

FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS
ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO

CHRISTIANO DOS SANTOS ANDREATA

**O IMPOSTO SOBRE TRANSMISSÃO *CAUSA MORTIS E DOAÇÃO* (ITCMD) E OS
PLANOS DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR:
INCIDÊNCIA, REQUISITOS LEGAIS PARA COBRANÇA E MÉTODO PARA EFETIVA
ARRECADAÇÃO**

SÃO PAULO

2021

CHRISTIANO DOS SANTOS ANDREATA

**O IMPOSTO SOBRE TRANSMISSÃO *CAUSA MORTIS E DOAÇÃO* (ITCMD) E OS
PLANOS DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR:
INCIDÊNCIA, REQUISITOS LEGAIS PARA COBRANÇA E MÉTODO PARA EFETIVA
ARRECADAÇÃO**

Dissertação apresentada à Escola de Direito de
São Paulo da Fundação Getulio Vargas como
requisito para obtenção do título de Mestre em
Direito.

Área de concentração: Direito Tributário

Orientador: Prof. Dr. Flávio Rubinstein

SÃO PAULO

2021

Andreato, Christiano dos Santos.

O Imposto Sobre Transmissão Causa Mortis e Doação (ITCMD) e os planos de previdência complementar: incidência, requisitos legais para cobrança e método para efetiva arrecadação / Christiano dos Santos Andreato. - 2021.

176 f.

Orientador: Flávio Rubinstein.

Dissertação (mestrado profissional) - Fundação Getulio Vargas, Escola de Direito de São Paulo.

1. Imposto sobre transmissão causa mortis e doação. 2. Previdência privada. 3. Seguro de vida. 4. Responsabilidade fiscal. I. Rubinstein, Flávio. II. Dissertação (mestrado profissional) - Escola de Direito de São Paulo. III. Fundação Getulio Vargas. IV. Título.

CDU 34::336.245

CHRISTIANO DOS SANTOS ANDREATA

**O IMPOSTO SOBRE TRANSMISSÃO CAUSA MORTIS E DOAÇÃO (ITCMD) E OS
PLANOS DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR:
INCIDÊNCIA, REQUISITOS LEGAIS PARA COBRANÇA E MÉTODO PARA EFETIVA
ARRECADAÇÃO**

Dissertação apresentada à Escola de Direito de
São Paulo da Fundação Getúlio Vargas como
requisito para obtenção do título de Mestre em
Direito.

Área de concentração: Direito Tributário

Orientador: Prof. Dr. Flávio Rubinstein

Data de aprovação: ____/____/____.

Banca Examinadora:

Orientador(a) Prof. Dr. Flávio Rubinstein
FGV Direito SP

Prof. Dr. Leonel Cesarino Pessôa
FGV Direito SP

Profa. Dra. Fernanda Mara de Oliveira
Macedo Carneiro Pacobahyba
Secretaria da Fazenda do Estado do Ceará

Prof. Dr. Pedro Guilherme Gonçalves de Souza
SABZ Advogados

*À Michelli, Marina e Cecília.
Que, mesmo diante da minha constante ausência e,
inúmeras vezes, do meu cansaço e impaciência,
permaneceram firmes ao meu lado, acreditando,
incentivando, renunciando e, sempre que puderam (e eu deixei),
me destinando todo o carinho que se pode ter.
Essa conquista é de vocês também!
Espero ser digno de tudo que fazem por mim.
Muito obrigado!*

AGRADECIMENTO

“A gratidão é a base de todo nobre sentimento”. Um ensinamento que jamais esquecerei.

Agradeço, primeiramente, à minha mãe Sueli e ao meu pai Alvimar, que, acredito, inconscientemente, me ensinaram a não temer o caminhar distante da multidão. De novo e sempre, vou eu andando por caminhos pelos quais muitos acreditavam que eu não pudesse passar.

Agradeço, especialmente, ao Professor Doutor Mário Engler Pinto Júnior, que, num momento em que víamos o mestrado em direito tributário como um sonho muito distante, nos abriu as portas desta maravilhosa instituição, da qual pretendo nunca me desligar. Sem o seu apoio, professor, nada disso aconteceria. A você, a minha eterna gratidão!

Agradeço ao meu orientador, Professor Doutor Flávio Rubinstein. Competente, atencioso, dedicado e generoso. Agora entendo por que és uma unanimidade entre os alunos. Como é bom seguir acompanhado de pessoas do bem!

Agradeço a todos professores deste mestrado, o que faço nas pessoas dos Professores Doutores Leonel Pessôa, Paulo Conrado e Roberto Caparroz, que se tornaram para mim exemplos de excelência técnica e de humildade, cujos ensinamentos renovaram a nossa crença de que o direito, como pilar do Estado Democrático, é a mais poderosa ferramenta para promoção do desenvolvimento humano. Muito obrigado!

Agradeço, também, à Doutora Maria Teresa Lima Lana Esteves, Procuradora do Estado de Minas Gerais, que, com extrema consideração, prestou valiosas contribuições para o desfecho deste trabalho.

Por fim, agradeço aos colegas da turma de direito tributário, Alex, Angélica, Breno, Clarice, Eduardo, Kalil, Marcelo, Pedro, Rodrigo e Stael. Com toda a sinceridade, se eu pudesse ter escolhido os componentes desse time, não superaria a maestria com que agiu o acaso! Meu muito obrigado a vocês! Saibam que têm aqui um amigo para toda hora!

RESUMO

O óbito do participante ou do assistido de um plano de previdência complementar estruturado sob o regime financeiro de capitalização pode importar na ocorrência da transmissão de bens/direitos, independentemente da qualificação dada à entidade que o opera, seja ela aberta ou fechada, ou, ainda, uma companhia seguradora. Sendo possível ocorrer a transmissão *causa mortis*, consequentemente, haverá a possibilidade de incidência do Imposto sobre Transmissão *Causa Mortis* e Doação de quaisquer bens e direitos – ITCMD.

