Posteriormente, por meio da edição da Medida Provisória n. 66, de 29 de agosto de 2002, ocorreu a exclusão da base de cálculo do PIS e Cofins com relação aos rendimentos relativos a receitas de aluguel destinados ao pagamento de benefícios de aposentadoria, pensão, pecúlio e resgates; às receitas decorrentes de venda de bens imóveis, destinados ao pagamento de benefícios; e com relação ao resultado positivo auferido na reavaliação da carteira de investimentos imobiliários.

A referida medida provisória foi convertida na Lei n. 10.637 que manteve as mesmas considerações quanto às exclusões, acima mencionadas, tendo sido a referida lei regulamentada pela Instrução Normativa n. 215, de 07 de outubro de 2002, que também manteve essas exclusões.

Outrossim, a Lei n 9.718/98 foi alterada pela Lei n. 10.684, de maio de 2003, que em seu art. 18 majorou a alíquota da Cofins considerada para entidades fechadas de previdência complementar de 3% para 4%.

Assim, observa-se que nos termos do art. 239 da Constituição Federal a cobrança do PIS e Cofins deve ocorrer nos moldes instituídos pela Lei Complementar n. 7/70, ou seja, para financiar o programa de seguro-desemprego e o abono aos

empregados que percebem até dois salários mínimos de remuneração mensal, ou seja, estão o PIS e o Cofins qualificados no rol de contribuições da Seguridade Social, regulamentadas pelo art. 195, inciso I da Constituição Federal de 1988.

Portanto, quando da edição da Lei n. 9.718/98 somente se encontrava prevista na Constituição Federal a cobrança de PIS e Cofins sobre faturamento e não sobre receita bruta de qualquer natureza.

Ocorre que com a edição da Emenda Constitucional n. 20/98, que alterou o art. 195 da Constituição Federal de 1988 a regra-matriz de incidência das contribuições sociais para a seguridade social foi ampliada, nos termos que se segue:

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício; (incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

b) a receita ou o faturamento; (incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

c) o lucro; (incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

Nesse contexto, Roque Carrazza, em seu livro Curso de direito constitucional tributário, explica que “(...) pelo menos no ponto em que deu nova redação aos incisos I e II em tela, a referida emenda constitucional padece do insuperável vício da inconstitucionalidade, já que desconsiderou cláusulas pétreas. Com efeito, a regra matriz constitucional dos tributos está situada, a nosso ver, no campo das limitações materiais a atuação do poder constituinte derivado. E ela que dá ao contribuinte o direito subjetivo de não ser tributado além da marca. Não pode, pois, ser objeto de emenda constitucional que a amplie. Só o poder contituente originário é que tem a possibilidade jurídica de fazê-lo.”

Portanto, o alargamento da base de cálculo do PIS e da Cofins de faturamento para receita bruta de qualquer natureza por meio de Emenda Constitucional n. 20/98 é questionável judicialmente, uma vez que essa Emenda feriu cláusula pétrea estabelecida no artigo 60, par. 4, inciso IV da Constituição Federal ao pretender atribuir à União a possibilidade de criar novas contribuições por meio de lei ordinária sem observância do princípio da não-cumulatividade e sem a repartição das receitas obtidas (art. 157, inciso I da Constituição Federal).

Ocorre que recentemente, em janeiro de 2006, uma decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal (STF) vem abalando o entendimento quanto ao PIS em favor

das empresas, ao considerar inconstitucional a Lei nº 9.718/98, que ampliou a base de cálculo do PIS e da Cofins.

Essa decisão do STF foi proferida nos Recursos Extraordinários nºs 357.950, 390.840, 358.273 e 346.084, que questionavam a constitucionalidade da Lei nº 9.718/98 no que se refere à ampliação de sua base de cálculo. Sendo assim, os ministros do Supremo consideraram, por maioria dos votos, inconstitucional o par. 1º, do art. 3º da Lei 9.718/98, que ampliou o conceito jurídico de faturamento, passando a compreender a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente do tipo de atividade desenvolvida e da classificação contábil adotada para as receitas.

O entendimento foi de que a cobrança deveria ocorrer com atenção ao art. 195, par. 4 da Constituição da Constituição Federal vigente, o qual prevê que a cobrança da contribuição sobre fonte outra não expressamente elencada na Constituição Federal deve se dar mediante lei complementar e que a Emenda Constitucional n. 20 não sana o vício da inconstitucionalidade original da lei, devendo neste caso ser editada lei ordinária. Portanto, em face do exposto, cabe citar voto do Ministro César Peluso, que define claramente a diferença entre faturamento e receita:

“Na espécie, o excesso operado pela Lei n. 9.718/98, equiparando faturamento a qualquer receita, não obstante transponha a esfera de competência fixada pelo conceito de faturamento e atribuída pelo artigo 195, I, da CF/88, não implica usurpação de competência, porque podia a União, como ainda pode instituir

novas fontes de custeio da Seguridade Social com base noutros eventos econômicos, slavos aqueles expressos na discriminação de competências em matéria de impostos, com fundamento no art. 194, parágrafo 4, da CF/88 e, dentre essas novas fontes, as demais espécies de receita. Não se caracteriza, pois, vício material de incompetência.

Do ângulo formal, no entanto, para o fazer de modo lícito, seria mister houvesse obedecido ao disposto no art. 154, I da Constituição da República, ou seja: I) fosse a contribuição criada por intermédio de lei complementar; ii) fosse não cumulativa; e iii) não tivesse o mesmo fato gerador, nem base de cálculo dos impostos. Ou seja, a instituição de contribuição social sobre as demais modalidades d ereceita só extrairia fundamento de validade a norma de competência descrita no art. 195, parágrafo 4, da Constituição da República, cuja observância haveria, pois, de ser rigorosa. Ora, ainda quando, só por argumentar, se estimasse que a previsão, pela Lei n. 9.718/98, da COFINS sobre as demais espécies de receita, figuraria instituição de nova fonte de custeio, o expediente normativo permaneceria inconstitucional por não ter observado a forma prescrita no art. 195, parágrafo 4, da Constituição da República.

Tenho, portanto, por incompatível com a ordem constitucional o disposto no parágrafo 1 do art. 3 da Lei n. 9.718/98, seja por distender o conceito de faturamento assumido na redação original do art. 195, I da Constituição, seja por não instituir nova fonte de custeio nos termos exigidos pelo art. 195, parágrafo 4. (RE 346.084-6 – PR)."

Dessa forma, decidiu-se resumidamente que o conceito de faturamento para a incidência do PIS e Cofins é a receita bruta das vendas de mercadorias e serviços de qualquer natureza somente.

Nesse diapasão entendemos que retorna a discussão, em favor das Entidades Fechadas de Previdência Complementar - EFPC, quanto a isenção dos referidos tributos sobre essas entidades, uma vez que, por não terem fins lucrativos, não geram receita bruta para fins de recolhimento do tributo, não podendo, portanto, ser consideradas como sujeitos passivos da obrigação tributária.

