

## **SACHA CALMON NAVARRO COELHO**

### **FUNDOS DE PENSÃO E A CSLL**

#### **AS ENTIDADES FECHADAS DE PREVIDÊNCIA PRIVADA SÃO PROIBIDAS POR LEI DE PERSEGUIR LUCROS.**

Rezava a Lei nº 6.435/77, que foi recepcionada pela Carta de 1988 com *status* de lei complementar (CF, art. 202, *caput*)’.

*“Art. 1º. Entidades de previdência privada, para os efeitos da presente Lei, são as que têm por objetivo instituir planos privados de concessão de pecúlios ou de rendas, de benefícios complementares ou assemelhados aos da previdência social, mediante contribuição de seus participantes, dos respectivos empregadores ou de ambos.*

(...)  
*Art. 2º. A constituição, organização e funcionamento de entidades de previdência privada dependem de prévia autorização do Governo Federal, ficando subordinadas às disposições da presente Lei.*

(...)  
*Art. 4º. Para os efeitos da presente Lei, as entidades de previdência privada são classificadas:  
I - De acordo com a relação entre a entidade e os participantes dos planos de benefícios em:*

a) *fechadas, quando acessíveis exclusivamente aos empregados de uma só empresa ou de um grupo de empresas, as quais, para os efeitos desta Lei, serão denominadas patrocinadores;*

b) *abertas, as demais.*

*II - De acordo com seus objetivos, em:*

a) *entidades de fins lucrativos;*

b) *entidades sem fins lucrativos.*

**§ 1º. As entidades fechadas não poderão ter fins lucrativos.**

(...)

*Art. 5º. As entidades de previdência privada serão organizadas como:*

*I — sociedades anônimas, quando tiverem fins lucrativos;*

***II - sociedades civis ou fundações, quando sem fins lucrativos.***

(••)

*Art. 34. As entidades fechadas consideram-se complementares do sistema oficial de previdência e assistência social, enquadrando-se suas atividades na área de competência do Ministério da Previdência e Assistência Social.*

A proibição de finalidade lucrativa para os fundos de pensão e as demais características das entidades fechadas e abertas (lucrativas) de previdência privada foram mantidas pela Lei Complementar nº 109/2001, que sucedeu a Lei nº 6.435/77. É ver:

*“Art. 12. Os planos de benefícios de entidades fechadas poderão ser instituídos por patrocinadores e*

*instituidores, observado o disposto no art. 31 desta Lei Complementar.*

**(••)**

*Art. 31. As entidades fechadas são aquelas acessíveis, na forma regulamentada pelo órgão regulador e fiscalizador, exclusivamente:*

*I - aos empregados de uma empresa ou grupo de empresas e aos servidores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, entes denominados patrocinadores; e*

*II - aos associados ou membros de pessoas jurídicas de caráter profissional, classista ou setorial, denominadas instituidores.*

**§ 1º. As entidades fechadas organizar-se-ão sob a forma de fundação ou sociedade civil, sem fins lucrativos.**

**(...)**

*Art. 32. As entidades fechadas têm como objeto a administração e execução de planos de benefícios de natureza previdenciária.*

*Parágrafo único. E vedada às entidades fechadas a prestação de quaisquer serviços que não estejam no âmbito de seu objeto, observado o disposto no art. 76.*

*Art. 33. Dependem de prévia e expressa autorização do órgão regulador e fiscalizador:*

*1 - a constituição e o funcionamento da entidade fechada, bem como a aplicação dos respectivos estatutos, dos regulamentos dos planos de benefícios e suas alterações.*

(...)

*Art. 36. As entidades abertas são constituídas unicamente sob a forma de sociedades anônimas e têm por objetivo instituir e operar planos de benefícios de caráter previdenciário concedidos em forma de renda continuada ou pagamento único, acessíveis a quaisquer pessoas físicas.*

(...)