Diante disso, a referida transmissão se apresenta como promissora fonte de receita para os estados da Federação brasileira, não só porque, a par de já ser extremamente relevante, o montante patrimonial acumulado junto aos planos de previdência privada tende à expansão, mas também porque já se dispõe de método de controle fiscal apto a efetivar a arrecadação do tributo com grande eficiência e baixíssimo custo, baseado no deslocamento da responsabilidade tributária para as entidades de previdência complementar. Todavia, para a fruição dessa base arrecadatória, os estados precisam estruturar adequadamente a respectiva legislação tributária. Nesse contexto, a utilização da modalidade previdenciária como instrumento de planejamento sucessório/tributário com vistas a elidir o pagamento do ITCMD merece toda a atenção, vez que pode colocar os sucessores em rota de colisão com o fisco.

Para produzir tais afirmações, este trabalho promove uma análise profunda de todo arcabouço normativo dos planos de previdência complementar, partindo-se da Constituição de 1988 até as normas dos entes reguladores e fiscalizadores, tudo com o intuito de identificar os elementos do instituto com a maior precisão possível, evitando-se a utilização de conceitos extraídos a partir de uma visão superficial do tema, sejam eles doutrinários ou jurisprudenciais.

Palavras-chave: Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doação; Previdência Complementar; Previdência Privada; Cobertura por Sobrevivência; Seguro de Vida; Responsabilidade Tributária das Entidades de Previdência Complementar.

ABSTRACT

The death of the participant or the beneficiary of a complementary pension plan structured under the financial regime of capitalization may result in the transfer of assets / rights, regardless of the qualification given to the entity that operates it, whether publicly traded or not, or even to an insurance company. If it is possible to transfer *causa mortis*, consequently there will be the possibility of levying tax on Estate and Gift Tax. Therefore, the said transmission presents itself as a promising source of revenue for the states of the Brazilian Federation and also extremely relevant not only because the equity amount accumulated with the private pension plans tends to increase, but also because a method of tax control capable of carrying out tax collection with great efficiency and very low cost is available, based on the transfer of tax responsibility to supplementary pension entities. However, in order to benefit from this tax base, the states need to have their tax law properly structured. In this context, the use of the pension contribution as resource for estate/tax planning to avoid ITCMD payment deserves full attention. This is because it can put successors on a collision course with tax authorities. In order to give support to those assertions, this investigation promotes a thorough analysis of the entire regulatory framework of supplementary pension plans, from the 1988 Constitution to the rules of regulatory and supervisory agencies, aiming at identifying the elements of the doctrine in detail, avoiding the use of concepts drawn from a superficial view of the subject, whether based on doctrine or precedents.

Keywords: Estate and Gift Tax; Supplementary Pension; Private Pension; Guaranteed Survival Benefit; Life Insurance; Tax Responsibility of Supplementary Pension Entities.

ABREVIATURAS

ABRAPP	Associação Brasileira das Entidades Fechadas de Previdência Complementar
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
AGE/MG	Advocacia Geral do Estado de Minas Gerais
CC/2002	Código Civil de 2002
CF/1988	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CGPC	Conselho de Gestão da Previdência Complementar
CMN	Conselho Monetário Nacional
CNPC	Conselho Nacional de Previdência Complementar
CNSP	Conselho Nacional de Seguros Privados
CONFAZ	Comitê de Política Fazendária
COSIT	Coordenação-Geral de Tributação
Cotepe	Comissão Técnica Permanente
CPC	Código de Processo Civil
CTN	Código Tributário Nacional
DILIC	Diretoria de Licenciamento
DOLT	Diretoria de Orientação e Legislação Tributária
EAPC	Entidades Abertas de Previdência Complementar
EFPC	Entidade Fechada de Previdência Complementar
FAS n. 87	<i>Assumption for non-US defined benefit plans</i>
FASB	<i>Financial Accounting Standards Boards</i>
FenaPrevi	Federação Nacional de Previdência Privada e Vida
FENASEG	Federação Nacional das Empresas de Seguros Privados, de Capitalização e de Previdência Complementar Aberta
FIE	Fundo de Investimento Especialmente Constituído
GPD	<i>Gross Domestic Product</i> (Produto Interno Bruto)
GT	Grupo de Trabalho
IASC	<i>International Accounting Standards Committee</i>
ICMS	Imposto sobre Operações relativas a Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviço Interestadual e Intermunicipal de Transporte e Comunicação
ITCMD	Imposto sobre Transmissão <i>Causa Mortis</i> e Doação de quaisquer bens ou direitos

LC	Lei Complementar
OCDE	Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico
PAGP	Plano com Atualização Garantida e Performance
PEF	Provisão de Excedentes Financeiros
PGBL	Plano Gerador de Benefício Livre
PIB	Produto Interno Bruto
PMBAC	Provisão Matemática de Benefícios a Conceder
PREVIC	Superintendência Nacional de Previdência Complementar
PRGP	Plano com Remuneração Garantida e Performance
R\$	Real
RFB	Receita Federal do Brasil
S/A	Sociedade Anônima
SEF/MG	Secretaria de Estado de Fazenda de Minas Gerais
SIARE	Sistema Integrado de Administração da Receita Estadual
SPPC	Secretaria de Políticas de Previdência Complementar
ST	Substituição Tributária
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
SUSEP	Superintendência de Seguros Privados
SUTRI	Superintendência de Tributação
UFRJ	Universidade Federal do Rio de Janeiro
US\$	Dólar
VAGP	Vida com Atualização Garantida e Performance
VGBL	Vida Gerador de Benefícios Livre
VRGP	Vida com Remuneração Garantida e Performance