7 CONTRIBUIÇÃO PROVISÓRIA SOBRE MOVIMENTAÇÃO OU TRANSMISSÃO DE VALORES E DE CRÉDITOS E DIREITOS DE NATUREZA FINANCEIRA – CPMF

7.1 Histórico

A Contribuição Provisória sobre Movimentação ou Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira - CPMF teve sua origem no direito positivo brasileiro, com a criação do Imposto Provisório sobre Movimentação Financeira (IPMF).

O IPMF foi implantado no ordenamento jurídico nacional por via da Lei Complementar n. 77, de 13 de junho de 1993, lei esta que, por sua vez, foi autorizada pela Emenda Constitucional n. 3, de 17 de março de 1993. Sua provisoriedade estava restrita a dezembro de 1994, sua alíquota era de 0,25% e sua base de cálculo se constituía na movimentação ou transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira (Lei Complementar nº 77, de 13-07-93).

O IPMF já nasceu eivado de inconstitucionalidade, tanto que o Supremo Tribunal Federal (STF), ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade (BRASIL, 1993) que questionava esse tributo IPMF, assim decidiu:

Por MAIORIA de votos , o Tribunal julgou PROCEDENTE, EM PARTE , a ação, para declarar a inconstitucionalidade da expressão ‘o art. 150, III, “b” e VI, nem’, contida no § 002 ° do art. 002 ° da EC nº 003 / 93, vencidos, em parte, os Ministros Sepúlveda Pertence, que declarava a inconstitucionalidade, apenas, da expressão “e IV”, Presidente (Min. Octavio Gallotti), que declarava a inconstitucionalidade da mesma expressão (“e IV”), mas apenas quanto à alínea “a” do referido inciso, e o Ministro Marco Aurélio, que declarava a inconstitucionalidade de todo o art. 2º e seus parágrafos da mesma Emenda Constitucional. Em consequência, quanto à Lei Complementar nº 077 / 93, o Tribunal, por maioria, declarou a inconstitucionalidade do art. 028, na parte em que permitiu a cobrança do tributo no ano de 1993, vencidos, nesse ponto, os Ministros Sepúlveda Pertence e Presidente (Min. Octavio Gallotti). Ainda, por maioria, declarava a inconstitucionalidade, sem redução de textos, dos artigos 3 °, 4 ° e 8 ° do mesmo diploma (LC nº 077 / 93), por haverem deixado de excluir, da incidência do I.P.M.F., as pessoas jurídicas de Direito Público e as demais entidades ou empresas referidas nas alíneas “a”, “b”, “c” e “d” do inciso VI do art. 150 da Constituição Federal. Nesses pontos, ficaram vencidos, em parte, o Ministro Marco Aurélio, que declarava a inconstitucionalidade de toda a LC nº 077/93 e o Presidente (Min. Octavio Gallotti) que declarava a inconstitucionalidade, sempre sem redução do texto, dos dispositivos legais referidos, apenas no ponto em que deixaram de excluir as pessoas jurídicas de Direito Publico referidos no art.150, VI, “a”, da Constituição Federal. Finalmente,

por maioria, o Tribunal tornou definitiva a medida cautelar de suspensão da cobrança do I.P.M.F, no exercício de 1993, vencidos, nessa parte, os Ministros Sepúlveda Pertence e Octavio Gallotti, que a revogava. - Plenário, 15.12.93.

Assim, decidiu-se pela inconstitucionalidade parcial da Emenda Constitucional n. 03/93 que autorizou a instituição do IPMF, alegando vício de inconstitucionalidade do art. 2º, par. 2º, que prescrevia quanto ao IPMF a não-incidência do art. 150, inciso III, “b” e inciso VI, da Constituição. Federal de 1988. Violando, assim, os seguintes princípios e normas imutáveis, constantes da CF/88: a) o princípio da anterioridade (art. 5º, par. 2º, art. 60, par. 4º, inciso IV e art. 150, inciso III, “b”, todos da Constituição); b) o princípio da imunidade tributária recíproca (art. 60, par.4º, inciso I, e art. 150, VI, “a”, da CF); e violou o princípio da imunidade tributária contido no art. 150, inciso VI, também da Constituição Federal de 1988.

Ainda, assim, em 15 de agosto de 1996, foi criada a CPMF pela Emenda Constitucional n. 12, que outorgou à União competência para instituir Contribuição Provisória sobre Movimentação ou Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira. Tal emenda adicionou ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) o art. n. 74, com a seguinte redação:

Art. 74 A União poderá instituir contribuição provisória sobre movimentação ou transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira.

§ 1º - A alíquota da contribuição de que trata este artigo não excederá a vinte e cinco centésimos por cento, facultado ao poder executivo reduzi-la ou restabelecê-la, total ou parcialmente, nas condições e limites fixados em lei.

§ 2º - À contribuição de que trata este artigo não se aplica o disposto nos arts. 153, § 5º, e 154, I, da Constituição.

§ 3º - O produto da arrecadação da contribuição de que trata este artigo será destinado integralmente ao Fundo Nacional de Saúde, para financiamento das ações e serviços de saúde.

§ 4º - A contribuição de que trata este artigo terá sua exigibilidade subordinada ao disposto no art. 195, § 6º, da Constituição, e não poderá ser cobrada por prazo superior a dois anos.

Assim, a Emenda Constitucional n. 12/96 previa um prazo máximo de dois anos para a cobrança da CPMF. Já a sua regulamentação, que se deu através da Lei Ordinária 17 n. 9.311, de 24 de outubro de 1996, instituiu sua cobrança por um prazo de treze meses, contados a partir de 23 de janeiro de 1997, em razão do prazo noventino de acordo com o princípio da anterioridade mitigada, previsto no art. 195, par. 6º da Constituição Federal. Mais tarde, porém, veio a Lei n. 9.539, de 12 de dezembro de 1997, a prorrogar a cobrança do tributo por mais onze meses, ou seja, até janeiro de 1999, nos seguintes termos:

Art. 1º. Observadas as disposições da Lei nº 9.311, de 24 de outubro de 1996, a (...) – CPMF incidirá sobre os fatos geradores ocorridos no prazo de vinte e quatro meses, contado a partir de 23 de janeiro de 1997.

Completaram-se, assim, os vinte e quatro meses anteriormente autorizados pela Emenda Constitucional n. 12/96.

