

**A ASSISTÊNCIA SOCIAL NA PERSPECTIVA DAS ENTIDADES FECHADAS DE
PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR: UMA ANÁLISE CONTEMPORÂNEA DO
"CASO CERES" ***

**SOCIAL ASSISTANCE FROM THE PERSPECTIVE OF ENTITIES CLOSED FOR
ADDITIONAL SECURITY: AN ANALYSIS OF CONTEMPORARY "CASE CERES"**

Manoel Moacir Costa Macêdo**
Carolina Simão Odisio Hissa***
Denise Magalhaes Da Silva Quirino****

173

RESUMO: O artigo contextualiza a aplicabilidade do conceito de assistência social às Entidades Fechadas de Previdência Complementar (EFPC) diante das novas premissas estabelecidas pela mudança da legislação e jurisprudência no que diz respeito à concessão da imunidade tributária prevista no artigo 150, III, "c" da Constituição Federal de 1988 para essas pessoas jurídicas. Pacificou-se o entendimento quando do julgamento do RE202.700/DF no Supremo Tribunal Federal, conhecido como o "Caso Ceres", o fundo de pensão, na época dos empregados da Embrapa, Emater-Mg, Epagri e Epamig, no sentido de não poder estender às entidades privadas de previdência à imunidade conferida às entidades assistenciais, salvo se ausente a contraprestação dos beneficiários. A garantia de isenção de alguns impostos e contribuições sociais aos fundos de pensão, bem como a criação da Fundação de Previdência Complementar dos Servidores

* Data de recebimento: 22.11.2015

Data de aprovação: 30.12.2015

** PhD em Sociologia pela University of Sussex (1997), Brighton, Inglaterra. Professor. Consultor Advogado. **Chefe-Geral da Embrapa Tabuleiros Costeiros. Aracaju, Sergipe. Brasil. E-mail: manoel.macedo@embrapa.br**

*** Advogada e Orientadora do Núcleo de Prática Jurídica da Universidade Católica de Brasília, Unidade do Juizado Especial Federal. Pós-graduada em Direito Público pela Faculdade Projeção. Pós-graduada em Direito Público pelas Faculdades Integradas da União Educacional do Planalto Central, FACIPLAC, Brasil. Mestranda em Direito na Universidade Católica de Brasília. Professora de Direito Previdenciário de curso de extensão na Universidade de Brasília (UNB). **E-mail: csmelo@ucb.br**

**** Advogada e Orientadora do Núcleo de Prática Jurídica da Universidade Católica de Brasília, unidade do Juizado Especial Federal. Pós-graduada em Direito Público. Mestranda em Direito Tributário na Universidade Católica de Brasília. Professora de Metodologia de Pesquisa e Orientadora de trabalhos de conclusão de curso na Pós-Graduação em instituições de Direito Público e Privado na Unijur (Instituição Certificadora/Faculdade de Araraquara/SP). Professora de Direito Previdenciário de curso de extensão ministrado na Universidade de Brasília (UNB). **E-mail: denisem@ucb.br**



Públicos, imune à incidência de impostos, podem gerar novas balizas para mudança do posicionamento assentado pela Suprema Corte.

Palavras-Chave: Fundos de Pensão. Assistência Social. Imunidade Tributária. STF.

ABSTRACT: Article contextualize the applicability of the concept of social assistance to the Closed Supplementary Pension Entities (EFPC) before the new premises established by changing legislation and jurisprudence with regard to the granting of tax exemption provided for in Article 150, III, "c" of Federal Constitution of 1988 for these companies. Pacified up understanding when the trial of RE202.700 / DF in the Supreme Court, known as the "If Ceres", the pension fund at the time of the employees of Embrapa, Emater-Mg, Epagri and Epamig, to can not extend to private entities pension immunity given to charities, unless absent consideration of the beneficiaries. The guarantee of exemption from some taxes and social contributions to pension funds, as well as the establishment of the Supplementary Pension Foundation of Public Employees, immune to the impact of taxes, can generate new beacons to change the positioning seated by the Supreme Court.

Palavras-Chave: Pension funds. Social assistance. Tax immunity. Federal Court of Justice.

1. INTRODUÇÃO

Nada mais atual do que o fomento da previdência complementar como medida tanto para a manutenção do mesmo padrão de vida alcançado na juventude com a chegada da velhice, quanto como meio de cortar gastos e resolver o problema do déficit dos sistemas de previdência públicos. Ademais, a previdência complementar constitui-se na principal reserva da poupança nacional, aproximando-se dos 20% do PIB brasileiro. A crise financeira e econômica, que assola o Brasil reforça a estratégia de que poupar é a melhor medida a ser adotada pelo cidadão, e um novo modo de proteção social, quiçá também, pelo Estado.

A previdência complementar encontra baliza exatamente nessa premissa: capitalização individual de renda no período laboral garante a qualidade de vida na fase pós-laboral. O beneficiário verte a sua contribuição mensal ao fundo de previdência do qual participa para futuramente resgatar a monta poupada, na forma de benefícios previdenciários. Esse tipo de previdência possui dupla vertente, conforme a legislação vigente. A primeira na modalidade fechada, em que é restrita a participação a determinada coletividade de beneficiários, vinculados a patrocinadoras específicas. A segunda no caráter aberto de algumas instituições financeiras que oferecem planos de previdência privada complementar, independente de outra contrapartida.