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	11
2	CONTEXTO DO ESTUDO DA RELAÇÃO ENTRE ITCMD E PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR	15
3	NATUREZA JURÍDICA DOS PLANOS DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR	24
3.1	Conceito, fases e estrutura regulatória	26
3.2	Regimes financeiros, modalidades de cobertura por sobrevivência e espécies de benefício	40
3.2.1	Os regimes financeiros	40
3.2.2	Modalidades de cobertura por sobrevivência	43
3.2.3	Coexistência entre cobertura por sobrevivência e coberturas de risco em um mesmo instrumento contratual	49
3.3	Adequada classificação dos planos de Previdência Complementar	56
3.4	Divisão entre planos de previdência e seguro de pessoas com cláusula de cobertura por sobrevivência: uma questão meramente tributária	75
3.5	Distinção entre previdência complementar e seguro	78
3.5.1	Fase de diferimento	85
3.5.2	Fase de benefício e possível feição securitária	87
4	INCIDÊNCIA DO IMPOSTO SOBRE TRANSMISSÃO <i>CAUSA MORTIS</i> E DOAÇÃO EM CASO DE ÓBITO DO TITULAR PARTICIPANTE OU DO TITULAR ASSISTIDO	96
4.1	ITCMD no direito positivo brasileiro	98
4.2	Transmissão <i>causa mortis</i> de bens e de direitos relacionados a planos de previdência complementar	100
4.2.1	Os elementos da obrigação tributária	107
4.2.1.1	Elemento material	107
4.2.1.2	Elemento quantitativo	115
4.2.1.3	Elemento temporal	120
4.2.1.4	Elemento subjetivo	121
4.3	Deslocamento da responsabilidade tributária como forma eficiente de controle fiscal e arrecadação do ITCMD	128
5	CONCLUSÕES	140
	REFERÊNCIAS	143
	APÊNDICE	153
	Demonstração contábil da diferença entre seguro e previdência complementar estruturada sob o regime financeiro de capitalização	
	GLOSSÁRIO	172

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho tratará da possibilidade de incidência do Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doação (ITCMD), pela ocorrência da transmissão de bens/direitos, em razão do óbito do participante ou do assistido de um plano de previdência complementar.

Para tanto, como ponto central, se demonstrará que os planos, quando estruturados sob o regime financeiro de capitalização, envolvem acumulação de patrimônio e que não podem ser considerados, *a priori*, uma forma de seguro.

Trabalhar a diferenciação entre a natureza securitária e a natureza de acumulação patrimonial de um contrato é fundamental para se qualificar aquilo que é deferido às pessoas sobreviventes, quando o respectivo titular vem a falecer, e, conseqüentemente, para se aferir a incidência tributária.

O núcleo da hipótese de incidência do ITCMD é a transmissão de bens ou direitos, logo, para a incidência do tributo, o que é recebido pelos sobreviventes em razão do óbito deve ter composto a esfera patrimonial do *de cujus* em vida.

Isso não ocorre em se tratando dos valores pagos aos beneficiários de um contrato de seguro, já que a indenização paga nunca compôs o patrimônio do *de cujus*, tendo em vista que ela surge somente após o falecimento do segurado, fato este denominado sinistro.

Ou seja, se os valores recebidos pelo beneficiário, ou herdeiro do titular do plano de previdência complementar tiverem natureza análoga à da indenização paga por força de um contrato de seguro de vida, não seria possível a incidência do ITCMD. Já, se esses valores corresponderem a um patrimônio acumulado pelo *de cujus*, o tributo poderá ser cobrado, caso a lei haja descrito a respectiva transmissão como fato gerador do imposto.

Sem descuidar do ponto central do debate sobre a possibilidade de incidência do imposto estadual, outras questões periféricas serão trazidas à discussão, tendo em vista que o texto considera tanto os argumentos contra a incidência do ITCMD aduzidos em juízo por entidades representativas do segmento econômico, razões estas que revelam a consolidação do que se vem apresentando na comunidade jurídica nesse mesmo sentido, quanto os argumentos formulados pelo fisco para a exigência do tributo, além dos entendimentos que vêm sendo exarados pelo Poder Judiciário em relação à matéria.

Além de demonstrar a possibilidade de incidência do imposto estadual, serão apresentados como se caracterizam os elementos da obrigação tributária e os requisitos legislativos necessários para se efetivar a cobrança de forma eficaz, não apenas no que se refere à correta descrição dos referidos elementos, mas também no que se refere à operacionalização

do controle fiscal, adotando-se como paradigma a evolução da legislação tributária do Estado de Minas Gerais.

No que toca a este último ponto, será apresentada a técnica de deslocamento da responsabilidade tributária implementada pelo referido estado, a qual foi concebida por este autor e desenvolvida junto à Subsecretaria da Receita Estadual, resultando em expressivo aumento de arrecadação, com baixíssimo custo para a Administração Pública.

Ante a possibilidade de cobrança do ITCMD e à existência de forma de controle fiscal implementada e eficaz, será demonstrada, pelo menos na unidade da federação em que se pratica a exação, a inviabilidade de se utilizar planos de previdência complementar como um instrumento de planejamento tributário com vistas a evitar o pagamento do ITCMD.

É muito importante frisar que a questão tem relevância que em muito supera o simples embate jurídico em torno de conceitos no campo hipotético, o que se deve, como se demonstrará, a três fatores: (i) Os recursos acumulados em planos de previdência privada são relevantíssimos e tendem à expansão, representando um gigantesco mercado; (ii) outras unidades da federação estarem se movimentando para a adoção de sistemática de controle fiscal análoga à implementada em Minas Gerais; e (iii) a intensa batalha travada junto ao Poder Judiciário em torno da questão.

Nesse contexto, o objetivo é contribuir com a comunidade jurídica para elucidar a questão, fornecendo material robusto, capaz de, por um lado, balizar a atuação das administrações tributárias estaduais, mediante a apresentação das melhores práticas de tributação e de controle fiscal, e, por outro, suportar adequadamente o aconselhamento jurídico aos particulares, de forma a nortear a tomada de decisões relacionadas ao seu planejamento sucessório, especialmente no que toca ao aspecto tributário vinculado à tributação estadual.

Para tanto, o trabalho extrairá seus fundamentos diretamente das mais profundas entranhas da legislação que implementa a previdência privada no Brasil, de forma a evitar que a retórica muito própria da doutrina e da jurisprudência, muitas vezes calcada em argumentos de autoridade e carentes de profundidade técnica, induza à perpetuação de conclusões equivocadas acerca do instituto.

Até por isso é conveniente advertir (e pedir licença para tal), que o texto procura sempre fazer a vinculação de suas afirmações ao texto regulamentar legal e infralegal, em regra transcrito em notas de rodapé, bem como usa (para não dizer abusa) dos grifos em suas passagens, tudo com fito em demonstrar a sua fidelidade à norma posta e a conceitos jurídicos solidificados, de forma a afastar formulações produzidas a partir de ilações sem substrato jurídico.

