VOTO

O Senhor Ministro Dias Toffoli (Relator):

Introdução

Encontra-se em discussão a constitucionalidade da cobrança, em face das entidades fechadas de previdência complementar, do imposto de renda retido na fonte (IRRF) sobre as receitas oriundas das aplicações financeiras dos fundos fechados de previdência complementar e da contribuição social sobre o lucro líquido (CSLL) sobre os resultados por elas apurados.

De antemão, reitero a observação da recorrente de que **não se discute, aqui, a aplicação das imunidades tributárias previstas nos arts. 150, inciso VI, c; e 195, § 7º, da Constituição Federal** .

Não está em jogo, portanto, a Súmula nº 730/STF, a qual estipula que a imunidade tributária referida no art. 150, VI, 'c', da Constituição Federal, só alcança as entidades fechadas de previdência social privada se não houver contribuição dos beneficiários.

O tema em análise tem, assim, importância para as entidades fechadas de previdência privada que não se encontram abrangidas pelas imunidades tributárias citadas, mormente para as que se valem de contribuições dos beneficiários.

Feito esse esclarecimento, desde já adianto que, a meu ver, as tributações questionadas são constitucionais, razão pela qual nego provimento ao recurso extraordinário.

Do contexto histórico

A polêmica sobre a possibilidade de cobrança do IRRF e da CSLL em face das entidades fechadas de previdência complementar não é nova. Há muito se alegava que, pelo fato de serem entidades sem fins lucrativos, não seria possível a cobrança de tais tributos.

Vejamos, em primeiro lugar, a questão do IRRF.

A Lei nº 6.435/77, que regeu as entidades de previdência privada antes da LC nº 109/01, estipulava em seu art. 39, § 3º, que as entidades fechadas de previdência privada eram consideradas instituições de assistência social,

Plenário Virtual - minuta de voto - 21/10/2022 00:00

para efeito da imunidade prevista no art. 19, II, c, da Constituição Federal de 1969 (correspondente ao art. 150, VI, c, da Constituição Cidadã).

Com o Decreto-lei nº 2.065/83, aquele dispositivo legal foi revogado. Nesse diploma se estabeleceu que tais entidades ficariam isentas do IRPJ, ressalvando-se, contudo, o imposto de renda incidente na fonte sobre dividendos, juros e demais rendimentos de capital auferidos na fase de acumulação de reservas (art. 6º, § 1º).

Essa disciplina também foi prevista no art. 175, **caput** e § 1º, do Decreto nº 3.000/99 (Regulamento do Imposto de Renda), o que demonstra sua aplicação durante longo período.

A doutrina aponta que diversas entidades fechadas de previdência privada ajuizaram demandas questionando a constitucionalidade dessa tributação, com apoio na tese de que seriam imunes a impostos.

Como se sabe, a Corte, em 2001, no exame de caso envolvendo o IPTU (RE nº 202.700/DF), apreciou essa tese e fixou a orientação de que a imunidade prevista no art. 150, VI, c, da Constituição Cidadã somente alcança as entidades fechadas de previdência social privada se não houver contribuição dos beneficiários.

Em 2002, surgiu a MP nº 2.222/02, prevendo a incidência do imposto de renda, conforme a normas tributárias aplicáveis a pessoas físicas e pessoas jurídicas não-financeiras, sobre os rendimentos e ganhos auferidos nas aplicações de recursos das provisões, reservas técnicas e fundos de entidades abertas de previdência complementar.

Nessa medida provisória também se instituiu um regime especial de tributação opcional e, ainda, se traçaram normas com o objetivo de ajudar as entidades fechadas de previdência privada a horarem débitos tributários.

Na exposição de motivos, se registrou que o novo diploma tinha por finalidade "harmonizar o tratamento tributário dispensado aos produtos financeiros de caráter previdenciário e assemelhados, de forma a corrigir as distorções que a ausência de neutralidade provocava nesse seguimento".