No caso das entidades abertas de previdência complementar, a tratativa é bem diferente da dispensada às entidades fechadas de previdência complementar (EFPC) ou, simplesmente, os fundos de pensão. Nestes, a ordem legal gira em torno da natureza não lucrativa dos fundos, o que não ocorre nas demais entidades. Exatamente em torno da falta de lucro das EFPC que a sua classificação como entidades assistenciais tem gerado posicionamentos opostos na doutrina e jurisprudência previdenciária.



O caráter assistencial do Estado foi delineado entre outras pela construção teórica do que se chamou de *welfare state*¹. Confrontando os ideais capitalistas defendidos por um longo período pós-absolutismo, o Estado do bem-estar-social surgiu com o escopo de minimizar o grau das desigualdades sociais advindas de um movimento altamente liberal, em que o Estado ostentava o papel mínimo de atuação.

O assoberbamento estatal com as obrigações sociais, consistentes em vasto arcabouço de garantias fundamentais conquistadas, fez com que cada vez mais a participação da sociedade civil suprisse as deficiências na prestação de serviços que garantissem a efetividade de tais direitos. Assim diversas entidades civis passaram a atuar em paralelo com o Estado a fim de garantir acesso aos direitos sociais como educação, saúde, trabalho, moradia e, no caso em apreço, a previdência social.²

É nesse contexto que as entidades fechadas de previdência complementar se fortaleceram. A previdência social oficial, gerida pelo Estado, engloba a proteção de uma série de riscos sociais. Contudo, a proteção previdenciária estatal ocorre de modo limitado, mormente no que se refere ao valor dos benefícios pagos. Estes, em alguns casos, chegam a retirar mais de 30% do valor do teto de pagamento, como no caso da aposentadoria por idade. Sendo assim, insatisfatória a cobertura da previdência social. Outra não foi a alternativa senão a constituição de fundos de pensão privados que visassem a complementação da renda do trabalhador com o advento da tão temida idade avançada.

¹ Antonio José Avelãs Nunes, ao tratar das primeiras manifestações do estado social como uma evolução na continuidade, consignou em sua obra *O Estado Capitalista e as suas máscaras*: “Ameaçada a estabilidade da ordem burguesa, a ruptura da sociedade capitalista só podia ser evitada (adiada) a partir do estado. Esta é, aliás, a missão última do estado nas sociedades de classe. Como o estado liberal não podia continuar a assegurar esta missão, o estado capitalista revê que assumir outra veste, a de estado social.” NUNES, Antonio Jose Avelãs. *O Estado Capitalista e as suas mascaras*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2013. p.34.

² José Eduardo Sabo afirma, citando Maria Teresa Fonseca Dias, que as múltiplas crises do Estado como a crise fiscal (perda do crédito por parte do Estado e poupança pública negativa; crise do Estado do Bem-Estar-Social - intervenção do Estado na economia, programa de substituição de importações e o estatismo; crise da forma de administrar o Estado - disfunções da burocracia estatal, acrescida ainda de uma crise de legitimação e de governabilidade) são com certeza fatores relacionados ao crescimento do Terceiro Setor. PAES, José Eduardo Sabo. *Fundações, associações e entidades de interesse social: aspectos jurídicos, administrativos, contábeis, trabalhistas e tributários*, 8. ed, Rio de Janeiro: Forense, 2013. P. 84.



Ocorre que a natureza assistencial das entidades fechadas de previdência complementar nunca restou pacificada por completo, sempre gerando entendimentos transitórios na doutrina e jurisprudência, como alhures mencionado. A falta de unanimidade nas decisões e entendimentos acerca da inserção de tributos dos fundos de pensão no âmbito assistencial, afeta um ponto crucial: o gozo da imunidade constitucional, hoje disciplinada no art. 150, VI, 'c' da Constituição Federal de 1988.

Nessa perspectiva, realça o caso paradigmático da Ceres a partir da seguinte questão: Por que não estender às entidades privadas de previdência complementar à imunidade tributária conferida às entidades assistenciais? A resposta, deu-se a partir do julgamento do RE n. 202.700/DF, conhecido como o "Caso Ceres", ocasião em que o Supremo Tribunal Federal (STF) assentou decisão no sentido de não poder estender as entidades privadas de previdência a imunidade conferida as entidades assistenciais, salvo se ausente contraprestação dos beneficiários.

A despeito do entendimento ter sido repetido em diversos outros casos idênticos, levados a julgamento no STF, insta aduzir que da data da fixação da tese até os dias presentes, transcorreu mais de uma década. O lapso temporal agregado às mudanças nos cenários político, jurídico e social justificam uma análise contemporânea do "Caso Ceres", sob novos alicerces.

2. A ASSISTÊNCIA E PREVIDÊNCIA SOCIAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.

A origem da assistência social no Brasil se confunde com o sentido estrito da palavra: ajuda. Qualquer auxílio, nos tempos mais remotos, era voltado para àqueles que se encontravam em estado de miséria, penúria e desprovidos de proteção social. O socorro, usualmente, era realizado por entidades de natureza religiosa, principalmente da Igreja Católica. A caridade, constituída mandamento do próprio catolicismo, justificava o amparo dos necessitados. Jose Eduardo Sabo, doutrinador clássico quando trata de Terceiro Setor, afirma que:



(...) através dos séculos, o dever do católico caridoso e cumpridor de suas obrigações sempre foi o de ajudar a Igreja e suas obras assistenciais; ela centralizava as funções de socorro social, cuidando dos pobres e dos incapacitados. Essa é a tradição que nos herdamos - ajudar a Igreja e dar esmolas aos pobres³.