Aliás esse é o diferencial da presente obra, promover um aprofundamento na análise da legislação e, a partir disso, demonstrar incoerências praticadas não só pela doutrina e pelas decisões judiciais, mas pelos próprios entes mercadológicos, que, muitas vezes, apresentam posições conflitantes a depender do foro em que a natureza do contrato relativo aos planos de previdência complementar é posta em discussão. Com esse objetivo os referidos grifos também são utilizados com certa generosidade.

No campo das citadas incoerências, como se verá, há ainda o importantíssimo aspecto da justiça fiscal a ser levando em consideração e que, por isso, é objeto da análise procedida. Verifica-se que, a partir de uma interpretação errônea do conteúdo do contrato de previdência complementar, se diferenciam idênticas transmissões patrimoniais para fins de incidência do ITCMD, sem que isso seja uma política tributária promovida pelo Poder Legislativo do ente tributante. Chega-se a fazer distinção entre tipos de planos de previdência que são idênticos no que tange à sua condição de forma de acumulação patrimonial. Fazem-se distinções sustentadas na mera nomenclatura dada a determinado plano e na qualificação jurídica da entidade operadora.

Portanto, para seguir nesse caminho de elucidar a natureza do contrato de previdência privada e sua relação com o ITCMD, no capítulo 2, será detalhada a relevância prática e a contextualização fática da presente pesquisa, bem como o envolvimento autoral com a temática abordada. Já no capítulo 3, será conceituado o contrato de previdência complementar, por meio da apresentação de seus caracteres fundamentais, o que permitirá identificar sua natureza jurídica, considerando todas as nuances presentes nesse complexo negócio jurídico. A ideia é fornecer os subsídios necessários para delimitar os casos que podem vir a ser objeto da incidência do ITCMD. Em seguida, o capítulo 4 cuidará da subsunção da transmissão *causa mortis* de direitos relativos a planos de previdência complementar ao campo de competência deferido aos estados federados pela Constituição Federal de 1988 (CF/1988) e demonstrará os respectivos elementos da obrigação tributária. Além disso, ainda nesse capítulo, será apresentada estratégia de controle fiscal do ITCMD, lastreada no deslocamento da responsabilidade tributária, retirando-a do contribuinte e atribuindo-a à entidade de previdência complementar. Por sua vez, no capítulo 5, serão traçadas as conclusões, das quais resultará, dentre outras, a recomendação de que seja evitado o uso dos planos de previdência privada como instrumento de economia tributária atinente ao ITCMD.

Esta obra dispõe, também, de um glossário de termos técnicos utilizados pelo mercado de previdência complementar, cuja consulta se recomenda fortemente durante a leitura, pois o significado de cada termo é relevantíssimo para compreendê-la em mais profundidade.

Por fim, há um apêndice que provê a demonstração contábil da distinção entre previdência privada estruturada sob o regime financeiro de capitalização e contrato de seguro de vida estruturado sob o regime financeiro de repartição.

2 CONTEXTO DO ESTUDO DA RELAÇÃO ENTRE ITCMD E PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR

A importância de se trabalhar a possibilidade de ocorrência da transmissão de bens/direitos¹ em razão do óbito do participante ou do assistido de um plano de previdência complementar e da consequente incidência do ITCMD², como apontado em notas introdutórias, decorre da relevância econômica do instituto previdenciário, do fato de estarem os fiscos estaduais se movimentando para implementar a exação e da existência de intenso debate acerca da matéria em sede judicial, fato este que denuncia a complexidade e multiplicidade dos pontos de vista existentes sobre a questão.

Frente a isso, nada mais pertinente que o esforço para elucidar as características dos planos de previdência complementar, de modo a corretamente posicioná-lo dentre os institutos jurídicos e, assim, prover elementos robustos para a pacificação do debate.

No que toca à relevância econômica da previdência privada, cabe demonstrar que, segundo estudos elaborados pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), os recursos acumulados em reservas relativas aos referidos planos brasileiros chegam a US\$ 223.193 milhões e correspondem a 12,5% do PIB nacional. Tal valor, apesar de expressivo, ainda está muito aquém daqueles existentes em outros países, conforme revela o quadro abaixo:

Tabela 1 – Valor de recursos acumulados em planos de previdência privada nos países integrantes da OCDE e sua relação com o respectivo PIB.

OCDE countries	Pension funds	
	in USD million	% of GDP
Australia	1.810.346	132,6
Austria	24.508	5,5
Belgium	37.531	7,3
Canada	1.459.272	85,6
Chile	193.110	70,2
Czech Republic	20.935	8,9
Denmark	154.373	45,4
Estonia	4.511	15,4
Finland	127.560	47,7
France	19.007	0,7
Germany	261.058	6,7

¹ Nessa obra não se discutirá eventual diferença conceitual entre os termos “bens” e “direitos”, pelo que serão tomados como sinônimos a significar determinada porção patrimonial pertencente a uma pessoa.

² BRASIL. Constituição Federal (1988). Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: I – transmissão causa mortis e doação, de quaisquer bens ou direitos.

Greece	1.584	0,7
Hungary	5.876	3,9
Iceland	36.238	150,8
Ireland	115.073	31,6
Israel	203.224	57,4
Italy	153.430	7,6
Japan	1.398.144	28,2
Korea	191.066	12
Latvia	529	1,6
Lithuania	3.689	7,1
Luxembourg	1.883	2,8
Mexico	168.311	14,1
Netherlands	1.514.345	171
New Zealand	54.481	27,4
Norway	39.834	9,8
Poland	42.112	7,5
Portugal	22.292	9,7
Slovak Republic	12.038	11,7
Slovenia	2.954	5,6
Spain	121.421	8,8
Sweden	22.610	4,1
Switzerland	888.799	126,9
Turkey	14.520	2,1
United Kingdom	2.809.112	104,5
United States	15.637.266	76,3
OECD Total	27.573.129	53,3

Fonte: OCDE. *Statistical tables* [s.d.]. Disponível em: <https://www.oecd.org/pensions/private-pensions/pensionmarketsinfoocus.htm>. Acesso em: 6 jul. 2019.