Alguns anos depois adveio a MP nº 209/04, dispensando, a partir de 2005, a retenção na fonte e o pagamento em separado do imposto de renda sobre os rendimentos e ganhos auferidos nas aplicações de recursos das provisões, reservas técnicas e fundos de planos de benefícios de entidades de previdência complementar (art. 5º).

Plenário Virtual - minuta de voto - 21/10/2022 00:00

Nas exposições de motivos dessa medida provisória, aduziu-se que essa era uma "demanda histórica do sistema de previdência complementar e que torna a acumulação de recursos por meio destes produtos totalmente livre de impostos", **incentivando** , assim, a formação previdenciária de longo prazo.

A referida medida provisória foi convertida, em 2004, na Lei nº 11.053 /04. No ano posterior, adveio a IN SRF nº 588/05, mencionando em seu art. 17 a isenção das entidades fechadas de previdência complementar quanto ao imposto de renda.

Passo a tratar, resumidamente, da legislação da CSLL.

De início, cabe relembrar ter a Lei nº 7.689/88 instituído essa contribuição, consignando-se serem contribuintes as pessoas jurídicas domiciliadas no País e as que lhes são equiparadas pela legislação tributária.

Diz-se que a Secretaria da Receita Federal (SRF), nos primeiros anos de vigência da lei, entendia pela possibilidade de cobrança da contribuição em face das entidades fechadas de previdência complementar. Não obstante isso, em razão da controvérsia, adveio, em novembro de 1990, o Ato Declaratório Normativo CST nº 17, no qual se asseverou que "a contribuição social não será devida pelas pessoas jurídicas que desenvolvam atividades sem fins lucrativos tais como as fundações e sindicatos".

No ano seguinte, foi editada a Lei nº 8.212/91, estabelecendo-se que as entidades fechadas de previdência complementar estão sujeitas à CSLL. Nesse ponto, insta destacar ter o art. 23, II, previsto a alíquota de 15% a título dessa contribuição no caso das instituições citadas no § 1º do art. 22, o qual faz expressa menção àquelas entidades.

Em 26 de dezembro de 2001, a Secretaria da Receita Federal editou a Solução de Consulta COSIT nº 7, na qual consignou a sujeição das entidades fechadas de previdência complementar (não isentas ou imunes) à CSLL.

Em 27 de dezembro de 2001, surgiu a MP nº 16/01, isentando as entidades fechadas de previdência complementar da CSLL, relativamente aos fatos geradores ocorridos a partir do ano seguinte (art. 5º). Na exposição de motivos se disse que, tal como se deu no imposto de renda, essas entidades também deveriam ser isentas da contribuição quanto a seus resultados. Essa medida provisória foi convertida na Lei nº 10.426/02.

Plenário virtual - minuta de voto - 21/10/2022 0000

Anote-se que a IN SRF nº 588/05, já referida acima, mencionou em seu art. 17 a isenção das entidades fechadas de previdência complementar em face da CSLL (além do IRPJ, como visto).

Da materialidade do imposto de renda (IR) e da contribuição social sobre o lucro líquido (CSLL)

Estabelece o art. 153, III, da Constituição Federal caber à União a competência para instituir imposto sobre renda e proventos de qualquer natureza.

Tanto a jurisprudência da Corte quanto a doutrina especializada, quando tratam desse dispositivo, preceituam estar sua materialidade necessariamente conectada com a existência de acréscimo patrimonial, aspecto presente nas ideias de renda e de proventos de qualquer natureza.