A primeira forma organizada de assistência social surgida no Brasil foi a Legião Brasileira de Assistência - LBA, criada para o atendimento das pracinhas e suas famílias durante a Segunda Guerra Mundial. Forçoso mencionar que a aludida instituição iniciou-se diante de “um amplo papel de mobilização da opinião pública para o apoio ao ‘esforço de guerra’ promovido pelo governo, e consequentemente ao próprio governo ditatorial”.⁴

Apesar de delineada para um objetivo assistencial específico, a LBA aos poucos se tornou uma verdadeira instituição de assistência, consoante previsão no Decreto-lei 4.830/42:

Art. 1º A Legião Brasileira de Assistência, abreviadamente L.B.A., associação instituída na conformidade dos Estatutos aprovados pelo Ministério da Justiça e Negócios Interiores, e fundada com o objetivo de prestar, em todas as formas úteis, serviços de assistência social, diretamente ou em colaboração com instituições especializadas, fica reconhecida como órgão de cooperação com o Estado no tocante e tais serviços, e de consulta no que concerne ao funcionamento de associações congêneres.

Em 27/05/1969, por meio do Decreto-lei nº 593, passou a revestir-se da forma jurídica de fundação, vinculada ao Ministério do Trabalho e Previdência Social. Até a sua extinção, a Fundação Legião Brasileira da Assistência - FLBA promoveu a concretização de políticas de proteção social, conforme se verifica no artigo primeiro da citada norma:

Art. 1º Fica o Poder Executivo autorizado a instituir uma fundação, vinculada ao Ministério do Trabalho e Previdência Social, com o objetivo de prestar assistência à maternidade, à infância e à adolescência, através da família desprovida de recursos, mediante o estudo das realidades médico-sociais, periódica e metodicamente apuradas.

³ PAES, José Eduardo Sabo. Fundações, associações e entidades de interesse social: aspectos jurídicos, administrativos, contábeis, trabalhistas e tributários, 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013 p. 93.

⁴ IAMAMOTO, M. V; CARVAHO, R. Relações Sociais e Serviço Social no Brasil: esboço de uma interpretação histórico-metodológica. 34.ed. São Paulo: Cortez, 2011, p. 265.



No caso da previdência social, nos moldes atuais, a edição do Decreto Legislativo n. 4.682/1923, conhecido como Lei Elói Chaves, é apontado pela doutrina⁵ como o primeiro esboço do seu surgimento no Brasil. A maioria dos estudiosos remonta à promulgação do aludido decreto o marco da Previdência Social no Brasil. Com a criação das caixas de aposentadorias e pensões para os ferroviários, o diploma legal tornou-se o principal ponto de partida para a análise do sistema previdenciário brasileiro.

Apesar de origens diversas, a assistência e previdência sociais sempre caminharam no mesmo sentido, ao ponto de atualmente integrarem o mesmo bloco de garantias na Constituição Federal de 1988. Ao lado do direito à saúde, a previdência e assistência social compõem o arcabouço da seguridade social, conforme previsão no artigo 194 da Constituição Federal de 1988, in verbis: “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”.⁶

Ocorre que nem sempre a assistência social foi tratada separadamente da previdência, como na ordem atual. Na Constituição de 1967, por exemplo, a assistência e previdência compunham conjuntamente a Ordem Social, não havendo maiores distinções. Tal fato podia ser comprovado pelo disposto no §3º do art. 39 da Lei nº 6.435/77, editada na vigência da carta constitucional em comento, que expressamente determinava a natureza assistencial das entidades fechadas de previdência como segue:

Art. 39. As entidades fechadas terão como finalidade básica a execução e operação de planos de benefícios para os quais tenham autorização específica, segundo normas gerais e técnicas aprovadas pelo órgão normativo do Ministério da Previdência e Assistência Social.

⁵ “apesar de não ser o primeiro diploma legal sobre o assunto securitário (já havia o Decreto-legislativo nº 3.724/19, sobre o seguro obrigatório de acidentes do trabalho), devido ao desenvolvimento posterior da previdência e a estrutura interna da “Lei” Eloy Chaves, ficou esta conhecida como o marco inicial da previdência social.” IBRAHIM, Fabio Zambite. Curso de direito previdenciário. 12ª ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

⁶ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 10/11/2015.



§ 3º As entidades fechadas são consideradas instituições de assistência social, para os efeitos da letra c do item II do artigo 19 da Constituição.

Nota-se, portanto, que o conceito de assistência permeava as relações previdenciárias, sobretudo pelo fato de ambos constituírem conquistas de natureza social.

Se não fosse a questão tributária, certamente a distinção entre assistência e previdência não se tornasse tão acirrada, quanto à travada nos campos da doutrina e jurisprudência. O ponto de discussão, que se prolongou por tempo considerável, cingiu-se exatamente no que concerne à incidência de imunidade tributária às entidades fechadas de previdência, sob a perspectiva de sua natureza assistencial. De todo modo, num amplo aspecto todos os diplomas constitucionais consignaram em seu bojo direitos sociais, alguns em maior outros em menor grau. As implementações tanto da previdência quanto da assistência social seguiram as tendências advindas das mudanças nos cenários políticos, sociais e econômicos vivenciados na história do Brasil.