Tal comparação, aliada ao contínuo crescimento dos ativos acumulados em fundo de previdência, mostra a tendência e o potencial de expansão desse mercado. Perspectiva que se reforça com contexto sociopolítico do país, do qual se destaca o envelhecimento acelerado da população e a tendência do recrudescimento das regras da previdência social³⁻⁴.

Caso se pretendesse precificar esta discussão, considerando que o valor atual das reservas acumuladas em planos de previdência complementar é da ordem de US\$ 223.193

³ CONTI, B. de. **Os fundos brasileiros de previdência complementar**: segmentações analíticas e estudos preliminares sobre a alocação de seus recursos, p. 349. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/8783/1/Os%20Fundos%20brasileiros.pdf>. Acesso em: 06 jul. 2019.

⁴ BRASIL. Emenda Constitucional n. 103/2019. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/norma/31727296>. Acesso em: 24 jan. 2020.

milhões e a alíquota média de ITCMD é de 3,86%⁵, poder-se-ia dizer que ela vale para os estados e para os contribuintes algo em torno de US\$ 8.615 milhões, ou seja, discute-se aqui valores da ordem dos R\$ 35 bilhões⁶⁻⁷.

Do lado das entidades de previdência complementar, a incidência ou não do tributo e, mais que isso, a implantação de meios apropriados para efetivar a respectiva arrecadação importará em maior ou menor atratividade do produto “previdência privada”, seja sob a ótica da rentabilidade de um investimento financeiro, seja sob a ótica de sua oferta como um instrumento de planejamento tributário. Sob este ponto de vista, impacta-se um mercado de R\$ 900 bilhões (montante total das reservas acumuladas em planos de previdência em reais).

Além disso, como se mencionou, as discussões sobre o tema não se encontram somente no campo hipotético, vez que diversos estados da federação vêm agindo para arrecadar o tributo, do que são relevantes exemplos o próprio Estado de Minas Gerais, Rio de Janeiro e Sergipe, que atribuíram a responsabilidade tributária pelo ITCMD às entidades de previdência⁸.

Destaque-se que o primeiro estado não só promoveu a citada atribuição de responsabilidade tributária no texto da lei que institui o imposto em seu território, mas também a regulamentou⁹. Tal iniciativa resultou, a partir de fevereiro de 2019 (data da regulamentação da obrigação de reter e recolher o imposto), num incremento de 560% do ITCMD incidente sobre os valores acumulados em planos de previdência privada naquele ano, o que significa que a receita decorrente da transmissão *causa mortis* desses bens saiu do patamar dos R\$ 4,5 milhões por ano, para a casa dos R\$ 30 milhões por ano¹⁰.

Ressalte-se que o instrumento de modificação da responsabilidade tributária proporcionou o aumento da arrecadação sem a necessidade de um proporcional aumento da alocação de recursos, sejam financeiros, sejam humanos, ou seja, a alavancagem de receita tributária se deu quase que com custo zero para a Administração Pública.

⁵ INFOMONEY. **Brasil tem dos menores impostos sobre herança do mundo mas cenário deve mudar**, [s.d.]. Disponível em: <https://www.infomoney.com.br/conteudo-patrocinado/seguro-de-vida/noticia/6418271/brasil-tem-dos-menores-impostos-sobre-heranca-mundo-mas-cenario>. Acesso em: 7 jul. 2019.

⁶ Considerando a alíquota única de 3,86% e o dólar cotado a R\$ 4,07, em 17/12/2019.

⁷ A arrecadação projetada refere-se a um contexto hipotético de que todas as reservas se transmitiriam dos seus titulares aos respectivos beneficiário. Trata-se, meramente, de arrecadação potencial, pois é certo que parte desses ativos serão resgatados/recebidos pelo próprio titular que os constituiu.

⁸ Estado de Minas Gerais: §§ 6º e 7º do art. 4º e art. 20-A da Lei n. 14.841, de 29 de dezembro de 2003. Estado do Rio de Janeiro: Inciso II do art. 13 e art. 23 da Lei n. 7.174, de 28 de dezembro de 2015.

⁹ Art. 35-A do Decreto n. 43.981/2005, que regulamentou o art. 20-a da Lei n. 6.763/1975 e tornou exigível a retenção e o recolhimento do imposto devido pela entidade de previdência complementar.

¹⁰ Informações obtidas junto à SEF/MG.

Dada a relevância econômica dos interesses envolvidos e frente ao desenvolvimento de medidas fiscais aptas a garantir a efetiva arrecadação, como se mencionou, o debate sobre a ocorrência de transmissão *causa mortis* e a incidência do ITCMD, que já vinha sendo travado em casos isolados, ganhou uma nova feição, com intensa atuação das entidades nacionais representativas das instituições de previdência complementar.

A Federação Nacional das Empresas de Seguros Privados, de Capitalização e de Previdência Complementar Aberta (Fenaseg), a Federação Nacional de Previdência Privada e Vida (FenaPrevi) e a Associação Brasileira das Entidades Fechadas de Previdência Complementar (ABRAPP) propuseram ações judiciais no âmbito estadual, dentre elas, ações diretas de inconstitucionalidade (ADI), para questionar a incidência do imposto¹¹.

Em alguns casos, essas ações culminaram em decisões cujo conteúdo resulta em tratamentos divergentes para questões idênticas. Cite-se, por exemplo, a) impossibilidade de incidência do ITCMD independentemente do tipo do plano (Tribunal de Justiça do Estado do Sergipe); e b) a impossibilidade de incidência do ITCMD somente em casos relativos ao plano de previdência privada denominado Vida Gerador de Benefício Livre – VGBL (Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo). Frise-se que as decisões não tiveram como parâmetro a especificidade da legislação tributária de cada estado federado.

A par da falta de densidade teórica das decisões, que se deve à ausência de um aprofundamento nos caracteres nucleares dos planos de previdência complementar, é de se destacar que todas invocam supostos precedentes do Superior Tribunal de Justiça (STJ), inclusive quando se posicionam em sentidos antagônicos.