A respeito do assunto, transcrevo a ementa do RE nº 117.887/SP, Tribunal Pleno, Relator o Ministro **Carlos Velloso** , DJ de 23/4/93:

> "CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. RENDA - CONCEITO. Lei n. 4.506, de 30.XI.64, art. 38, C.F./46, art. 15, IV; CF/67, art. 22, IV; EC 1/69, art. 21, IV. CTN, art. 43. I. - Rendas e proventos de qualquer natureza: o conceito implica reconhecer a existência de receita, lucro, proveito, ganho, acréscimo patrimonial que ocorrem mediante o ingresso ou o auferimento de algo, a título oneroso. C.F., 1946, art. 15, IV; CF/67, art. 22, IV; EC 1/69, art. 21, IV. CTN, art. 43. II. - Inconstitucionalidade do art. 38 da Lei 4.506/64, que institui adicional de 7% de imposto de renda sobre lucros distribuidos. III. - R.E. conhecido e provido" (RE nº 117.887/SP, Tribunal Pleno, Relator o Ministro **Carlos Velloso** , DJ de 23/4/93 - destaquei).

Corroborando esse entendimento, **vide** as lições de Leandro Paulsen, de Andrei Pitten Velloso, de Roque Antônio Carrazza e de Hugo de Britto Machado.

O Código Tributário Nacional (CTN), alinhado com aquela disposição constitucional, preconiza, em seu art. 43, ter o IR como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica "de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos" (inciso I) ou "de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior" (inciso II).

Plenário Virtual - minuta de voto - 21/10/2022 00:00

O texto constitucional também prevê, em seu art. 195, I, c, a competência da União para instituir a contribuição social sobre o lucro.

Embora não exista, na Constituição Federal, a conceituação do que seja lucro, a doutrina nos informa que a materialidade da contribuição em tela está relacionada, igualmente, com a existência de acréscimo patrimonial.

Segundo Leandro Paulsen, o texto constitucional deixa, assim, um espaço para o legislador ordinário, "que apenas não poderá determinar a tributação do que não constituir **acréscimo patrimonial da empresa** " (grifo nosso). A propósito, a visão do tributarista, há no direito brasileiro "dois tributos incidindo sobre o lucro das empresas – a CSLL e o IR –, ainda que com critérios distintos para a apuração das respectivas bases de cálculo".

Das entidades fechadas de previdência privada e da distinção entre lucro e entidades sem fins lucrativos: possibilidade de cobrança dos tributos questionados

As entidades de previdência privada, como se sabe, têm por objetivo instituir e operar de planos de benefícios de natureza previdenciária, operando no regime de previdência complementar.

Essas entidades podem ser abertas, oferecendo planos desse tipo para qualquer pessoa física, ou fechadas, as quais oferecem planos acessíveis apenas aos empregados de uma empresa ou grupo de empresas e aos servidores dos entes federados (patrocinadores) ou a associados ou membros de pessoas jurídicas de caráter profissional, classista ou setorial (instituidores).

Sejam elas abertas ou fechadas, tais entidades recebem contribuição dos participantes (recorde-se de que, aqui, não está em jogo a Súmula nº 730 /STF) bem como dos patrocinadores ou instituidores, além de contarem com as dotações delas mesmas.

Conforme preconiza a LC nº 109/01, que dispõe sobre o regime de previdência complementar, as entidades fechadas de previdência privada somente podem ser organizar "sob a forma de fundação ou sociedade civil, sem fins lucrativos" (art. 31, § 1º).

Em razão do regime ao qual estão essas entidades submetidas, não se fala, contabilmente, em apuração de lucro ou prejuízo no exercício financeiro quanto aos planos de benefícios. O resultado positivo se chama

Plenário Virtual - minuta de voto - 21/10/2022 00:00

superávit; o negativo, déficit. O primeiro é destinado à constituição de reserva de contingência, a fim de se garantir os benefícios previdenciários. Seu excedente vai para reserva especial. Havendo déficit, deve ser ele equacionado, de acordo com as medidas previstas na lei.