3. A NATUREZA JURÍDICA DAS ENTIDADES FECHADAS DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR.

A previdência privada surge com a ideia de complementação dos planos públicos de previdência, seja o voltado à iniciativa privada, seja o próprio dos servidores públicos.

No Brasil, oficialmente, pode-se atribuir à promulgação da Lei. 6.435/77 como a primeira norma que regulamentou a previdência privada no nosso ordenamento. Já se distinguia, nessa ocasião, as entidades fechadas das abertas, a depender do público alvo.

Considerava-se, ao tempo da vigência da lei mencionada, como uma entidade de previdência aberta, o fundo de pensão destinado a qualquer indivíduo, gerido pelas instituições financeiras e seguradoras oficiais. As entidades fechadas, em contrapartida, eram destinadas a grupos de empregados de uma empresa específica.



Em razão da nova ordem constitucional, a partir de 1988, a legislação voltada à regulação da previdência, fosse obrigatória ou complementar, necessitou ser atualizada de acordo com os novos ditames constitucionais. Deste modo, foram editadas as leis complementares 108 e 109, em 2001, a fim de regular a previdência complementar privada, seja aberta ou fechada.

O artigo primeiro da Lei Complementar 109, de 29 de maio de 2001, estabelece que:

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.

Observa-se, portanto, que a nova legislação manteve idêntica sistemática anteriormente adotada para a previdência privada. Acrescentou-se, ainda, a possibilidade de instituição de previdência complementar aos servidores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, na modalidade fechada.⁷ Apesar da nova roupagem, a previdência privada continuou a ser mantida nas modalidades aberta e fechada.

As entidades fechadas de previdência, os chamados fundos de pensão, por seu turno, possuem nítida natureza privada e desempenham a atividade de gestão de planos de benefícios previdenciários aos seus participantes. A legislação vigente determina que os fundos de pensão organizar-se-ão sob a forma de fundação ou sociedade civil, sem fins lucrativos.

A lei assenta, portanto, que se trata de pessoa jurídica de direito privado, atualmente apenas na modalidade de Fundação, haja vista a extinção da antiga sociedade civil,⁸ quando do advento do Código Civil de 2002. Por se tratar de

⁷ O regime próprio de previdência dos servidores públicos encontra previsão no artigo 40 da Constituição Federal de 1988. A edição da emenda constitucional nº 20/1998 acrescentou o parágrafo 14 ao referido permitindo que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criasse fundo de pensão para seus servidores e limitando os benefícios custeados ao teto da previdência social.

⁸ No antigo Código Civil, de 1º de janeiro de 1916, o artigo 16 dispunha que “são pessoas jurídicas de direito privado: I - **as sociedades civis**, religiosas, pias, morais, científicas ou literárias, as associações de utilidade pública as fundações”. O doutrinador Arthur Weintraub afirma que a figura das sociedades civis sem fins lucrativos não foi recepcionada pelo atual Código Civil, restando apenas a figura da fundação, que, por suas características fundamentais, não admite finalidade lucrativa. Os fundos de pensão devem se adaptar à nova



fundação privada, incidem as normas especiais elencadas na LC109/2001, principalmente quanto à competência para fiscalização e organização, e, subsidiariamente, as regras dos artigos 62 e seguintes do Código Civil de 2002.

A discussão travada na doutrina e jurisprudência gira em torno da qualificação dos fundos de pensão como entidades de natureza assistencial, focada, principalmente, para a incidência da imunidade tributária concedida a tais entidades.

O Parágrafo Único do artigo 62 do Código Civil de 2002 elenca os fins para os quais as fundações privadas poderão ser constituídas: assistência social, cultural, defesa e conservação do patrimônio histórico e artístico, educação, saúde, dentre outros. O rol referido, sempre foi considerado pela maciça doutrina como meramente exemplificativo, devendo-se obediência unicamente à exigência legal de não ter fim lucroso.⁹

A característica principal no que concerne às Entidades Fechadas de Previdência Complementar (EFPC) é a ausência de finalidade lucrativa. Tal requisito coincide com o próprio conceito da espécie Fundação, o que a difere das entidades abertas de previdência privada, as quais não possuem impedimento legal para a obtenção de lucros.

Ocorre que o fato da lei impor a condição de inexistir finalidade lucrativa para os fundos de pensão, por si só, não lhe fez recair a qualidade de entidade assistencial. Conquanto em determinado momento da legislação atribuiu-se expressamente o atributo assistencial das entidades fechadas de previdência,¹⁰ a regra restou revogada em 26/10/1983 pelo Decreto-Lei nº 2065, que estabeleceu

estrutura civil imposta pelo novel Código. Após o advento do Código Civil novo, os próprios cartórios de registro de pessoas jurídicas não mais estão registrando as entidades fechadas como sociedades civis sem fins lucrativos, e sim apenas como fundações. WEINTRAUB, Arthur Bragança de Vasconcellos. *Previdência Privada - Doutrina e Jurisprudência*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

⁹ Airton Grazioli, em sua obra sobre Fundações privadas, refere-se à finalidade a que a fundação deve se dirigir, aduz em contrapartida que como se trata de elementos extremamente abstratos, pode-se criar uma fundação, praticamente, com qualquer finalidade. GRAZZIOLI, Airton. *Fundações Privadas, doutrina e prática*, 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 91.

¹⁰ Art. 39. As entidades fechadas terão como finalidade básica a execução e operação de planos de benefícios para os quais tenham autorização específica, segundo normas gerais e técnicas aprovadas pelo órgão normativo do Ministério da Previdência e Assistência Social.