Se, de um lado, a existência de decisões antagônicas que se dizem lastrear no entendimento do STJ denuncia a inexistência de um precedente firmado, ou a sua má interpretação, de outro, algumas das decisões do tribunal superior padecem do mesmo vício de falta de profundidade teórica, à medida que se guiam por uma nomenclatura dada a determinada espécie de plano de previdência complementar, vez que consideram ser o plano do tipo VGBL uma forma de seguro, somente porque é assim denominado pela legislação¹².

¹¹ FENAPREVI, MS TJMG n. 5029730-95.2019.8.13.0024; ABRAPP, MS TJMG 5012786-18.2019.8.13.0024; FENASEG, ADI TJSE n. 0002064-83.2018.8.25.0000; FENASEG, ADI TJSE n. 0002038-85.2018.8.25.0000; FENASEG, ADI TJRJ n. 0008135-40.2016.8.19.0000; FENASEG, ADI TJMG n. 1.0000.18.000933-4/000 e FENASEG, ADI TJMG n. 1.0000.18.000930-0/000.

¹² Por exemplo: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.676.801-MG. Min. Moura Ribeiro, 22 fev. 2019. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/decisoes/doc.jsp>. Acesso em: 25 jan. 2020; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.822.675-MG. Min. Assusete Magalhães, 19 ago. 2019. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/decisoes/doc.jsp>. Acesso em: 25 jan. 2020.

A controvérsia comprova que a relevância da discussão não reside somente nos evidentes interesses econômicos envolvidos, mas se encontra também na discussão estritamente jurídica, principalmente diante da possibilidade de se formar e utilizar precedentes fundados em conceitos ainda não consolidados.

Existe, ainda, o aspecto da justiça fiscal, que reforça a relevância e a atualidade do estudo. Das interpretações recentemente dadas pelo Poder Judiciário extraem-se conclusões que contradizem um sistema tributário pretensamente isonômico, sob a orientação do princípio da capacidade contributiva. As decisões do STJ citadas resultam na admissão da incidência do ITCMD quando ocorre o óbito do titular de planos denominados Plano Gerador de Benefícios Livre (PGBL) e não nos relativos ao VGBL, espécies iguais, como se demonstrará, que se diferenciam somente no que toca à incidência do Imposto de Renda e à qualificação da pessoa jurídica contratada para operar o plano¹³.

Some-se a isso, sendo os planos uma forma de acumulação patrimonial análoga a qualquer tipo de investimento financeiro, o fato de que a interpretação dada pelo Poder Judiciário em geral permite que transmissões *mortis causa* de idênticas riquezas produzam diferentes repercussões tributárias, sem que isso decorra de uma opção do ente competente para tributar (o estado da Federação) no sentido de instituir um benefício fiscal estabelecido em lei.

Tome-se, por exemplo, que determinada pessoa receba um dado valor depositado em conta de poupança e outra receba idêntica quantia constante de reserva relativa a plano de previdência complementar do tipo VGBL, nos termos das mencionadas decisões do STJ, a primeira pagaria o tributo, enquanto a segunda nada pagaria. Demonstrando-se que ambas, poupança e previdência complementar, são forma de acumular riquezas, estar-se-ia diante de idêntica capacidade contributiva, com tratamentos tributários diversos.

Para que tal resultado se desse de forma legítima, seria necessária a incidência de norma que, nos termos do art. 11 do Código Tributário Nacional (CTN), expressamente outorgasse uma isenção, que houvesse imunidade tributária, ou, ao menos, que ele tivesse como fundamento a inexistência de descrição da transmissão *causa mortis* específica no rol dos fatos geradores do imposto.

Por tudo isso, o debate proposto nessa obra é tido como de grande relevância e aplicabilidade prática, sob vários enfoques.

¹³ Sobre a demonstração fática da perfeita identidade entre PGBL e VGBL, recomenda-se a leitura do apêndice, ao final desta obra.

Do lado dos estados, a melhor utilização da base tributária, sobretudo no que tange à tributação patrimonial, ganha especial importância, já que se insere num contexto de situação pré-falimentar das unidades federadas¹⁴. Realidade esta recrudescente pela deterioração das finanças estaduais mediante a erosão da principal fonte de receita, o Imposto sobre Operações relativas a Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviço Interestadual e Intermunicipal de Transporte e Comunicação (ICMS)¹⁵; pelas constantes investidas de outros entes da federação sobre a competência estadual para tributar as transmissões patrimoniais não onerosas¹⁶ e pela subexploração dessa base tributária no Brasil¹⁷.

Do lado dos contribuintes, a abordagem do tema sob o rigor acadêmico joga luz sobre incipiente conhecimento jurídico acerca da interface entre o ITCMD e os planos de previdência privada e, assim, trará maior segurança no que se refere à definição dos limites da atuação do fisco. Há que se considerar, também, a importância de esclarecer a questão, para evitar que eventual planejamento sucessório-tributário se dê sobre premissas equivocadas, ou, até mesmo, se transforme na perda de oportunidades de economia tributária incentivadas pela própria legislação tributária. Pontos estes que são interesse de primeira ordem da comunidade jurídica e dos indivíduos sujeitos à tributação.

Não se pode olvidar, lembre-se, que o mercado também tem interesse sobre a discussão proposta, já que dela poderá resultar uma maior ou menor atratividade do produto previdência complementar. Fato que demandará uma revisão das estratégias empresariais, especialmente por se tratar de um nicho extremamente promissor. É sabido que os planos de previdência complementar vêm sendo postos à disposição dos consumidores como espécie de acumulação patrimonial, cuja transmissão aos respectivos beneficiários ocorreria sem a

¹⁴ PESSOA, M. M. Y. A. de C. E. S.; SANTOS, C. H. M. dos (org.); MARTINS, F. dos S. **Carta de Conjuntura n. 14** – 4º Trimestre de 2018 – Seção V – Finanças Públicas Estaduais, [s.d.]. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/conjuntura/181126_cc41_secao_financas_publica.pdf. Acesso em: 9 fev. 2021.

¹⁵ AFONSO, J. R. R.; FUCK, L. F.; CORREIA NETO, C. de B.; SZELBRACILKOWSK, D. C. **Revista Internacional de Direito Econômico e Tributário (RDIET)**, Brasília, v. 12, n. 1, p. 427, jan.-jun. 2017. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/19717/guerra-fiscal-do-ICMS.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 07 jul. 2019.