*Art. 38. Dependerão de prévia e expressa aprovação do órgão fiscalizador:*

*I - a constituição e o funcionamento das entidades abertas, bem como as disposições de seus estatutos e as respectivas alterações.*

(-)

*Art. 79. Revogam-se as Leis n° 6.435, de 15 de julho de 1977, e n° 6.462, de 9 de novembro de 1977. ”*

Eis as características marcantes e diferenciais das entidades fechadas de previdência privada, segundo a legislação aplicável: **a)** não obtêm lucros, nem podem obter, por expressa disposição legal; **b)** organizam-se como fundações ou sociedades civis, sem fins lucrativos, ao contrário das entidades abertas de previdência privada, empresas mercantis que almejam lucros, apropriáveis pelos titulares de suas ações, e que devem corporificar-se sempre como sociedades anônimas; **c)** enquanto os fundos de pensão fechados são regulados e fiscalizados pelo Ministério da Previdência e da Assistência Social, por intermédio da Secretaria de Previdência Complementar (SPC), as entidades de previdência abertas, que visam ao lucro (seguradoras), sujeitam-se à regulação e fiscalização da

Superintendência de Seguros Privados (SUSEP); d) sendo proibidos de gerar lucros, os fundos de pensão fechados seguem os planos contábeis e as normas impostas pelo Ministério da Previdência e Assistência Social, enquanto as entidades abertas, lucrativas, seguem os planos contábeis e as normas comerciais aplicáveis às sociedades seguradoras em geral.

Assim é que a natureza peculiar dos fundos de pensão - são *non profits* - afasta totalmente o regime das leis mercantis e financeiras, aplicáveis às entidades de fins lucrativos (abertas). A Lei Complementar n.º 109/2001 deixa claramente definido, em seu art. 73, que “*as entidades abertas serão reguladas também, no que couber, pela legislação aplicável às sociedades seguradoras*”. Quanto ao órgão regulador e fiscalizador, a lei complementar citada consagra a seguinte diferenciação:

*“Art. 74. Até que seja publicada a lei de que trata o art. 5º desta Lei Complementar, as funções do órgão regulador e do órgão fiscalizador serão exercidas pelo Ministério da Previdência e Assistência Social, por intermédio, respectivamente, do Conselho de Gestão e Previdência Complementar (CGPC) e da Secretaria de Previdência Complementar (SPC), relativamente às entidades fechadas, e pelo Ministério da Fazenda, por intermédio do Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP) e da Superintendência de Seguros Privados (SUSEP) em relação, respectivamente, à regulação e fiscalização das entidades abertas. ”*

Por estarem legalmente proibidas de ter lucro, as associadas da ABRAPP submetem-se a regime contábil particular, em que

evidentemente não se cogita de lucros ou prejuízos, mas sim de *superavits* (não distribuíveis e necessariamente reversíveis à melhoria dos planos de benefícios ou à redução das contribuições da patrocinadora e dos beneficiários) e *déficits* (que têm de ser imediatamente e solidariamente equacionados por uma e outros, a bem da sobrevivência da entidade). Nesse sentido, a Lei n° 6.435/77, hoje revogada, dispunha:

*“Art. 46. Nas entidades fechadas, o resultado do exercício, satisfeitas todas as exigências legais e regulamentares no que se refere aos benefícios, será destinado: à constituição de uma reserva de contingência de benefícios até o limite de 25% (vinte e cinco por cento) do valor da reserva matemática; e, havendo sobra, ao reajustamento de benefícios acima dos valores estipulados nos §§ 1º e 2º do artigo 42, liberando, se for o caso, parcial ou totalmente as patrocinadoras do compromisso previsto no § 3º do mesmo artigo. ”*

A sistemática foi mantida e mesmo aperfeiçoada pela Lei Complementar n° 109/2001, que ostenta a seguinte redação:

*“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 da 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 de recursos equivalentes ao déficit previsto no caput deste artigo, em consequência 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. ”*

Constata-se facilmente que as leis de regência (*com hierarquia de leis complementares*, à luz do art. 202 da Constituição Federal), sempre caracterizaram e continuam a caracterizar as associadas da Impetrante como entidades de previdência juridicamente impedidas de gerar lucros. *Superávit* - se houver - serão absorvidos pelos benefícios ou serão reduzidas as contribuições dos participantes. Desse modo, não têm tais entidades disponibilidade econômica ou capacidade para pagar tributos sobre a renda ou lucro. A rigor, inexistem mesmo, por empecilho legal, possibilidade formal e material de as entidades fechadas de previdência gerarem renda - no sentido de lucro. *Ad impossibilia nemo tenetur*.