Em 22 de janeiro de 1999, o termo final do prazo original previsto pelo art. 74 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT foi alcançado e, por consequência, tanto a Lei 9.311/96, quanto a Lei 9539/97, que prorrogou os efeitos daquela, perderam seus efeitos. Após esse fato, o Governo Federal, percebendo que a CPMF constituía uma grande fonte de arrecadação, ignorou o caráter provisório do tributo e, através de mais uma Emenda Constitucional, a de n. 21, também polêmica e bastante criticada, publicada em 19 de março de 1999, buscou “prorrogar” (mesmo que intempestivamente) a cobrança da CPMF por mais trinta e seis meses. De qualquer forma, tal emenda incluiu no ADCT/88 o art. 75, com o teor que a seguir se expõe:

Art. 75. É prorrogada, por trinta e seis meses, a cobrança da contribuição provisória sobre movimentação ou transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira de que trata o art. 74, instituída pela Lei N. 9.311, de 24 de outubro de 1996, modificada pela Lei No 9.539, de 12 de dezembro de 1997, cuja vigência é também prorrogada por idêntico prazo.

§ 1o Observado o disposto no § 6º do art. 195 da Constituição Federal, a alíquota da contribuição será de trinta e oito centésimos por cento, nos primeiros doze meses, e de trinta centésimos, nos meses subseqüentes, facultado ao Poder Executivo reduzi-la total ou parcialmente, nos limites aqui definidos.

§ 2o O resultado do aumento da arrecadação, decorrente da alteração da alíquota, nos exercícios financeiros de 1999, 2000 e 2001, será destinado ao custeio da previdência social.

§ 3o É a União autorizada a emitir títulos da dívida pública interna, cujos recursos serão destinados ao custeio da saúde e da previdência social, em montante equivalente ao produto da arrecadação da contribuição, prevista e não realizada em 1999.

Assim sendo, como se pode inferir do par. primeiro do art. 75 do ADCT, foi introduzida uma novidade na alíquota da CPMF, qual seja, a sua redução proporcional no tempo, sendo de 0,38% para os primeiros doze meses da nova vigência da exação e, a partir daí, de 0,30% até o término de sua vigência, obedecido, para a primeira fase, o princípio da anterioridade mitigada (art. 195, inciso III, par. 6º, Constituição Federal de 1988).

Qual não foi a surpresa de todos os contribuintes quando, no período em que a alíquota aplicável já havia sido reduzida a 0,30%, o Governo Federal decidiu propor a

Emenda Constitucional n. 31, de 14 de dezembro de 2000, cujo objetivo, no tocante à CPMF, era de majorar sua alíquota, resgatando os já superados 0,08%, que haviam sido cobrados no período inicial. Tal majoração teria por objetivo contribuir para a formação do “Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza”, criado pelo Governo Federal para vigorar até o ano de 2010. Os 0,08% a mais seriam aplicados à alíquota da CPMF pelo período de 18 de junho de 2000 a 17 de junho de 2002. A seguir, a parte do art. 80 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT, adicionado pela Emenda Constitucional n. 31/2000, no que toca à CPMF:

Art. 80. Compõem o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza:

I - a parcela do produto da arrecadação correspondente a um adicional de oito centésimos por cento, aplicável de 18 de junho de 2000 a 17 de junho de 2002, na alíquota da contribuição social de que trata o art. 75 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias;

§ 2º A arrecadação decorrente do disposto no inciso I deste artigo, no período compreendido entre 18 de junho de 2000 e o início da vigência da lei complementar a que se refere o art. 79, será integralmente repassada ao Fundo, preservado o seu valor real, em títulos públicos federais, progressivamente resgatáveis após 18 de junho de 2002, na forma da lei.

Para a perfeita compreensão do acima transcrito, cabe acrescentar parte do art. 79 do ADCT, que também foi adicionado pela Emenda Constitucional 31/2000:

Art. 79. É instituído, para vigorar até o ano de 2010, no âmbito do Poder Executivo Federal, o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza, a ser regulado por lei complementar com o objetivo de viabilizar a todos os brasileiros acesso a níveis dignos de subsistência, cujos recursos serão aplicados em ações suplementares de nutrição, habitação, educação, saúde, reforço de renda familiar e outros programas de relevante interesse social voltados para melhoria da qualidade de vida.(...)

Assim, tais disposições contempladas pela Emenda Constitucional 31/2000 entraram de fato no universo jurídico brasileiro através do Decreto 3.775, de 16 de março de 2001, que estabelecia, principalmente, o período de incidência da nova alíquota da CPMF, permitido pela Emenda, como segue:

Art. 1º. A Contribuição Provisória sobre a Movimentação ou Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira (CPMF) incidirá à alíquota de trinta e oito centésimos por cento no período de 18 de março de 2001 a 17 de junho de 2002, observadas as disposições da Lei nº 9.311, de 24 de outubro de 1996, modificada pela Lei nº 9.539, de 12 de dezembro de 1997.

E o período de incidência da CPMF, como o próprio nome jurídico já dizia, deveria ser provisório, avança até os dias atuais, pois o Governo Federal, em 12 de

junho de 2002, publicou nova Emenda Constitucional n. 37. Tal emenda teve o condão de alterar os arts. 100 e 156 da Constituição Federal e acrescentar ao ADCT os arts. 84, 85, 86, 87 e 88. Assim, o art. 84 do ADCT, trouxe a nova prorrogação da CPMF, definiu o regime de alíquotas e atribui destinações específicas ao produto de sua arrecadação durante esse período, como se vê a seguir:

Art. 84. A contribuição provisória sobre movimentação ou transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira, prevista nos arts. 74, 75 e 80, I, deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, será cobrada até 31 de dezembro de 2004.

§ 1º Fica prorrogada, até a data referida no caput deste artigo, a vigência da Lei nº 9.311, de 24 de outubro de 1996, e suas alterações.

§ 2º Do produto da arrecadação da contribuição social de que trata este artigo será destinada a parcela correspondente à alíquota de:

I - vinte centésimos por cento ao Fundo Nacional de Saúde, para financiamento das ações e serviços de saúde;

II - dez centésimos por cento ao custeio da previdência social;

III - oito centésimos por cento ao Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza, de que tratam os arts. 80 e 81 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

§ 3º A alíquota da contribuição de que trata este artigo será de:

I - trinta e oito centésimos por cento, nos exercícios financeiros de 2002 e 2003;

II - oito centésimos por cento, no exercício financeiro de 2004, quando será integralmente destinada ao Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza, de que tratam os arts. 80 e 81 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Assim, a Emenda Constitucional n. 37/2002, que alterou os arts. 100 e 156 da Constituição Federal e acrescentou os arts. 84, 85, 86, 87 e 88 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, dispôs que a CPMF seria cobrada até 31 de dezembro de 2004, e prorrogou, até a mesma data, a vigência da Lei 9.311/96 e suas alterações

Finalmente, a Emenda Constitucional n. 42/03 acrescentou mais um artigo ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, dessa vez o de número 90, prorrogando o prazo da cobrança da CPMF até 31 de dezembro de 2007. O par. 1º do mesmo artigo prevê a prorrogação da vigência da Lei 9.311/96 e suas alterações.