¹⁶ CONJUR. **Proposta de adicional de ITCMD da União é inconstitucional**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-ago-31/proposta-adicional-itcmd-uniao-inconstitucional>. Acesso em: 9 fev. 2021.

¹⁷ Vide análise do Observatório de Política Fiscal do Instituto Brasileiro de Economia (IBRE) da Fundação Getúlio Vargas – FGV. **O imposto sobre herança**. Disponível em: <https://observatorio-politica-fiscal.ibre.fgv.br/posts/o-imposto-sobre-heranca>. Acesso em: 07 jul. 2019.

incidência do mencionado imposto, argumento que tem sido apresentado como um atrativo para a sua aquisição¹⁸.

Em razão de toda a relevância demonstrada, é que este autor tem lidado profissionalmente com a questão ao longo de 16 anos de exercício do cargo de Auditor Fiscal da Receita Estadual do Estado de Minas Gerais (2005), dos quais nove se deram na função de assessor da Superintendência de Tributação (2012), cuja atribuição envolve produzir legislação tributária estadual, prestar consultoria tributária, elaborar pareceres e prospectar fontes de receita.

Nessa última função, a qual exerce atualmente, esteve incumbido de estudar os planos de previdência complementar, com enfoque em apurar se, e em qual medida, essa modalidade de contrato pode vir a se relacionar com a hipótese de incidência do ITCMD.

Do trabalho desenvolvido ao longo desses nove anos, diante do entendimento do fisco mineiro pela possibilidade da incidência do imposto, foram elaborados pareceres destinados a subsidiar a defesa do Estado de Minas Gerais em juízo¹⁹ e promovidas alterações na legislação tributária mineira, de 2013 a 2019²⁰, atos que fizeram da Administração Tributária desse estado referência para os fiscos nacionais no trato da matéria.

Ante a exitosa experiência mineira, somada ao potencial da base tributária ainda, em termos práticos, inexplorada, o autor tem atuado em debates e palestras direcionados a servidores das demais unidades federadas, seja em eventos do Comitê de Política Fazendária (Confaz), seja em seminários promovidos diretamente pelos estados²¹.

Recentemente, foi ainda designado pelo Secretário de Estado de Fazenda de Minas Gerais para compor um grupo de trabalho instituído, em parceria, pela Secretaria de Estado de Fazenda de Minas Gerais (SEF/MG) e pela Advocacia Geral do Estado de Minas Gerais

¹⁸ Disponível em: <https://www.itaubr.com.br/investimentos-previdencia/previdencia-motivos/motivo-sucessao/>. Acesso em: 07 jul. 2019; Disponível em: <https://digital.icatuseguros.com.br/blog/pinheiro-neto-advogados-como-a-previdencia-privada-pode-ajudar-na-sucessao-patrimonial>. Acesso em: 07 jul. 2019; Disponível em: <https://www.planejamento.org.br/previdencia/dinheiro-em-pgbl-fica-fora-do-inventario>. Acesso em: 07 jul. 2019; Disponível em: <https://www.infomoney.com.br/solucoes-financeiras/vgbl>. Acesso em: 07 jul. 2019.

¹⁹ Na condição de assessor, este autor estudou a matéria e elaborou pareceres, que foram submetidos à revisão da diretoria a qual estava subordinado e ainda atuou como revisor de parecer sobre a tema, cujo teor foi baseado em estudos de sua lavra.

²⁰ Lei n. 20.824, de 31 de julho de 2013; Lei n. 22.549, de 30 de junho de 2017; Lei n. 22.796, de 28 de dezembro de 2017, e respectiva regulamentação, por meio dos Decretos n. 47.599, de 28 de dezembro de 2018 e n. 47.715, de 20 de setembro de 2019.

²¹ I Seminário dos Fiscos Estaduais sobre transmissão de quotas societárias sujeita ao ITCMS; Florianópolis/Santa Catarina; set. 2018. Seminário ITD Temas Atuais; Salvador/Bahia; jul. 2019. Reuniões do GT/51 da COTEPE/CONFAZ.

(AGE/MG)²², com o objetivo de dar tratamento específico a temas sensíveis para formalizar, cobrar e liquidar créditos tributários.

No âmbito desse grupo, ante a consideração de que merecia atenção especial a cobrança do ITCMD mineiro na hipótese em comento, vez que inserida num contexto em que relevantes decisões judiciais vêm sendo proferidas em sentido contrário à exação, foi deliberado que seria necessário elaborar um parecer que pudesse consolidar e aprofundar o conhecimento construído no âmbito do Estado de Minas Gerais e, assim, retificar ou ratificar a cobrança até então perpetrada, tarefa que, pela respectiva trajetória, foi incumbida ao autor deste trabalho.

O objetivo era que, a partir do parecer, em caso de ratificação da posição do fisco pela incidência do ITCMD, fossem adotadas providências necessárias para que o tema pudesse ser carreado de forma eficaz e eficiente ao Poder Judiciário, especialmente aos tribunais superiores, além de aglutinar os demais estados da Federação e as respectivas Administrações Tributárias e procuradorias em torno da questão.

Como resultado do trabalho, foi produzido o Parecer DOLT/SUTRI n. 02/2020, que absorveu, além do conhecimento que vem sendo construído desde 2012, grande parte dos estudos realizados desde a concepção do projeto de pesquisa (fevereiro de 2019) que deu origem a essa dissertação. Cabe informar que o referido parecer foi referendado pelo grupo de trabalho e encaminhado à aprovação dos dirigentes das pastas envolvidas.

Diante disso, esta obra, até de forma inevitável, incorpora o parecer em questão. Todavia, é conveniente frisar que ela não deriva do parecer, mas, em verdade, existe uma simbiose entre ambos, considerando que eles incorporam parte do conhecimento construído desde 2012 e o parecer aproveita parte essencial da pesquisa ora apresentada, o que se comprova pelo fato de que nele há referências literais ao que consta do projeto de pesquisa apresentado à Fundação Getúlio Vargas, cujo texto é integrante deste trabalho.