## **O PECULIAR SISTEMA CONTÁBIL DOS FUNDOS DE PENSÃO FECHADOS.**

A diferença entre os regimes contábeis das empresas com finalidade de lucro (tais as entidades abertas de previdência complementar) e dos fundos de pensão fechados é explicitada por SÉRGIO LUIZ MACHADO, em parecer publicado no ano de 1995 pela ABRAPP:



*“Para uma empresa comercial, industrial ou de prestação de serviços, seus resultados são apurados da seguinte forma:*

*(+) Receita de venda de bens e serviços = Receita operacional*

*(-) Imposto incidentes sobre a receita operacional = deduções da receita operacional*

***(=) Receita líquida operacional.***

*(-) Custo da venda dos produtos e serviços vendidos = custo da receita líquida operacional*

***(=) Lucro bruto operacional.***

*(-) Despesas Operacionais = despesas administrativas, vendas financeiras, outras despesas, indis., etc.*

***(=) Lucro líquido operacional.***

*(-) Imposto de Renda Pessoas Jurídicas, dividendos*

***(=) Lucro líquido do exercício.***

*Observação: o lucro líquido do exercício será incorporado ao patrimônio líquido da empresa, como lucro acumulado, só podendo ocorrer após autorização dos sócios ou acionistas, efetuando-se assim uma alteração no contrato social ou assembléia geral que autorize o aumento do capital social, quando tratar-se de uma sociedade anônima.*

*Para as entidades fechadas de previdência privada, a formação do resultado ocorre de uma forma bastante diferente, pois, apesar de a contabilidade registrar as contribuições como receitas e os benefícios como despesas, esses valores são anulados no demonstrativo*

*de resultado pelos cálculos atuariais e incorporados diretamente nas rubricas do patrimônio líquido como benefícios concedidos, benefícios a conceder e reservas a amortizar. O superávit de um fundo de previdência, ou seja, a receita que excede a despesa, trata-se apenas da remuneração dos capitais aplicados, ou seja, o superávit é o resultado dos rendimentos econômicos e financeiros dos capitais aplicados no ativo, menos a amortização da dívida, que são as reservas matemáticas.*

*Poderíamos dizer, de um modo mais simplista, que o balanço de um Fundo de Previdência é constituído somente de contas ativa e passiva, não existindo, assim, resultados operacionais, receita operacional, receita líquida, lucro operacional, lucro líquido, lucro bruto, etc., pois os recursos líquidos do mês são canalizados para: pagamento dos benefícios já concedidos e aplicação em novos investimentos, além de reinvestir os recursos já existentes. Não podemos, também, confundir os aspectos de operacionalidade de um fundo de previdência com os aspectos de manutenção. A operacionalização seria o objetivo principal da entidade, e a manutenção seriam os custos necessários para a funcionalidade da entidade: despesas com salários, encargos sociais, treinamento, água, energia elétrica, telefone, telex, serviços de terceiros, etc., os quais são mantidos com a verba destinada pelo custeio do plano atuarial, e limitado a 15% da receita previdenciária. ”*

De forma nenhuma, dos pontos de vista contábil ou jurídico, *superávit* e *déficit* equivalem a lucro e prejuízo. Tal equiparação constituiria verdadeira ficção, que apenas a lei tributária complementar poderia fazer **(lei complementar, diga-se de passagem, pois se estaria instituindo contribuição social nova, sobre realidade que não é lucro - CF, art. 195,1, c e seu § 4º)**.