§ 3º As entidades fechadas são consideradas instituições de assistência social, para os efeitos da letra c do item II do artigo 19 da Constituição.



novas diretrizes para tributação do imposto de renda. Desde então, passou-se a delinear o entendimento segundo o qual as entidades fechadas de previdência complementar não estariam dotadas do caráter assistencial dada a ausência de generalidade e cobrança na prestação dos serviços.

Apesar das variações acerca da natureza jurídica das entidades fechadas de previdência complementar, assentou-se que são pessoas jurídicas de direito privado, prestadoras de serviços de cunho eminentemente previdenciário, por isso reguladas por legislação especial. Especificadamente, aquelas que não exigem contribuição dos beneficiários são caracterizadas como assistenciais, gozando, assim, da imunidade tributária prevista no art. 150, VI, c, da Constituição Federal.

4. UMA ANÁLISE DO “CASO CERES”.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no que concerne à incidência da imunidade tributária aos fundos de pensão restou sedimentada no julgamento do RE 202-700-6/DF, em 08/11/2001. Na ocasião, a Fundação de Seguridade Social dos Sistemas Embrapa e Embrater – CERES ingressou com pedido judicial a fim de ver reconhecido o direito à imunidade tributária concedida às entidades de assistência social. Após a interposição de diversos recursos, o acórdão que encerrou a controvérsia foi prolatado nos seguintes termos:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIA PRIVADA. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA. INEXISTÊNCIA.

1. Entidade fechada de previdência privada. Concessão de benefícios aos filiados mediante recolhimento das contribuições pactuadas. Imunidade tributária. Inexistência, dada a ausência das características de universalidade e generalidade da prestação, próprias dos órgãos de assistência social.

2. As instituições de assistência social, que trazem ínsito em suas finalidades a observância ao princípio da universalidade, da generalidade e concede benefícios a toda a coletividade, independentemente de contraprestação, não se confundem e não podem ser comparadas com as entidades fechadas de previdência privada que, em decorrência da relação contratual firmada, apenas contempla uma categoria específica, ficando o gozo dos benefícios previstos em seu estatuto social dependente do recolhimento das contribuições avençadas, *conditio sine qua non* para a respectiva integração no sistema.

Recurso extraordinário conhecido e provido.



Desde o julgamento em questão, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) alinhou-se no sentido de que as entidades fechadas de previdência de previdência complementar não assistem ao direito previsto no artigo 150, VI, "c" da Constituição Federal, quanto à imunidade tributária atribuída às entidades assistenciais. Excepcionalmente, fixou-se que aos fundos de pensão, que não exigem a contribuição dos beneficiários, será concedida a não-incidência qualificada aduzida, consequência da interpretação de que o serviço dar-se-ia de modo gratuito.

Insta mencionar que diversos outros casos levados à apreciação do STF e demais tribunais mantiveram posicionamento idêntico ao fixado no "Caso Ceres", o que ensejou na edição do enunciado de Súmula 730 que prevê:

A imunidade tributária conferida a instituições de assistência social sem fins lucrativos pelo art. 150, VI, "c", da Constituição, somente alcança as entidades fechadas de previdência social privada se houver contribuição apenas dos patrocinadores.

Analisando o caso julgado no RE 202-700-6/DF, pode-se depreender que para se caracterizar como assistencial, definindo que a entidade deve se valer das características da generalidade, universalidade e gratuidade na prestação de serviços. Somente preenchendo os indicados requisitos, a Entidade fará jus à imunidade tributária prevista no artigo 150, VI, "c" da CF/88.

Além das particularidades acima elencadas, o artigo 14 do Código Tributário Nacional, norma aplicável às relações tributárias vigentes, condiciona a concessão da imunidade tributária ao cumprimento de três requisitos: não distribuírem qualquer parcela de seu patrimônio ou de suas rendas, a qualquer título; aplicarem integralmente, no país, os seus recursos na manutenção dos seus objetivos institucionais; manterem escrituração de suas receitas e despesas em livros revestidos de formalidades capazes de assegurar sua exatidão. Em suma, as organizações beneficentes que pretendam fazer jus à imunidade em comento não podem fazer qualquer repartição de renda, de modo a caracterizar a finalidade não lucrativa da pessoa jurídica.



A despeito da jurisprudência firmada, esta merece ser analisada diante do novo contexto social, jurídico e político vivenciado no Brasil. Da data em que foi julgado o caso sob exame, transcorreu-se mais de uma década, isto é, em 2001, o que por si só justificaria uma reinterpretação das premissas estabelecidas naquela época. Ademais, o julgamento do “Caso Ceres” deu-se por maioria, sendo que 04 (quatro) Ministros votaram no sentido divergente para atribuir aos fundos de pensão a natureza assistencial apta a fazer incidir a imunidade tributária.

Em seu voto, o Ministro Marco Aurélio, que atualmente ainda toma assento na Suprema Corte, advogou que a contribuição do beneficiário não pode ser parâmetro para afastar a natureza assistencial das entidades fechadas de previdência privada, tendo em vista que a própria previdência oficial, mantida pelo Estado, também é custeada por contribuições vertidas tanto por empregados como empregadores.

Outro argumento utilizado para afastar a imunidade das entidades fechadas de previdência privada foi a modificação da ordem constitucional, com o advento da Carta Magna de 1988, que tratou separadamente de assistência e previdência, dentro do gênero da seguridade social. A tese vencedora no STF concluiu, de modo perfunctório, que ao consignar em capítulos distintos, o constituinte já quis afastar a natureza assistencial das entidades de caráter previdenciário.