Art. 3º O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias passa a vigorar acrescido dos seguintes artigos:

"Art. 90. O prazo previsto no caput do art. 84 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias fica prorrogado até 31 de dezembro de 2007.

§ 1º Fica prorrogada, até a data referida no caput deste artigo, a vigência da Lei nº 9.311, de 24 de outubro de 1996, e suas alterações.

§ 2º Até a data referida no caput deste artigo, a alíquota da contribuição de que trata o art. 84 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias será de trinta e oito centésimos por cento.

Como se pode inferir do acima exposto, o histórico da CPMF transcende o presente e se estende até os dias de hoje.

Não adentraremos, no entanto, no debate que assiste à CPMF quanto a sua inconstitucionalidade ou não, uma vez não ser este o foco deste estudo.

Cabe-nos, agora, avaliar o impacto da CPMF nos planos de previdência complementar fechados.

7.2 CPMF e os planos de previdência complementar

Segundo a legislação vigente, as movimentações efetuadas nos planos de previdência complementar, tais como recebimento de resgates e pagamento de benefícios aos participantes, estão sujeitas a retenção da CPMF, por se tratar de movimentação financeira.

Outrossim, o art. 69 da Lei Complementar n. 109/2001 reforça a possibilidade de dedução das contribuições vertidas ao plano de previdência complementar no “caput”

desse artigo e estabelece em seus parágrafos dois fatores de isenção da tributação pela CPMF:

Art. 69. As contribuições vertidas para as entidades de previdência complementar, destinadas ao custeio dos planos de benefícios de natureza previdenciária, são dedutíveis para fins de incidência de imposto sobre a renda, nos limites e nas condições fixadas em lei.

§ 1o Sobre as contribuições de que trata o caput não incidem tributação e contribuições de qualquer natureza.

§ 2o Sobre a portabilidade de recursos de reservas técnicas, fundos e provisões entre planos de benefícios de entidades de previdência complementar, titulados pelo mesmo participante, não incidem tributação e contribuições de qualquer natureza.

Portanto, no que tange a cobrança da CPMF aos planos de previdência complementar, a Lei n. 9.532/97 dispõe em seu art. 11, pars. 2º e 3º que as contribuições efetuadas para plano de previdência complementar pela pessoa jurídica são consideradas despesas operacionais, logo dedutíveis da base de cálculo do Imposto de Renda e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido, até o limite de 20% do total dos salários dos empregados e da remuneração dos dirigentes da empresa, vinculados ao plano, nos termos definido na Lei n. 9,532/97, art. 11, pars.1º e 2º.

Assim a Lei n. 9.532/97 prevê que as pessoas físicas também podem deduzir da base de cálculo do Imposto de Renda o valor destinado à previdência complementar

que exceda o percentual de 12% dos rendimentos auferidos. Sendo assim, o referido dispositivo prevê condição de dedução já devidamente prevista em lei.

Outrossim, nos termos definidos no par. 1 do referido art. 69 da Lei Complementar n. 109/2001, não estão também sujeitos à tributação de contribuições e, portanto, à CPMF as contribuições vertidas em favor do plano de previdência complementar. Dessa forma, quando as empresas ou participantes efetuam contribuições para os planos de previdência complementar, nos termos já explicitados neste trabalho, estão isentos da tributação da CPMF.

O par. 2 do art. 69 da Lei Complementar n. 109/01 prevê a isenção da CPMF nos casos de portabilidade. No entanto, cabe esclarecer que a portabilidade é o instituto pelo qual o participante ao se desvincular de um plano de previdência complementar antes de completar as condições de elegibilidade ao recebimento do benefício previsto no plano, ou seja, idade, tempo de permanência e principalmente ao desvincular-se do patrocinador, poderá, nos termos definidos no Regulamento do plano, optar por “transferir” para outra entidade de previdência complementar o valor de sua reserva com o objetivo de acumular os valores revertidos no plano nessa nova entidade e, ao atingir as condições de elegibilidade no novo plano, passará a receber o benefício em uma única entidade.

A movimentação de transferência para outra entidade de previdência complementar é efetuada por meio das entidades sem que o participante tenha acesso ou disponibilidade do dinheiro, portanto, neste caso, a referida transferência não é

considerada uma movimentação financeira, estando, portanto, isenta da tributação pela CPMF.

Sendo assim, tanto o par. 1, como o par. 2 do art. 69 da Lei Complementar n. 109/2001 prevê a isenção da CPMF por meio da restrição do critério material da incidência desse tributo incidente sobre contribuições efetuadas para previdência complementar, ou seja, não considera fatos geradores (contribuição para previdência complementar e portabilidade) como movimentação financeira sujeitas a CPMF.

8 ENCARGOS SOCIAIS

Cabe ao final esclarecer qual a tributação que sofre uma empresa que patrocina um plano de previdência complementar. Nesse sentido, os valores pagos por patrocinadora aos planos de previdência complementar não possuem natureza salarial e, portanto, tais valores não integram o salário de contribuição para fins de encargos sociais, ou seja, não incidem sobre Contribuição Social e Fundo de Garantia por Tempo de Serviço.

Esta definição resta clara nas disposições da Emenda Constitucional n. 20/1998 estabelece que a alteração ao art. 202 da Constituição Federal nos seguintes termos:

Art. 202 - O regime de previdência privada, de caráter complementar e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social, será facultativo, baseado na constituição de reservas que garantam o benefício contratado, e regulado por lei complementar.

§ 1º - A lei complementar de que trata este artigo assegurará ao participante de planos de benefícios de entidades de previdência privada o pleno acesso às informações relativas à gestão de seus respectivos planos.

§ 2º - As contribuições do empregador, os benefícios e as condições contratuais previstas nos estatutos, regulamentos e planos de benefícios das entidades de previdência privada não integram o contrato de trabalho dos participantes, assim como, à exceção dos benefícios concedidos, não integram a remuneração dos participantes, nos termos da lei.

Esse entendimento foi muito debatido antes da edição da Lei Complementar n. 109/2001, pois havia entendimentos de que as contribuições efetuadas pelas empresas em favor de seus empregados estariam sujeitas à incidência dos encargos sociais, por conseguinte ao recolhimento da contribuição social.

Ocorre que a previdência complementar ou privada, como era denominada à época, tinha seu embasamento legal na Lei n. 6.435/77 e no Decreto n. 81.402/78, não devendo este ser confundido com matéria trabalhista ou previdenciária que segue e seguia legislação própria.

Dessa forma, à época o Decreto n. 2.296/86 em seu art. 2º dispunha que as contribuições pagas em favor de empregados e dirigentes da pessoa jurídica não integravam, para quaisquer fins, a remuneração de seus beneficiários para os efeitos trabalhistas, previdenciários e de contribuição sindical, nem integravam a base de cálculo das contribuições do FGTS.

A mesma ressalva era encontrada nas Leis ns. 8.212/91 e 8.213/91, que tratavam do custeio e benefícios da Previdência Social.