Com efeito, na lição segura de HILÁRIO FRANCO (*Contabilidade Geral*, São Paulo, Atlas, 1997, 23ª ed. pp. 48 a 55), são estas as diferenças mais essenciais entre os critérios e as classificações contábeis próprios das instituições sem fins lucrativos e daquelas de natureza comercial, voltadas ao lucro:

**a)** como o exercício da atividade econômico-financeira não é um fim em si nas entidades sem fins lucrativos, mas apenas um meio de atingir seus objetivos, a aquisição de bens, nelas, é considerada despesa (do ponto de vista financeiro), enquanto que na empresa comercial a compra de um bem configura investimento, que passa a integrar seu patrimônio;

**b)** ao contrário das empresas comerciais, em que as aplicações em componentes patrimoniais e no custo da produção de bens e serviços são feitas de acordo com os recursos de que dispõem, decorrentes de seu capital e do que recebem pela *recuperação do custo (receitas)*, as entidades sem fins lucrativos fixam primeiro as despesas, para depois recorrerem às fontes de receita, fixando a contribuição necessária. Tais entidades não objetivam resultado econômico favorável ou desfavorável, mas o *equilíbrio financeiro* entre receita e despesa.

**c)** a receita das entidades de assistência previdenciária não é coincidente com o volume das contribuições recebidas de seus

segurados e assistidos, pois a tais entradas há imediata correspondência no passivo, com o compromisso de sua devolução e/ou prestação de benefícios correspondentes. A receita não é, pois, efetiva, apenas fornecendo os meios necessários à realização dos fins da entidade, contribuindo para aquele equilíbrio, assim como as mutações patrimoniais, que são alienações de bens;

**d)** nas empresas comerciais, a despesa depende dos custos, da receita esperada, e a obtenção do lucro é a diferença entre o custo e sua recuperação, mas nas entidades sem fins lucrativos, toda saída em dinheiro configura despesa, seja para obtenção de seus fins, seja para aplicação em bens patrimoniais, seja para pagamentos de serviços e bens de consumo. Naquelas hipóteses em que a despesa é efetiva (não sendo, v.g., aquisição de bem patrimonial), haverá *déficit*, pois tal despesa efetiva contribuiu negativamente para o equilíbrio financeiro;

**e)** a entidade sem fins lucrativos deverá sempre estar em equilíbrio financeiro. A rigor, o *superávit*, se elevado, deverá ser reduzido para não sacrificar os contribuintes, pois sua atividade resume-se à obtenção de meios (receita) para aquisição de bens e serviços (despesa) destinados à obtenção de seus fins.

A Secretaria da Receita Federal não ignora as peculiaridades do setor e apesar disso, contraditoriamente, tem autuado as entidades fechadas de previdência privada por não-pagamento da contribuição social **sobre o lucro líquido**. Prova disso é o relatório que instrui a autuação lavrada contra a Fundação Sistel de Seguridade Social, relativamente aos anos-calendários de 1995 a 2001, **no valor de mais de um bilhão de reais** (doc. n° 06), que se dá transcrito:

*“As entidades de previdência privada fechada adotam um sistema contábil peculiar. Por força da legislação a elas aplicável, seguem uma planificação contábil padrão aprovada pela Secretaria de Previdência Complementar (SPC) do MPAS. Consoante esse sistema de informações contábeis, os lançamentos são registrados em quatro programas, assim descritos:*

*Programa previdencial: registra os atos e fatos referentes aos planos de benefícios previdencial. São receitas desse programa as contribuições do patrocinador, dos patrocinados e outras específicas do programa. Parte desta receita é destinada à formação da chamada reserva técnica e a outra parte é destinada à manutenção da fundação. Após o registro da receita neste programa, pela totalidade das contribuições recebidas, é feita a transferência para o Programa Administrativo dos recursos destinados à manutenção da entidade. A conta 3.1.0.0.00.00 é a agregação de todas as contas de receitas do programa previdencial.*

*Programa assistencial: registra os atos e fatos referentes ao plano assistencial. Entre outras, são registradas aqui as despesas com ajuda medida, dentária e outras prestadas aos ativos e aposentados. A conta 4.1.0.0.00.00 é a agregação de todas as contas de receitas do programa assistencial.*

*Programa administrativo: registra os atos e fatos referentes à administração da fundação, tais como pagamento dos empregados, despesas administrativas,*