Ainda que fundamentada em premissa constitucional, a interpretação acima foi rechaçada por grande parte da doutrina e dos Ministros dissidentes. O Prof. Ives Gandra, grande defensor da natureza assistencial das entidades fechadas de previdência privada, em diversas oportunidades afirmou que a assistência social possui um viés geral e outro *strictu sensu*:

Em outras palavras, ao admitir que a previdência e a saúde integram a assistência social, afastou, a Suprema Corte, a interpretação separatista de que a Seguridade Social seria dividida em três partes estanques, sem intercomunicação ou integração.

(...)

Creio, portanto, não me ter enganado, quando, em 1990, ao comentar o art. 150, inciso VI, a da Constituição Federal, formulei a teoria dos conceitos de assistência social lato sensu e stricto sensu, aquele rigorosamente abrangente da seguridade social com as três áreas interligadas, e este, reduzido, exclusivamente, às ações estritas de



assistência social, independentemente de assistência na área de saúde e da previdência.

Por outra linha de raciocínio, cheguei a idênticas conclusões, mas a partir da permanência da dicção constitucional anterior (EC 1/69), no texto de 88, e afirmando que entidades fechadas de previdência social, na perfilação lato sensu, eram entidades de assistência social por força de seu objeto, desde que entidades sem fins lucrativos.¹¹

À época do julgamento do RE 202-700-6/DF vários estudos foram produzidos para levantar, embora o STF tenha decidido de modo restritivo, vários outros argumentos favoráveis ao enquadramento das EFPC como entes beneficentes, portanto, imunes à incidência de impostos. Em artigo publicado em novembro de 2004, por ocasião da sua tese de doutoramento, Andrea Narminam produziu uma longa reflexão acerca do paradigma firmado na Suprema Corte, aduzindo, entre outros pontos que:

Apesar desse novo quadro normativo das EFPC, a doutrina mantém-se atrelada aos padrões formatados antes da CF/88. Ao defender a inclusão das entidades de previdência complementar como entidades assistenciais, invocam em sua maior parte precedentes do STF anteriores à CF. Quanto aos requisitos da lei necessários para o enquadramento no art. 150, VI, “c”, os doutrinadores aceitam somente aqueles previstos pela Constituição Federal no próprio artigo (inexistência de fins lucrativos) e os requisitos expressos no Código Tributário Nacional (Lei nº5172, de 25/10/1966), em seu artigo 14 já que formalmente a lei necessária para regular a matéria seria complementar e o CTN tem hierarquia de lei complementar. Não concorda grande parte da doutrina com a incidência do art. 203 sobre a definição de entidade assistencial, propugnando que os artigos 203 e 204¹²

¹¹ MARTINS, Ives Gandra. Imunidade de Instituições sem Fins Lucrativos Dedicadas à Previdência e Assistência Social. In: Revista Dialética de Direito Tributário. São Paulo: Dialética, 2003. N. 94. Disponível em: < <http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/viewFile/500/808>>. Acesso em: 25/11/2015.

¹² Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

I - a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice;

II - o amparo às crianças e adolescentes carentes;

III - a promoção da integração ao mercado de trabalho;

IV - a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária;

V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

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 entidades beneficentes e de assistência social;



refeririam-se somente à assistência social estatal, e não ao campo privado. Como exemplos dessa argumentação, citar-se-iam os Votos dos Ministros Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence no caso CERES.¹³

Outros pontos levantados pelos Ministros do STF se ativeram à generalidade e gratuidade na prestação dos serviços para se considerar como assistencial uma entidade, estes acabaram elididos pelo próprio Supremo Tribunal Federal, na discussão acerca da atribuição da imunidade tributária nos casos de entidades beneficentes na área de saúde e educação. Ainda que pendente de julgamento de mérito, tramita no STF a ADI 2028-5 em que restou deferida liminar para determinar que para os fins da imunidade prevista no art. 195, § 7º, da Constituição Federal, as entidades beneficentes de assistência social deverão atender aos requisitos previstos no art. 55, da Lei 8.212/91, em sua redação original, afastando as modificações trazidas pela Lei nº 9.732/98.

A Lei 9.732/98, modificando o art. 55 da Lei nº 8.212/91, acrescentou mais duas exigências à concessão da imunidade às entidades beneficentes, os quais restaram suspensos por força da liminar concedida nos autos da ADI 2028-5. Os dispositivos que tiveram sua eficácia suspensa determinavam que para ficar isenta (leia-se imune) a entidade beneficente de assistência social deveria atender, cumulativamente, aos seguintes requisitos: I - seja reconhecida como de utilidade pública federal e estadual ou do Distrito Federal ou municipal; II - seja portadora do Registro e do Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social, fornecidos pelo Conselho Nacional de Assistência Social, renovado a cada três anos; III - promova, gratuitamente e em caráter exclusivo, a assistência social beneficente a pessoas carentes, em especial a crianças, adolescentes, idosos e portadores de deficiência.

O legislador, com a edição da Lei nº 9.732/98, tentou condicionar a limitação ao poder de tributar ao preenchimento de várias exigências, outrora inexistentes.

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

Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 27/11/2015.

¹³ Andrea Nárriman Cezne Reflexões sobre entidades de assistência social e entidades fechadas de previdência privada, Revista Eletrônica de Contabilidade Curso de Ciências Contábeis, UFSM, Volume I. Set-Nov/2004.