Em 1997 com a edição dos Decretos ns. 2.172 e 2.173, os art. 28, par. 9º, “r” e 37, par. 9º, “r”, respectivamente, do seguinte normativo legal estabeleceu:

Art 28. Entende-se por salário-de-contribuição:

. . .

§ 9º Não integram o salário-de-contribuição:

. . .

r) o valor das contribuições efetivamente pago pela pessoa jurídica relativo a programa de previdência complementar, aberto ou fechado, desde que disponível à totalidade de seus empregados e dirigentes;

Diante de diversas consultas efetuadas à época ao Instituto Nacional de Seguro Social , a respeito do entendimento adequado dos art. 28 e 37 dos Decretos ns. 2.172 e 2.173, o Despacho do Ministro Sr. Reinhold Stephanes, em 28 de agosto de 1997, veio sendimentar o entendimento quanto a não integração na remuneração dos trabalhadores das contribuições efetuadas pela previdência complementar por meio de Despacho Oficial que determinou o quanto segue:

“...

3. Analisando a questão a Secretaria de Previdência Social deste Ministério, em Nota de 24 de julho de 1997 assim o dispõe:

c. O disposto na alínea “r” do § 9º do artigo 37 do ROCSS tem como base dispensar tratamento isonômico às contribuições das empresas vertidas para entidades de previdência privada abertas ou fechadas. Quando a empresa

contempla diferentemente os empregados entre si ou seus dirigentes, torna-se evidente a intenção de tornar o cargo mais atrativo e nesta situação, a contribuição para entidades de previdência privada configura salário indireto.

d. A previdência oficial básica assegura aos seus beneficiários os meios de manutenção indispensáveis nas situações denominadas de risco social, quais sejam, a incapacidade, temporária permanente, a idade avançada, o tempo de serviço transcorrido, os encargos familiares, a reclusão e a morte. O valor do benefício oferecido, no entanto, não ultrapassa R\$ 1.031,87. Assim, a previdência complementar socorre o trabalhador com rendimentos acima deste valor, na composição de benefício o mais próximo possível de sua remuneração real. Não faz sentido obrigar a que segurados com rendimentos abaixo do referido teto auferam benefícios de previdência complementar porque, neste caso, não haveria o que ser complementado.

. . .

f. Por entender que tal dispositivo remanesce vigente, o novo Regulamento do Custeio fez incluir no § 9º do art. 37, alínea “r”, a norma segundo o qual o valor das contribuições efetivamente pago pela pessoa jurídica relativo a programa de previdência complementar, aberto ou fechado, não integra o salário-de-contribuição para fins de recolhimento as obrigações previdenciárias patronais, desde que tal programa esteja disponível a todos os empregados e dirigentes da respectiva entidade patrocinadora.

4. Neste aspecto a Nota da Secretaria da Previdência Social é suficientemente esclarecedora.

5. *É certo que o programa há de estar disponível a todos os empregados e dirigentes. Por óbvio não estará obrigatoriamente disponível para aqueles que recebam remuneração abaixo do valor máximo de benefício pago pela Previdência Social.*

6. *Demais disto convém deixar claro que os planos de benefícios não há de ser necessariamente iguais. Por serem contributivos, estes planos, haverá, e é normal que sejam assim, de guardar consonância entre a capacidade contributiva de quem a ele adere e os benefícios que haverá de receber os segurados.*

7. *O que o regulamento exige é que haja disponibilidade ou elegibilidade para todos os empregados, não igualdade linear entre as contribuições e os benefícios, que isto não acontece nem na previdência social pública. Assim é preciso que a empresa proporcione a todos os seus empregados um plano que lhes seja facultado aderir e que esteja a seu alcance, para que possa gozar do favor objeto do regulamento.*

8. *Não o fazendo, ou beneficiando apenas os dirigentes ou um grupo restrito de empregados, esta parcela não poderá ser entendida como um programa complementar de previdência, mas uma forma de pagamento disfarçado de salário ou remuneração sobre a qual deverá incidir a contribuição social.”*

Posteriormente ao Despacho anteriormente mencionado, a Lei n. 9.528 de 10/12/1997, ao dispor sobre o custeio e benefício de previdência social, em seu art. 1º, dispôs que o valor das contribuições efetivamente pago pela pessoa jurídica relativo a

programa de previdência complementar, aberta ou fechado, desde que disponível à totalidade de seus empregados e dirigentes, observados, no que couber os arts. 9º e 468 da CLT, não integrava o salário-de-contribuição.

Portanto, definitivamente foi estabelecido que todas as contribuições efetuadas pelas empresas em favor de seus empregados em planos de previdência complementar não integram o salário-de-contribuição.

Atualmente a própria Lei Complementar n. 109/2001 estabelece em seu art. 1º que o regime de previdência complementar é autônomo em relação ao regime geral da previdência social, conforme transcrição abaixo.

Art. 1º - O regime de previdência privada, de caráter complementar e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social, é facultativo, baseado na constituição de reservas que garantam o benefício, nos termos do caput do art. 202 da Constituição Federal, observado o disposto nesta Lei Complementar.

Assim como o art. 68 da referida lei estabelece de modo expresso que as contribuições do empregador, os benefícios e as condições contratuais previstos nos estatutos, regulamentos e planos de benefícios das entidades de previdência complementar não integram o contrato de trabalho dos participantes.

Por tudo o que até aqui foi exposto, resta claro que as contribuições para a previdência complementar não integram o contrato de trabalho, portanto não são base

de cálculo para incidência dos encargos sociais, assim como a previdência complementar é autônoma do regime geral da previdência social.

Estes argumentos, por si só, já seriam suficientes para que qualquer discussão de reconhecimento das contribuições ou benefícios no âmbito trabalhista fosse considerada inócua e ilegal, por falta de fundamentação legal.

No entanto, o que vem acontecendo e que verificamos todos os dias, são juízes trabalhistas admitindo-se competentes para julgar questões de previdência complementar e pior ainda, Súmulas do Tribunal Superior do Trabalho com disposições que ferem dispositivos legais, concedendo assim direitos a participantes, ex-empregados como se a previdência complementar fosse um complemento de remuneração.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este estudo se propôs a refletir sobre a tributação das Entidades Fechadas de Previdência Complementar – EFPC, tendo como ponto de referência a sistemática das regras matrizes de incidência dos tributos, a fim de vislumbrarmos a incidência adequada das normas ou até mesmo sua isenção.

Para tanto, o referido trabalho discorreu inicialmente sobre o histórico das entidades fechadas de previdência complementar, desde as remotas raízes das associações de trabalhadores romanos, evoluindo para os montepios do século XVI, tendo a atuação do Estado a partir do século XVII até os dias atuais, sendo atualmente essas entidades regidas pela Lei Complementar n. 109/2001.