*encargos, etc. A receita deste programa normalmente se refere à prestação de serviços de convênios, administração de seguros, taxa de administração de empréstimos e outras. A conta 5.1.0.0.00.00 é a agregação de todas as contas de receitas do programa administrativo.*

*Programa de investimentos: este programa recebe recursos dos outros três programas, através de transferências interprogramas, e os destina às aplicações financeiras. Num momento futuro estes recursos e os possíveis ganhos advindos das aplicações efetuadas são repassados aos programas de origem. As receitas do programa são os ganhos obtidos nas referidas aplicações. A conta 6.1.0.0.00.00 é a agregação de todas as contas de receitas do programa de investimentos.*

*Nas Demonstrações Financeiras de Resultados dos Exercícios (DRE), as EFPPs apuram superávit ou déficit técnico, no Programa Previdencial, e formação/reversão de fundos nos demais programas, conforme exposto no esquema a seguir:*

### ***I - PROGRAMA PREVIDENCIAL***

#### ***Receitas Correntes:***

*Patrocinadoras*

*Participantes*

*Remuneração das contribuições em atraso*

*Eventuais*

#### ***Despesas:***

*Benefícios de renda continuada*  
*Aposentadorias, pensões, auxílios, outros benefícios*  
*de pagamento único*  
*Transferências interprogramas*  
*Créditos (Programa Administrativo e de*  
*Investimentos)*  
*Débitos (Programa Administrativo e de*  
*Investimentos)*  
*Constituições líquidas - Reservas Matemáticas*  
*Destinação do Resultado do Exercício*  
*Formação de superávit técnico ou de déficit*  
*técnico.*<sup>99</sup>

Como se nota facilmente, as entidades fechadas de previdência privada registram suas contas e as apuram de acordo com um plano misto de atuação tanto **previdenciária** quanto **assistencial**. O programa de investimentos é tão somente um instrumento necessário (já que as entidades se financiam por meio de capitalização), que alimenta os seus objetivos centrais e forma fundos (ou os reverte). Nenhum programa gera lucros. O Programa Previdencial desencadeia apenas *superávits técnicos* (ou *déficits*). Os demais apenas formam ou revertem fundos.

As entidades de previdência abertas, que visam ao lucro (seguradoras) sujeitam-se à fiscalização da Superintendência de Seguros Privados (SUSEP) e a um Plano de Contas radicalmente diferente. Primeiro porque não cumprem um Programa Assistencial (diferente do Previdencial); depois porque se organizam como sociedades por ações e apuram seus resultados segundo as leis comerciais, com demonstração de lucros e prejuízos acumulados,

sendo-lhes permitido distribuir os primeiros entre os seus sócios (em anexo, a Circular SUSEP 142/2000, que contém o Plano de Contas das Sociedades Seguradoras, Resseguradoras, de Capitalização e Entidades Abertas de Previdência Social; doc. n° 07).

Em resumo, nos fundos fechados, todas as contribuições dos segurados, dos patrocinadores, bem como as receitas derivadas da aplicação desses recursos em imóveis, participações acionárias e negociais, mercados acionários e de futuros ou em títulos públicos e privados, são direcionados a duas finalidades: (a) à constituição de provisões e reservas; e (b) ao pagamento de benefícios.

Não há lucro tributável. Não há disponibilidade econômica. Não há capacidade econômica. Na mesma linha o anexo parecer do Dr. RIO NOGUEIRA, MIBA 166, presidente da Serviços Técnicos de Estatística e Atuária Stea Ltda (doc. n° 08).

**Inexistência de lei instituidora: a Lei n° 7.689/88, único substrato normativo da CSLL, é inaplicável às entidades fechadas de previdência privada.**

O art. 195 da Constituição Federal (tanto em sua redação antiga como na atual, posterior à EC n° 20/98) apenas autoriza a União a instituir contribuição sobre o lucro das pessoas jurídicas.

No exercício dessa competência, foi editada a Lei n° 7.689/88, dispondo:

*“Art. 1º. Fica instituída contribuição social sobre o **lucro** das pessoas jurídicas, destinada ao financiamento da seguridade social.*

*Art. 2º. A base de cálculo da contribuição é o valor do resultado do exercício, antes da provisão para o Imposto sobre a Renda.*



§ 1º. Para efeito do disposto neste artigo:

(...)

c) o resultado do período-base, apurado com observância da legislação comercial, será ajustado pela:

(...)