Além da discussão acerca do uso adequado da espécie normativa utilizada para tal disparate, o STF, liminarmente, entendeu impossível restringir o direito à imunidade à prestação de modo gratuito e em caráter exclusivo dos serviços realizados pelas entidades beneficentes. Deste modo, o entendimento atual, ainda que precário, se resume à manutenção da natureza assistencial, ainda que de algum modo haja cobrança pelas atividades desenvolvidas ou delimitação do público a ser atendido.

Ainda que sob o manto de uma jurisprudência unificada, inclusive com a edição de Súmula para afastar a imunidade tributária dos fundos de pensão que exijam a contribuição de seus participantes, o entendimento outrora firmado merece ser reanalisado. Além da fragilidade de um julgamento dado por maioria apertada, as mudanças trazidas pela própria legislação e decisões judiciais no decorrer desses 10 (dez) anos, fazem com que a discussão acerca da natureza assistencial das entidades fechadas de previdência privada se torne cada vez mais atual e carente de solução igualitária.

Não há como deixar de cotejar a fundamentação para concessão da imunidade tributária às entidades beneficentes de assistência social nas áreas de saúde, educação e os argumentos arcaicos para afastá-la dos fundos de pensão. É notório o tratamento diferenciado dispensado às entidades fechadas de previdência, que se vêm prejudicadas por decisão obsoleta e anti-isonômica, o que é vedado pelo vigente ordenamento constitucional.

Outra questão refere-se à implementação da fundação de previdência complementar do servidor público, consoante previsão constitucional, com o advento da Lei nº 12.618/12. O diploma em comento instituiu a Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal, denominada FUNPRESP, para administrar e executar os planos de benefícios de caráter previdenciário dos servidores participantes. A norma instituidora determina que a entidade deve ser estruturada na forma de fundação, de natureza pública, com personalidade jurídica de direito privado, gozando de autonomia administrativa, financeira e gerencial.



A criação da FUNPRESP com fim idêntico ao dos fundos de pensão privados, contudo agraciada com a incidência da imunidade tributária conferida às fundações públicas, acarreta possível violação do princípio da isonomia.

Todas as questões pontuais levantadas e recém debatidas, como por exemplo, a manutenção da imunidade tributária às entidades beneficentes ainda que ausente o requisito da gratuidade e a criação de fundações de previdência complementares do servidor público estatutários gozadoras de imunidade tributária em razão de sua natureza pública, podem levar a um quadro crônico de violação ao princípio da isonomia.

A possibilidade de afronta ao princípio constitucional da igualdade ante o tratamento tributário diferenciado dado às entidades fechadas de previdência complementar do setor privado, as fundações de direito público que gerem planos de benefícios previdenciários dos servidores estatais e as demais entidades de assistência social, amparam uma nova suscitação do debate nos poderes judiciário e legislativo. Ainda que por fundamentos normativos diversos, a concessão de imunidade tributária à FUNPRESP e às entidades assistenciais, todas sem fins lucrativos, acarreta real desvantagem em detrimento dos demais fundos de pensão.

Por derradeiro, insta mencionar que com a edição da Lei nº 10.426/02, isentando as entidades fechadas de previdência da Contribuição Social sobre o lucro líquido - CSLL, e a Lei nº 11.053/04, que isentou os rendimentos decorrentes da aplicação do patrimônio de tais entidades do Imposto de Renda, fica reforçada a idéia da importância que a previdência complementar, atualmente, ostenta ao garantir a possibilidade do cidadão de conservar na velhice e nos casos de riscos sociais um padrão de vida digno conquistado na juventude.¹⁴

¹⁴ Atualmente tramita no STF o RE 612.686/SC em que restou conhecida a repercussão geral da matéria atinente ao reconhecimento da impossibilidade de fazer incidir a CSLL e o IR ante a natureza não lucrativa das entidades fechadas de previdência, conforme acórdão assim ementado:

Ementa: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO TRIBUTÁRIO. ENTIDADE FECHADA DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR. INCIDÊNCIA DE IRPJ E DE CSLL. BASE DE CÁLCULO PARA AS EXAÇÕES. RENDA E LUCRO. NATUREZA JURÍDICA NÃO-LUCRATIVA DOS FUNDOS DE PENSÃO DETERMINADA POR LEI. ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA MP Nº 2.222/2001 REVOGADA PELA LEI Nº 11.053/04. LEI Nº 10.426. INCOMPATIBILIDADE DA RETENÇÃO DO IRPJ NA FONTE. LEI Nº 6.465/77, REVOGADA PELA LEI COMPLEMENTAR Nº 109/01. ALEGAÇÃO DE NÃO OCORRÊNCIA DE FATO GERADOR DECORRENTE DE VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL E



CONCLUSÃO

Toda a controvérsia posta no que diz respeito à natureza assistencial intrínseca às Entidades Fechadas de Previdência Complementar (EFPC), dá-se sob o escopo nítido do Estado de afastar de tais pessoas jurídicas a imunidade tributária prevista no artigo 150, III, c, da CF/88 e, por consequência, aumentar a sua arrecadação. Enquanto a previdência complementar não era tão difundida como a oficial, os entes políticos não demonstravam interesse em tributar rendas insignificantes.