Transcorrendo, ainda, sobre o conceito de previdência e assistência social resta claro que da intenção de regular a assistência é que surgiu a previdência, podendo-se dizer que a essência da previdência é a assistência social, não havendo como traçar historicamente uma linha divisória entre essas duas categorias expressões entretanto, juridicamente, elas podem ser diferenciadas, tendo em vista que a assistência social está originalmente ligada à caridade e à previdência como uma forma de prevenir riscos, regulamentando a assistência que seria atribuída a cada caso. Dessa forma, a Lei Complementar n. 109/2001 dispõe que as entidades de previdência fechada são

organizadas como sociedades civis ou fundações sem fins lucrativos, portanto procuramos necessário, para melhor compreensão dessas entidades, buscar a etimologia da palavra entidade.

Verificamos, então, que, em razão de a palavra entidade ser sinônima de instituição, este significado acaba por colimar a denominada assistência social. No caso das entidades fechadas, por não terem de certa forma, acabam por possuir natureza assistencial.

Portanto, a Entidade Fechada de Previdência Complementar – EFPC, dentro do conceito disposto no art. 150, inciso VI, “c” da Constituição Federal de 1988 possui o conceito de entidades de assistência social.

Outrossim, a Constituição Federal de 1988 ao estabelecer em seus arts. 194 e 204 que a seguridade social compreende a saúde, a previdência e a assistência social, estabelece que o Estado, ao responder pelo sistema de seguridade social, tem a finalidade de assegurar a todos os direitos à previdência e à assistência social.

Segundo esse conceito, o sistema da seguridade social está dividido em sistema oficial e sistema privado. O sistema oficial da seguridade social básica, estatal e obrigatória é o sistema a cargo do Estado, financiado pelos trabalhadores, empregadores e governo com contribuições obrigatórias incidentes sobre salários, faturamento das empresas e concurso de prognósticos. Já o sistema privado da

seguridade social, também chamado de complementar, as entidades são custeadas pelo setor privada a seu critério.

O sistema privado de seguridade social pode ser do tipo aberto, composto por entidades que oferecem planos de seguridade social a todas as pessoas interessadas em complementar sua previdência. São organizadas sob a forma de sociedade anônima, podendo ter ou não fins lucrativos, embora em sua grande parte possuam fins lucrativos, ou seja, têm como finalidade a distribuição de lucros entre os acionistas. São regidas e fiscalizadas pela SUSEP – Superintendência de Seguros Privados e CNS – Conselho Nacional de Seguros.

O sistema fechado é organizado por uma empresa ou por um grupo de empresas, normalmente integrantes de um mesmo grupo econômico, que administram o plano de benefícios para os seus funcionários, denominados participantes, não sendo, assim, abertas a qualquer pessoa. Tais entidades não possuem finalidade lucrativa e são regidas e fiscalizadas pela SPC – Secretaria da Previdência Complementar e pelo CGPC – Conselho de Gestão da Previdência Complementar.

Feitas as considerações jurídicas sobre as entidades, partimos para as considerações quanto à hipótese de incidência tributária antes de adentrarmos nos tributos.

Para tanto, fundamentamo-nos nas lições de Paulo de Barros Carvalho quanto à fenomenologia da incidência tributária e ao conceito da regra-matriz de incidência tributária. Assim, com base em suas considerações, concluímos que, para

entendermos a fenomenologia da incidência tributária, deve-se partir da subsunção do conceito do fato ao conceito da norma, quando o fato é aquilo que ocorre na sociedade e que pode ou não gerar a incidência de uma norma.

Ocorre, portanto, a subsunção quando o fato (fato jurídico tributário constituído pela linguagem prescritiva pelo direito positivo) guardar absoluta identidade com o desenho normativo da hipótese (hipótese tributária). Ao ganhar concretude, o fato instala, automática e infalivelmente, o laço abstrato pelo qual o sujeito ativo se torna titular do direito subjetivo público que lhe permite exigir a prestação do tributo, ao passo que o sujeito passivo ficará na contingência de cumprir a obrigação tributária.

A configuração do fato (aspecto material), sua conexão com alguém (aspecto pessoal), sua localização (aspecto espacial) e sua consumação num momento fático determinado (aspecto temporal), reunidos unitariamente determinam inexoravelmente o efeito jurídico desejado pela lei, ou seja, a criação de uma obrigação jurídica concreta, a cargo de pessoa determinada, num momento preciso. Assim, o vínculo obrigacional que corresponde ao conceito de tributo nasce, por força de lei, da ocorrência do fato gerador.

Com base na fenomenologia da incidência tributária, partiu-se para análise dos tributos incidentes sobre as entidades fechadas de previdência complementar.

O primeiro tributo analisado foi o Imposto de Renda. Verifica-se que, no que tange a este, nos termos definidos no art. 175, par. 1 do Decreto n. 300/99, as entidades fechadas de previdência complementar, por não terem fins lucrativo, estão

isentas do recolhimento do Imposto de Renda. Entretanto, tal isenção não se aplica ao imposto incidente na fonte sobre dividendos, juros e demais rendimentos e ganhos de capital.

Outrossim, a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988 surgiu a dúvida se as entidades fechadas de previdência complementar estariam abrangidas pela imunidade tributária prevista no art. 150, inciso VI, “c” da Constituição Federal de 1988, uma vez que a expressão utilizada foi de seguridade social.

Verificamos que, para dirimir essas dúvidas, cabem todas as considerações efetuadas sobre a expressão seguridade social e as entidade fechadas de previdência complementar. Tratamos no decorrer deste estudo a diferença entre estas expressões.

Esta análise da consideração ou não da imunidade tributária das entidades fechadas de previdência complementar foi importante, pois caso viesse a ser reconhecida, as entidades não estariam sujeitas ao recolhimento do tributo sobre rendimentos e ganhos de capital auferidos em aplicações financeiras.

Após longos anos de discussão, o Supremo Tribunal Federal - STF concedeu imunidade tributária às entidades fechadas de previdência complementar com natureza assistencial e que atendam às disposições do art. 14 do Código Tributário Nacional - CTN, ou seja, para que uma EFPC seja caracterizada “sem fins lucrativos e com natureza de assistência social”, para gozo da imunidade tributária, é necessário que: (i) não distribua qualquer parcela de seu patrimônio ou de suas rendas, a título de lucro ou participação no seu resultado; (ii) aplique, integralmente, no País, os seus recursos na

manutenção dos seus objetivos institucionais; (iii) mantenha escrituração de suas receitas e despesas em livros revestidos de formalidades capazes de assegurar sua exatidão; e (iv) seja mantida exclusivamente com recursos das patrocinadoras (caráter não contributivo).