3) adição do valor das provisões não dedutíveis da determinação do lucro real, exceto a provisão para o Imposto de Renda. ”

Como se vê, a Lei nº 7.689/88 faz incidir a contribuição sobre o resultado do período-base, **apurado com observância da lei comercial**. Mas, por proibição da Lei Complementar nº 109/2001, **a lei comercial não rege, nem pode reger, as entidades fechadas de previdência privada, que são proibidas de gerar lucros ou de assumir a forma de sociedades mercantis**.

Como se constata ainda, tomou a lei ordinária o termo *lucro*, empregado pela Constituição para a atribuição da competência tributária, em sua acepção clássica, própria do Direito Comercial. E nem poderia ser diferente, em face do que dispõe o art. 110 do Código Tributário Nacional, a saber:

*“Art. 110. A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal (...), para definir ou limitar competências tributárias.*

Ao definir como base de cálculo da contribuição o *resultado do exercício*, não está o art. 2º da lei a permitir que aquela incida

sobre grandezas diversas do *lucro*. Uma porque este é o fato gerador da exação (art. 1º) e não há cogitar-se de base de cálculo onde não se verificou o fato gerador. A duas porque o *resultado do exercício*, na legislação do Imposto de Renda e na Lei das Sociedades Anônimas, é gênero que se subdivide em *lucro* ou *prejuízo* (o que é confirmado pelo próprio art. 2º, em seu § 1º, alínea *c* e item 3, ao dispor que o resultado será apurado com base na lei comercial e ao fazer menção ao *lucro real*).

Ora, se as entidades fechadas de previdência privada são proibidas por lei de ter lucros, como se viu acima, é claro que não realizam o fato gerador da CSLL, não podendo ser obrigadas ao seu pagamento.

A conclusão não se altera diante da referência feita pelo art. 13,1, da Lei nº 9.249/95 às entidades de previdência privada. Veja o dispositivo:

*“Art. 13. Para efeito da apuração do lucro real e da base de cálculo da Contribuição Social Sobre o **Lucro Líquido**, são vedadas as seguintes deduções independentemente do disposto no art. 47 da Lei 4.506, de 30 de novembro de 1964:*

*1 - de qualquer provisão, exceto as constituídas para o pagamento de férias de empregados e de décimo terceiro salário, de que trata o art. 43 da Lei nº. 8981, de 20 de janeiro de 1995, com as alterações da Lei nº. 9.065, de 20 de junho de 1995, e as provisões técnicas das companhias de seguros e de capitalização, bem como das entidades de previdência privada, cuja constituição é exigida pela legislação especial a elas aplicável;*

Ao reafirmar que a base de cálculo da CSLL é o lucro líquido, o *caput* do dispositivo afasta, de saída, qualquer possibilidade de remissão às entidades fechadas de previdência privada, legalmente proibidas de persegui-lo. Dessarte, é evidente que o inciso I refere-se apenas às entidades abertas, únicas legitimadas a buscar lucros. Não se trata de o intérprete distinguir onde o legislador não distinguiu. Trata-se apenas de interpretação correta ou incorreta, considerando-se a totalidade do sistema jurídico.

Tampouco se altera a conclusão pela falta de lei instituidora em face da Emenda Constitucional de Revisão nº 1/94, e das Emendas Constitucionais nº 10/96 e 17/97, que sucessivamente a alteraram. Confira-se o texto do art. 72 que as aludidas emendas introduziram e mantiveram no ADCT, em sua última redação:

*“Art. 72, Integram o Fundo Social de Emergência:*

*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 § 1º do art. 22 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, a qual, nos exercícios financeiros de 1994 e 1995, bem assim no período de 1º de janeiro de 1996 a 30 de junho de 1997, passa a ser de trinta por cento, sujeita a alteração por lei ordinária, mantidas as demais normas da Lei nº 7.689, de 15 de dezembro de 1988. ”*