A respeito desse assunto, vale conferir o teor dos arts. 20 e 21 da mesma lei complementar:

> "Art. 20. O resultado superavitário dos planos de benefícios das entidades fechadas, ao final do exercício, satisfeitas as exigências regulamentares relativas aos mencionados planos, será destinado à constituição de reserva de contingência, para garantia de benefícios, até o limite de vinte e cinco por cento do valor das reservas matemáticas.
>
> § 1º Constituída a reserva de contingência, com os valores excedentes será constituída reserva especial para revisão do plano de benefícios.
>
> § 2º A não utilização da reserva especial por três exercícios consecutivos determinará a revisão obrigatória do plano de benefícios da entidade.
>
> § 3º Se a revisão do plano de benefícios implicar redução de contribuições, deverá ser levada em consideração a proporção existente entre as contribuições dos patrocinadores e dos participantes, inclusive dos assistidos.
>
> Art. 21. O resultado deficitário nos planos ou nas entidades fechadas será equacionado por patrocinadores, participantes e assistidos, na proporção existente entre as suas contribuições, sem prejuízo de ação regressiva contra dirigentes ou terceiros que deram causa a dano ou prejuízo à entidade de previdência complementar.
>
> § 1º O equacionamento referido no caput poderá ser feito, dentre outras formas, por meio do aumento do valor das contribuições, instituição de contribuição adicional ou redução do valor dos benefícios a conceder, observadas as normas estabelecidas pelo órgão regulador e fiscalizador.
>
> § 2º A redução dos valores dos benefícios não se aplica aos assistidos, sendo cabível, nesse caso, a instituição de contribuição adicional para cobertura do acréscimo ocorrido em razão da revisão do plano.
>
> § 3º Na hipótese de retorno à entidade dos recursos equivalentes ao déficit previsto no caput deste artigo, em conseqüência de apuração de responsabilidade mediante ação judicial ou administrativa, os respectivos valores deverão ser aplicados necessariamente na redução proporcional das contribuições devidas ao plano ou em melhoria dos benefícios".

Plenário Virtual - minuta de voto - 21/10/2022 00:00

Embora seja claro que as entidades fechadas de previdência privada não tenham fins lucrativos e que, contabilmente, elas apuram aqueles superávits ou déficits, isso não significa que elas não podem estar sujeitas ao IR ou à CSLL.

Em primeiro lugar, não ter finalidade lucrativa não resulta na impossibilidade de se terem acréscimos patrimoniais. Note-se que, no geral, entidades sem fins lucrativos consistem, a grosso modo, em entidades que não podem distribuir lucros (nesse ponto, vale reiterar que, na presente espécie, tem-se a necessidade de se observarem aquelas destinações legais – **vide** art. 20 acima – quanto aos superávits). Mas podem elas **auferir** resultados positivos bem como outros acréscimos patrimoniais (isso é, podem auferir lucro, renda ou proventos de qualquer natureza). É isso o que ocorre no caso das entidades fechadas de previdência complementar em discussão.

Como consignou o Procurador-Geral da República, a possibilidade de lucrar (o que não significa, como se sabe, possibilidade de distribuir o lucro) "com o bom gerenciamento de recursos em aplicações de capital é absolutamente legítima diante do objetivo de assegurar provisões que atendam às expectativas de dispêndio com benefício previdenciários".

A título de mero reforço a essa compreensão, vale conferir, por *analogia* (sem olvidar ser certo que as EFPC têm suas particularidades), doutrina de Daniel Eduardo Carnacchioni a respeito da distinção entre ausência de finalidade lucrativa e possibilidade de se auferir renda ou lucro tendo-se presentes as associações, as quais devem ser organizadas, segundo a atual legislação civil, para fins *não econômicos* (art. 53 do Código Civil):

> " **Na associação não há objetivo econômico ou finalidade de repartir entre os associados qualquer resultado proveniente da atividade associativa. I sso não impede que a associação tenha renda ou lucro para a manutenção de sua atividade, ou seja, o lucro é legítimo, desde que reinvestido na própria pessoa jurídica. Ou seja, o art. 53 do CC veda a distribuição de qualquer resultado econômico entre os associados, mas não a obtenção de resultados econômicos positivos** .
>
> Nada impede que a associação desempenhe atividade de natureza econômica, desde que não haja finalidade de lucro. Nesse sentido,