De fato, o principal embasamento da referida decisão está no fato de a contribuição, no caso, não ser bilateral, ou seja, pelo fato de a assistência social ser totalmente gratuita, estando claro o caráter não oneroso do benefício. Portanto, a decisão proferida no âmbito do reconhecimento da imunidade integral, ou seja, patrimônio e rendimentos da EFPC, conforme decisão do STF, ficou adstrita àquelas entidades que possuem contribuições exclusivamente por parte dos patrocinadores, ou seja, as EFPCs que tiverem planos que prevejam contribuições de participantes e patrocinadores, ou de somente participantes, serão imunes quanto ao seu patrimônio, entretanto não serão imunes quanto às suas aplicações e rendimentos financeiros.

Paralelamente à decisão do STF foi editada a Medida Provisória - MP n. 2.222/2001, que estabeleceu em seu art. 1º que os rendimentos e ganhos decorrentes das aplicações de recursos de provisões, reservas técnicas e fundos de entidades abertas de previdência complementar e de sociedades seguradoras que operarem planos de benefícios de caráter previdenciário, inclusive PGBL (Planos Geradores de Benefícios Livres), a partir de 1º de janeiro de 2002 ficariam sujeitos à incidência do Imposto de Renda.

Além disso, a referida Medida Provisória inovou ao trazer o dispositivo que previa a instituição de um regime especial de tributação.

As entidades abertas e fechadas de previdência complementar, as seguradoras e as instituições administradoras de FAPIs poderiam optar pelo Regime Especial de Tributação, denominado RET, o qual estabelecia que o resultado positivo, auferido em cada trimestre-calendário dos rendimentos e ganhos de provisões, reservas técnicas e fundos, seria tributado pelo Imposto de Renda à alíquota de 20%, até aí sem grandes vantagens.

Mas o RET previa, ainda, a possibilidade de um “teto” de imposto a ser pago, correspondente à diferença entre as alíquotas do Imposto de Renda e contribuição social sobre o lucro aplicáveis às pessoas jurídicas e 80% (oitenta por cento) da alíquota máxima da tabela progressiva aplicável às pessoas físicas. À época a referida diferença era equivalente a 12% (doze por cento) do valor da contribuição da pessoa jurídica.

O regime do RET perdurou até 2004, tendo em vista que com a publicação da Medida Provisória - MP 209, de 26 de agosto de 2004, que foi posteriormente convertida na Lei nº 11.053, de 29 de dezembro de 2004, ao determinar novo regime de tributação dos planos previdenciários, revogou expressamente a MP 2.222/2001.

O novo regime de tributação concedeu ao participante do plano a possibilidade deste optar por um novo regime de tributação de Imposto de Renda na Fonte incidente sobre os valores pagos a título de benefícios ou resgates de valores acumulados.

Esse novo regime consiste em alíquotas regressivas do Imposto de Renda na Fonte, incidentes sobre os resgates e benefícios pagos calculados de acordo com o prazo de acumulação do participante no plano.

Outrossim, permanece em vigor o sistema até então conhecido pela tabela progressiva de alíquotas do Imposto de Renda na Fonte, ou seja, a alíquota é determinada sobre o valor do benefício ou resgate efetuado ao plano de previdência complementar.

Ao final, chegou-se à análise do Imposto de Renda na Fonte incidente sobre benefícios e resgates dos planos de previdência complementar. Nesse caso, nos termos do que determina a Lei n. 9.250/95, as rendas mensais de aposentadoria, inclusive, rendas por invalidez e pensão por morte, independentemente de quem tiver contribuído para o plano estão sujeitas à incidência do Imposto de Renda.

Outro tributo analisado foi a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido, inicialmente coube esclarecer que desde 2001 o referido tributo não incide sobre as entidades fechadas de previdência complementar, uma vez que, por meio da edição da Medida Provisória n. 16 de 2001, convertida na Lei n. 10.426, de 24 de abril de 2002, as entidades fechadas de previdência complementar passaram a ser isentas da CSLL relativamente a fatos geradores ocorridos a partir de 1 de janeiro de 2002, ou seja, a previsão de isenção parcial mediante a redução do critério temporal da regra-matriz de incidência do tributo.

Ocorre, entretanto, que até a edição da referida medida provisória a Secretaria da Receita Federal adotava o entendimento de que as entidades fechadas de previdência complementar eram sujeitos passivos da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido e o fundamento para essa tributação era a Emenda Constitucional de Revisão n. 1/94, alterada pela Emenda Constitucional de Revisão n. 10/96, a Lei n. 8.212/91, art. 22, par. 1.

Nesse diapasão efetuamos uma análise da discussão acerca do entendimento que até então era adotado para a contribuição social sobre lucro líquido, a fim de compreender que o estudo dos tributos por meio da fenomenologia da regra-matriz de incidência torna a análise do tributo mais técnica e possibilita que interpretações ampliativas de tributos sejam questionadas com sucesso, como foi o caso.

Com referência ao PIS – Programa de Integração Social e Cofins – Contribuição para Financiamento da Seguridade Social apresentamos o que se segue:

Até maio de 1994 a base de cálculo do PIS para as EFPCs eram a folha de pagamento de seus funcionários e a alíquota aplicada era de 1%.

De junho de 1994 até janeiro de 1999 a base de cálculo do PIS das EFPCs eram a receita bruta operacional, com a incidência da alíquota de 0,75%. A partir de 17-11-1998 passou a ser permitida a exclusão das contribuições destinadas à constituição de reservas e provisões técnicas, reduzindo a base de cálculo do tributo.

No entanto, a partir de fevereiro de 1999, por força da Lei n. 9.718/1988 ocorreu uma ampliação da base de cálculo do PIS, que passou a abranger a receita bruta, ou

seja, a totalidade das receitas auferidas, assim, entendidas as contribuições, os rendimentos, as receitas de aluguéis, os juros de empréstimos, permanecendo a possibilidade de exclusão das contribuições destinadas à constituição de provisões e reservas, bem como dos rendimentos auferidos com as aplicações financeiras destinadas ao pagamento de benefícios, desde que limitados ao total das provisões técnicas, tendo como alíquota o percentual de 0,65% para ambas as entidades. A Lei n. 9.718/1988 passou a prever, ainda, a cobrança da Cofins para as entidades fechadas de previdência complementar.

Em julho de 2002, por meio da Instrução Normativa n 170, com o objetivo de regulamentar a Lei n 9.718/98, foi explicitada a composição da base de cálculo da Cofins, estabelecendo que a receita bruta das entidades corresponderia à totalidade da receita auferida, independentemente da classificação contábil adotada para essas receitas.

Dessa forma, a referida Instrução Normativa alargou a base de cálculo da Cofins considerando que rendimentos imobiliários não poderiam ser excluídos quando da apuração da base de cálculo da Cofins e que o resultado positivo da reavaliação dos investimentos em imóveis e as receitas assistenciais deveriam ser tributados na sua integralidade.

Posteriormente, por meio da edição da Medida Provisória n. 66, de 29 de agosto de 2002, ocorreu a exclusão da base de cálculo do PIS e Cofins para os rendimentos relativos a receitas de aluguel destinados ao pagamento de benefícios de

aposentadoria, pensão, pecúlio e resgates; receitas decorrentes de venda de bens imóveis, destinados ao pagamento de benefícios; e o resultado positivo auferido na reavaliação da carteira de investimentos imobiliários.