Entre as pessoas a que se refere o § 1º do art. 22 da Lei nº 8.212/91, que cuida das contribuições sociais sobre a folha de pagamentos e para o SAT, figuram as entidades fechadas de

previdência complementar, ao lado de muitas outras (bancos comerciais, bancos de investimentos, bancos de desenvolvimento, caixas econômicas, sociedades de crédito, financiamento e investimento, sociedades de crédito imobiliário, sociedades corretoras, distribuidoras de títulos e valores mobiliários, empresas de arrendamento mercantil, cooperativas de crédito, empresas de seguros privados e de capitalização, agentes autônomos de seguros privados e de crédito e entidades abertas de previdência privada), todas contribuintes da CSLL.

E evidente que a majoração da alíquota da CSLL só atinge quem já era contribuinte dela. Se o constituinte derivado, em lugar de listar todos os contribuintes que pretendia atingir com a emenda, optou por fazer remissão a lei infraconstitucional referente a matéria distinta daquela de que cuidava, foi por simples comodidade que o fez. Caso o dispositivo tomado de empréstimo se refira a pessoa que a emenda, pela lógica, não poderia contemplar (como *in casu*, sendo disparatado cogitar de aumento de alíquota para quem nunca foi contribuinte do tributo), a menção há de ser desconsiderada, em nome da coerência que deve presidir os atos legislativos.

Interpretação diversa importa em assumir que os fundos de pensão são instituições financeiras reguladas pela Lei nº 4.595/64, o que é rematado absurdo, eis que a sua natureza não-financeira (e não-lucrativa) decorre da lei, e que a sua lei de regência não é nem nunca foi a de nº 4.595/64, mas a Lei Complementar nº 109/2001 (e, no passado, a Lei nº 6.435/77).

O máximo que se poderia admitir - e ainda assim em uma interpretação forçada - é que as mencionadas emendas constitucionais, ao se referirem de forma indireta às entidades

fechadas de previdência complementar, teriam atribuído à União competência para tributá-las por meio da CSLL, tendo reformado, no particular, o art. 195 da Carta Magna, que antes permitia apenas a oneração do lucro.

Para que tal competência revertesse em possibilidade de cobrança da contribuição por parte da União Federal, contudo, far-se-ia indispensável a edição de lei que a implementasse, alterando a redação da Lei nº 7.689/88 para nela expressamente incluir como contribuintes as entidades fechadas de previdência privada. E essa lei nunca foi editada, donde se conclui ser ilegítima a pretensão fiscal ora combatida, à luz dos arts. 150,1, da Constituição e 97 do CTN.

Antes da edição dessa lei, a tributação só poderia decorrer de analogia, a qual é expressamente vedada pelo art. 108, § Iº, do CTN, sendo *in casu* inaplicável o parágrafo único de seu art. 116, por não se tratar de hipótese de planejamento fiscal.

### **O Ato Declaratório Normativo CST nº 17/90.**

Corroborando toda a argumentação acima desenvolvida, e demonstrando que nem a Secretaria da Receita Federal, apesar das autuações que lavrou, entende ser devida a CSLL sobre os *superávits* dos fundos de pensão - proibidos por lei de ter lucros e obrigados a organizar-se sob a forma de associações ou fundações, conforme demonstrado no item 3.1 supra - o texto expresso do Ato Declaratório Normativo CST nº 17, de 30.11.90, redigido nos seguintes termos:

*“O Coordenador do Sistema de Tributação, no uso das atribuições que lhe confere o item II da Instrução Normativa do SRF nº 034, de 18 de setembro de 1974, e tendo em vista as normas de incidência da*

*contribuição social instituída pela Lei nº 7.689, de 15 de dezembro de 1988,*

*Declara, em caráter normativo, às Superintendências Regionais da Receita Federal e demais interessados que a contribuição social não será devida pelas pessoas jurídicas que desenvolvam atividades sem fins lucrativos, tais como as fundações, associações e sindicatos.*

*Sandro Martins Silva ” (grifo nosso)*

Diante da clareza do texto, e de sua fonte, nada resta a acrescentar.