Plenário Virtual - minuta de voto - 21/10/2022 00:00

> aliás, o Enunciado 534 da VI Jornada de Direito Civil: 'As associações podem desenvolver atividade econômica, desde que não haja finalidade lucrativa'.
>
> Com bem ressalta Tepedino, ' **o que não há nas associações é a finalidade lucrativa , ou seja, o objetivo primordial de produzir lucros e reparti-los entre os associados** ' (*Código civil interpretado,* vol. 1)". (grifo nosso).

Na mesma toada, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho que a associação, "pelo fato de não perseguir escopo lucrativo, **não está impedida de gerar renda** que sirva para a mantença de suas atividades pagamento do seu quadro funcional" (grifo nosso). Paulo Narder, no mesmo sentido, diz que "embora a associação não tenha objetivo econômico, pode desenvolver alguma atividade lucrativa para reinvestir os resultados financeiros na própria instituição", sendo certo que "tais fontes de renda se revelam essenciais à sobrevivência e aprimoramento da corporação".

Em relação às fundações, leciona Daniel Eduardo Carnacchioni que devem ter elas "uma finalidade social e, por isso, **eventuais resultados ou lucros** devem ser reinvestidos na própria fundação, para manutenção de sua atividade" (grifo nosso).

Realizadas as devidas adaptações desses ensinamentos ao presente caso, insta consignar, nesse contexto, que tanto as rendas em razão de aplicações financeiras em discussão nos autos como os resultados positivos auferidos pelas entidades fechadas de previdência complementar se enquadram no que se entende por renda, por lucro ou, ao cabo, por acréscimo patrimonial. E esses fatos, como se sabe, são geradores daqueles tributos.

Em segundo lugar, note-se que a Constituição Federal não exige que o contribuinte tenha, necessariamente, fins lucrativos para ser tributado pelo IR ou pela CSLL. Isso é, inexistindo imunidade tributária aplicável, mesmo as entidades sem fins lucrativos *podem* ser reconhecidas como contribuintes dessas exações, caso realizem o fato gerador.

O texto constitucional preconiza que o imposto de renda é informado pelo critério, dentre outros, da generalidade, indicando que todos que praticam o fato gerador do imposto devem, em regra, ser abrangidos pelo tributo.

Plenário Virtual - minuta de voto - 21/10/2022 00:00

Também a Constituição expressamente autoriza a cobrança de contribuição para a seguridade não só de empregador ou de empresa, mas também "de entidade a ela equipara na forma da lei". Isso significa que, mesmo não sendo empresa (vale lembrar que, *no sentido clássico* , empresa é entidade que distribui lucros, sob as mais diversas formas admitidas no direito), determinado tipo de pessoa jurídica, mesmo uma que não tenha fins lucrativos, caso esteja equiparada àquela na forma da lei, poderá ser chamada a contribuir para a seguridade, inclusive mediante contribuição incidente sobre lucro.

Cabe realçar, outrossim, que a "seguridade social será financiada por toda a sociedade". Ainda nessa toada, cumpre recordar que "esta Corte firmou o entendimento de que o termo 'empregadores', contido no art. 195, I, em sua redação original, não pode ser interpretado estritamente, pois as contribuições para a seguridade social assentam na solidariedade geral, conforme o caput do mencionado artigo" (RE nº 585.181/RJ-AgR, Segunda Turma, Rel. Min. **Joaquim Barbosa** , DJe de 8/10/10).

Em terceiro lugar, é pacífica a orientação da Corte de que a contabilidade, ainda que "possa ser tomada pela lei como ponto de partida para a determinação das bases de cálculo de diversos tributos, **de modo algum subordina a tributação** " (RE nº 606.107/RS, Tribunal Pleno, Relatora a Ministra **Rosa Weber** , DJe de 25/11/13 – grifo nosso). Não surpreende, assim, o termo superavit que se confere a resultados positivos auferidos pela entidades de previdência complementar.