Ocorre que, como dito em todo o presente artigo a previdência complementar ganhou força e expandiu sua atuação no Brasil de modo a atrair a atenção daqueles que objetivavam ampliar as receitas estatais. Consoante a Superintendência Nacional de Previdência Complementar (Previc), responsável pela supervisão e fiscalização dos fundos de pensão, “atualmente, o sistema de previdência complementar fechado conta com mais de 300 EFPC que administram, aproximadamente, 1100 planos, oferecendo proteção previdenciária a cerca de seis milhões de brasileiros, entre participantes ativos, inativos e assistidos. Tais números

INFRACONSTITUCIONAL. NATUREZA JURÍDICA. EFEITOS. SITUAÇÃO QUE NÃO SE SUBSUME A TESE DE IMUNIDADE RECHAÇADA PELO PLENÁRIO NO RE 202.700. CONTRADIÇÃO VERIFICADA. ARTIGO 543-A, § 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. REPERCUSSÃO GERAL DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL RECONHECIDA. 1. A CSLL e o IRPJ, respectivamente, e a natureza jurídica não-lucrativa das entidades fechadas de previdência complementar, determinada pela lei federal que trata dessas pessoas jurídicas (Lei nº 6.435/77, revogada pela Lei complementar nº 109/01, atualmente em vigor), em tese, afasta a incidência das exações, uma vez que a configuração do fato gerador desses tributos decorre do exercício de atividade empresarial que tenha por objeto ou fim social a obtenção de lucro. 2. Os rendimentos auferidos nas aplicações de fundos de investimento das entidades fechadas, uma vez ausente a finalidade lucrativa dos fundos de pensão para configurar o fato gerador do tributo e as prévias constituições de reserva de contingência e reserva especial e revisão do plano atuarial, ao longo de pelo menos 3 (três) exercícios financeiros para aferir-se sobre a realização ou não do superávit, não equivale a lucro, sob o ângulo contábil, afastada a retenção do IRPJ. 3. In casu, argui-se no recurso extraordinário a alegada inconstitucionalidade da regra do artigo 1º da MP nº 2.222, de 4 de setembro de 2001, ao estabelecer que 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. 4. A natureza da entidade de previdência complementar em regra se contrapõe à incidência dos tributos de IRPJ e de CSLL, que pressupõem a ocorrência do fato gerador lucro ou faturamento pela pessoa jurídica, ante à previsão do artigo 195, I, a e c, da CF/88. 5. A inconstitucionalidade da MP nº 2.222/01, reclama, para apreciação dessa questão, a análise prévia sobre a possibilidade jurídica ou não na realização do fato gerador do IRPJ, que é objeto da referida medida provisória. 6. Repercussão geral reconhecida, nos termos do artigo 543-A do Código de Processo Civil.



colocam o Brasil como o oitavo maior sistema de previdência complementar do mundo em termos absolutos (ativo total). ”¹⁵

Muito embora, a receita auferida pelas entidades fechadas de previdência complementar, em razão do gerenciamento dos planos de benefícios, dê-se na casa de vultuosos valores, a sua finalidade não lucrativa impede qualquer distribuição de renda. Na verdade, os valores serão repassados para os participantes na expectativa de que a longo prazo poderão complementar sua aposentadoria concedida pelo Estado.

Quando se afasta a natureza assistencial das EFPC e, por consequência, a imunidade tributária proveniente da referida característica, o que se está a fazer é onerar ainda mais o trabalhador, que terá o seu benefício previdenciário diminuído ante a incidência dos impostos. A penalização do trabalhador, aliás, será dupla porque já arca com o fato do Estado estar limitado a lhe dar um benefício justo quando se aposentar.

Deste modo, mesmo que a jurisprudência acerca da qualificação dos fundos de pensão como entidades dotadas de cunho assistencial, um novo posicionamento, calcado em novas premissas, é medida que urge.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Constituição Federal**, 1988. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.
Acesso em: 27/11/15.

BRASIL. **Lei nº 6.435**, de 15 de julho de 1977. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6435.htm>. Acesso em: 27/11/2015.

BRASIL. **Lei Complementar nº 109**, de 29 de maio de 2001. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp109.htm>. Acesso em: 27/11/15.

¹⁵ Disponível em:< <http://www.previc.gov.br/a-previdencia-complementar-fechada/sobre-o-setor-1>>. Acesso em: 27/11/2015.



CEZNE, Andrea Nárriman, Reflexões sobre entidades de assistência social e entidades fechadas de previdência privada. **Revista Eletrônica de Contabilidade, Curso de Ciências Contábeis UFSM**, Volume I. Set-Nov/2004.

GRAZZIOLI, Airton. **Fundações Privadas: doutrina e prática**, 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

IAMAMOTO, M. V; Carvalho, R. **Relações Sociais e Serviço Social no Brasil: esboço de uma interpretação histórico-metodológica**. 34. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

IBRAHIM, Fabio Zambite. **Curso de direito previdenciário**. 12. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

MARTINS, Ives Gandra. Imunidade de Instituições sem Fins Lucrativos Dedicadas à Previdência e Assistência Social. In: **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, 2003.

NUNES, Antonio Jose Avelãs. **O Estado Capitalista e as suas máscaras**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2013.

PAES, José Eduardo Sabo. **Fundações, associações e entidades de interesse social: aspectos jurídicos, administrativos, contábeis, trabalhistas e tributários**, 8. ed, Rio de Janeiro: Forense, 2013.

WEINTRAUB, Arthur Bragança de Vasconcellos. **Previdência Privada - Doutrina e Jurisprudência**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