Outrossim, a Lei n. 9.718/98 foi alterada pela Lei n. 10.684, de maio de 2003, que em seu art. 18 majorou a alíquota da Cofins considerada para entidades fechadas de previdência complementar de 3% para 4%.

Assim, observa-se que, nos termos do art. 239 da Constituição Federal de 1988 a cobrança do PIS e Cofins deve ocorrer nos moldes instituídos pela Lei Complementar n. 7/70, ou seja, para financiar o programa de seguro-desemprego e o abono aos empregados que percebem até dois salários mínimos de remuneração mensal. Neste caso, estão o PIS e o Cofins qualificados no rol de contribuições da seguridade social, regulamentadas pelo art. 195, inciso I da Constituição Federal.

Portanto, ressalte-se, quando da edição da Lei n. 9.718/98 somente se encontrava prevista na Constituição Federal de 1988 a cobrança de PIS e Cofins sobre faturamento e não sobre receita bruta de qualquer natureza.

Ocorre que, com a edição da Emenda Constitucional n. 20/98, que alterou o art. 195 da Constituição, a regra-matriz de incidência das contribuições sociais para a seguridade social foi ampliada.

Neste contexto, Roque Carrazza, em seu livro Curso de direito constitucional tributário, entende o mesmo que “pelo menos no ponto em que deu nova redação aos incisos I e II em tela, a referida emenda constitucional padece do insuperável vício da

inconstitucionalidade, já que desconsiderou cláusulas pétreas. Com efeito, a regematriz constitucional dos tributos está situada, a nosso ver, no campo das limitações materiais a atuação do poder constituinte derivado. E ela que dá ao contribuinte o direito subjetivo de não ser tributado além da marca. Não pode, pois, ser objeto de emenda constitucional que a amplie. Só o poder contituente originário é que tem a possibilidade jurídica de fazê-lo.”

Portanto, o alargamento da base de cálculo do PIS e da Cofins de faturamento para receita bruta de qualquer natureza por meio de emenda constitucional é questionável judicialmente, uma vez que a referida emenda feriu cláusula pétrea estabelecida no art. 60, par. 4, inciso IV da Constituição Federal de 1988 ao pretender atribuir à União a possibilidade de criar novas contribuições por meio de lei ordinária sem observância do princípio da não cumulatividade e sem a repartição das receitas obtidas (art. 157, inciso I da CF).

Recentemente, em janeiro de 2006, uma decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal (STF) vem abalando o entendimento quanto ao PIS em favor das empresas, ao considerar inconstitucional a Lei n. 9.718/98, que ampliou a base de cálculo do PIS e da Cofins.

Outro tributo analisado foi a Contribuição Provisória sobre Movimentação ou Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira – CPMF, uma vez que, segundo a legislação vigente, as movimentações efetuadas nos planos de previdência complementar, tais como recebimento de resgates e pagamento de

benefícios aos participantes, estão sujeitas à retenção da CPMF, por se tratarem de movimentação financeira.

Outrossim, o art. 69 da Lei Complementar n. 109/2001 reforça a possibilidade de dedução das contribuições vertidas ao plano de previdência complementar no “caput” desse artigo e estabelece em seus parágrafos dois fatores de isenção da tributação pela CPMF.

Desse modo, o referido dispositivo reforça a previsão da legislação específica do Imposto de Renda que prevê condição de dedução.

Com referência às isenções da CPMF, o referido art. 69 da Lei Complementar n. 109/2001 dispõe expressamente que não estão sujeitos à tributação de contribuições e, portanto, à CPMF as contribuições vertidas em favor do plano de previdência complementar. Assim, quando as empresas ou participantes efetuam contribuições para os planos de previdência complementar, nos termos já explicitados neste estudo, estão isentos da tributação da CPMF.

Além disso, o referido artigo prevê a isenção da CPMF nos casos de portabilidade.

Cabe esclarecer que a portabilidade é o instituto pelo qual o participante ao se desvincular de um plano de previdência complementar antes de completar as condições de elegibilidade ao recebimento do benefício previsto no plano, ou seja, idade, tempo de permanência, e principalmente ao desvincular-se do patrocinador, poderá, nos termos definidos no Regulamento do plano, optar por “transferir” para outra

entidade de previdência complementar o valor de sua reserva com o objetivo de acumular o benefício nessa nova entidade e, ao atingir as condições de elegibilidade no novo plano, passará a receber o benefício em uma única entidade.

A referida movimentação é efetuada por meio das entidades sem que o participante tenha acesso ou disponibilidade do dinheiro, portanto, nesse caso a referida transferência não é considerada uma movimentação financeira, estando, portanto, isenta da tributação pela CPMF.

Por fim apenas, para melhor compreensão da tributação incidente sobre as entidades fechadas, coube esclarecer que os valores pagos por Patrocinador a planos de previdência complementar não possuem natureza salarial, mas porque não integram o salário de contribuição para fins de encargos sociais não incidem sobre Contribuição Social e Fundo de Garantia por Tempo de Serviço.

Em suma, a tributação das Entidades Fechadas de Previdência Complementar – EFPC, quanto aos tributos Imposto de Renda, Contribuição Social sobre o Lucro Líquido, Pis e Cofins e CPMF, ocorre fundamentada na fenomenologia da incidência tributária, segundo Paulo de Barros Carvalho, quando o fato jurídico se subsume às normas jurídicas tributárias.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CARRAZZA, Elizabeth Nazar. *PROGRESSIVIDADE E IPTU*. Curitiba: Editora Juruá, 1996.

CARRAZZA, Roque Antonio. *CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL TRIBUTÁRIO*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

CARVALHO, Fábio Junqueira de. *TRIBUTAÇÃO DE FUNDOS DE PENSÃO*. Belo Horizonte: Editora Decálogo, 2007.

CARVALHO, Paulo de Barros. *CURSO DE DIREITO TRIBUTÁRIO*. São Paulo: Editora Saraiva, 2001.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. *CURSO DE DIREITO TRIBUTÁRIO*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

COSTA, Regina Helena. *IMUNIDADES TRIBUTÁRIAS. TEORIA E ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO STF*. São Paulo: Malheiros Editora, 2001.

GRECO, Marco Aurélio. *DINÂMICA DA TRIBUTAÇÃO E PROCEDIMENTO*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. *PRIMEIRAS LIÇÕES DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR*. São Paulo: LTR, 1996.

NOGUEIRA, Rio. *AS OPÇÕES DA PREVIDÊNCIA PRIVADA SOB O ÂNGULO DA EMPRESA USUÁRIA. ASPECTOS REGULAMENTAR E OPERACIONAIS*. São Paulo: Editora Atica, 1975.