Registre-se, de mais a mais, que o fato das entidades em questão terem de dar aos superávits as destinações previstas na legislação de regência não infirma a compreensão de que há, nos superávits, o citado acréscimo patrimonial.

No que diz respeito à contribuição, vale, ainda, ressaltar um ponto que corrobora ser válida sua cobrança.

A Lei nº 8.212/91, como se depreende de seu art. 22, § 1º, deixa claro terem as "entidades de previdência privada abertas e fechadas" a obrigação de pagar a CSLL (art. 23, II), sendo certo que, posteriormente, se estabeleceu no texto constitucional (art. 72 do ADCT) que integra o Fundo Social de Emergência, entre outas receitas, a "parcela do produto da arrecadação resultante da ***elevação*** da alíquota da contribuição social sobre o lucro dos contribuintes a que se refere o [justamente mencionado] § 1º do Art. 22 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991 (...)".

Plenário Virtual - minuta de voto - 21/10/2022 00:00

Ou seja, o constituinte, ao acrescentar essa regra, tomou como premissa (correta, como se viu) o próprio fato de que as entidades de previdência privada, sejam abertas ou fechadas, já podiam ser eleitas, anteriormente, como contribuintes da CSLL, por praticarem o fato gerador do tributo (atual art. 195, I, c, ou anterior art. 195, I, da Constituição Federal).

Por fim, analisando-se o contexto histórico da legislação, mencionado alhures, é possível perceber que as desonerações das entidades fechadas de previdência complementar quanto ao imposto de renda e à CSLL previstas no art. 5º das Leis nºs 11.053/04 e 10.426/02 advieram muito por conta de uma função extrafiscal, a de incentivar a formação de poupança previdenciária de longo prazo. Não tiveram o propósito de se corrigir a alegada inconstitucionalidade (a qual não se sustenta, como se viu) da cobrança desses tributos em face das tais entidades.

Da análise do caso concreto

Por meio da petição inicial, a impetrante requereu que a autoridade coatora se abstenha de tomar medida tendente a exigir de suas filiadas (entidades fechadas de previdência complementar) o IRRF e a CSLL, relativamente a fatos geradores passados ou futuros. Sucessivamente, pediu que a autoridade se abstenha de autuar suas filiadas sempre que essas, no pagamento do imposto de renda calculado na forma do regime especial de tributação, observarem o critério fixado no art. 2º, § 3º, da MP nº 2.222/01 para as entidades abertas de previdência complementar.

A sentença, no que interessa, foi pela parcial procedência da ação, determinando-se que a autoridade impetrada se abstivesse de tomar qualquer medida tendente a exigir das filiadas da impetrante sujeitas a sua jurisdição administrativa, e que fazem parte do presente feito, a CSLL, relativamente aos fatos geradores ocorridos até dezembro de 2001.

Ambas as partes apelaram.

O Tribunal de origem negou provimento à apelação da impetrante e deu provimento ao apelo da União e à remessa necessária, concluindo pela possibilidade de cobrança do IRRF e da CSLL questionados nos autos.

No recurso extraordinário, a recorrente sustentou, na essência, que suas filiadas não praticam os fatos geradores desses tributos.

Plenário Virtual - minuta de voto - 21/10/2022 00:00

Como se vê, o entendimento da Corte **a quo** está em harmonia com o defendido no presente voto, razão pela qual não merece reparos.

Dispositivo

Ante o exposto, nego provimento ao recurso extraordinário.

Proponho a fixação da seguinte tese de repercussão geral:

> "É constitucional a cobrança, em face das entidades fechadas de previdência complementar não imunes, do imposto de renda retido na fonte (IRRF) e da contribuição social sobre o lucro líquido (CSLL)".

É como voto.

Plenário Virtual - minuta de voto - 21/10/2022 00:00