Não obstante tenha o autor militado pela incidência do tributo na hipótese em pauta, a proposta aqui é tratar da relação entre o ITCMD e os planos de previdência complementar de forma profunda e despida de viés, como impõe o rigor acadêmico, e, deste modo, construir adequada solução ao problema proposto, por meio do detalhamento acerca de diversas nuances do contrato em estudo e, a partir daí, prover valiosas recomendações de ordem prática,

²² Ordem de Serviço Conjunta da Secretaria de Estado de Fazenda do Estado de Minas Gerais e da Advocacia Geral do Estado de Minas Gerais (OS SEF/AGE) n. 07, de 6 de novembro de 2019, que instituiu o Grupo de Trabalho Riscos Fiscais (GT Riscos Fiscais) – Tema: Incidência do Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doações (ITCD) sobre transmissão de bens e direitos relacionados a Planos de Previdência Complementar.

requisitos para esta obra seja aprovada como trabalho de conclusão do Mestrado Profissional em Direito Tributário.

3 NATUREZA JURÍDICA DOS PLANOS DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR

Neste capítulo serão demonstrados os elementos que permitem identificar os caracteres nucleares do contrato de previdência complementar, cujo conhecimento é necessário para verificar se, e em que medida, o referido instituto pode se relacionar à acumulação patrimonial pelo participante e se, e em que termos, tal patrimônio é transmitido em razão da morte do seu titular, o que corresponderia a fato sujeito à incidência do ITCMD.

Portanto, identificando os elementos principais, haverá condições de responder se os planos em análise envolvem acumulação patrimonial, ou, ao contrário, dizem respeito a direito que se extingue juntamente com a personalidade jurídica do titular.

Todavia, cabe de antemão apresentar uma importante delimitação. É que a expressão “previdência”, utilizada tanto na Constituição Federal, quanto nas leis complementares detém um sentido extremamente abrangente e nenhum desses diplomas fundamentais cuidaram de lhe atribuir significação expressa, apta a diferenciá-lo imediatamente de outros institutos correlatos.

A CF/1988, nos termos de seu art. 202²³, tratou somente de enunciar que a previdência privada seria autônoma relativamente à previdência social, de adesão facultativa e baseada na formação de reserva que garanta o benefício pretendido, mas não apontou como essa reserva seria formada e qual seria o benefício contratado. Restou à lei complementar a possibilidade de tecer esse conceito.

Contudo, a Lei Complementar n. 109/2001, que dispõe sobre o Regime de Previdência Complementar e dá outras providências, também padeceu da omissão e se limitou a declarar que essa modalidade de previdência será operada pelas entidades de previdência complementar em conformidade com as suas disposições²⁴, passando, daí, a dar as linhas gerais sobre o tema.

Essa lei estabelece duas ramificações da previdência complementar: a operada pelas entidades fechadas de previdência complementar (EFPC) e a operada pelas entidades abertas de previdência complementar (EAPC)²⁵. Com exceção de algumas poucas regras introdutórias ambivalentes, trata separadamente dos requisitos de cada uma delas.

²³ BRASIL. Constituição Federal (1988). Art. 202. O regime de previdência privada, de caráter complementar e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social, será facultativo, baseado na constituição de reservas que garantam o benefício contratado, e regulado por lei complementar.

²⁴ BRASIL. Lei Complementar n. 109/2001. Art. 2º O regime de previdência complementar é operado por entidades de previdência complementar que têm por objetivo principal instituir e executar planos de benefícios de caráter previdenciário, na forma desta Lei Complementar.

²⁵ BRASIL. Lei Complementar n. 109/2001. Art. 4º As entidades de previdência complementar são classificadas em fechadas e abertas, conforme definido nesta Lei Complementar.

As EFPC são fundações ou sociedades civis, sem fins lucrativos, cujo objeto se restringe à oferta dos planos de previdência complementar a empregados de empresa ou grupo de empresas, a servidores públicos e associados ou membros de entidades profissionais, classistas ou setoriais²⁶.

Já as EAPC são sociedades anônimas com igual objetivo, mas que têm como público-alvo quaisquer pessoas físicas. A lei autoriza que companhias seguradoras atuem nesse nicho atribuído às entidades abertas²⁷.

Não há na Lei Complementar n. 109/2001, para além disso, disposição conceituando o “plano de caráter previdenciário”, embora a lei siga ditando suas características.

Frente a isso, dentro do nicho de mercado das EFPC, EAPC e companhias seguradoras, é necessário precisar o que se enquadra nos requisitos postos pela lei complementar, algo fundamental para que a análise não seja levada para searas cuja regulamentação não foi objeto de profunda investigação.

A Lei Complementar n. 109/2001 é norma cogente, ou seja, “os planos de caráter previdenciário” por ela enunciados, obrigatoriamente, devem se submeter aos seus requisitos, portanto, se houver algo que venha a lhes atender por simples opção da entidade que o ofereça, é dizer, poderia ser ofertado sem atendê-los, não será tratado nessa obra.

A partir dessa distinção, o plano de previdência privada corresponde à cobertura por sobrevivência oferecida por EFPC, EAPC ou companhia seguradora, que deva se amoldar à Lei Complementar n. 109/2001.

Entende-se por cobertura por sobrevivência o contrato que tem por objeto final realizar pagamentos ao contratante, desde que ele esteja vivo em data futura predeterminada.

Faz-se essa distinção, preliminarmente, pois, durante o estudo da legislação dos entes fiscalizadores e reguladores da previdência complementar, deparou-se com avença que tinha efeitos condicionados à sobrevivência do assistido do plano de previdência complementar

²⁶ BRASIL. Lei Complementar n. 109/2001. 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 [...].

²⁷ BRASIL. Lei Complementar n. 109/2001. 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. Parágrafo único. As sociedades seguradoras autorizadas a operar exclusivamente no ramo vida poderão ser autorizadas a operar os planos de benefícios a que se refere o *caput*, a elas se aplicando as disposições desta Lei Complementar.

fechada²⁸. Entretanto, tal “cobertura” só pode ser operada por companhia seguradora, por intermédio de EFPC e pode se estruturar em qualquer dos três regimes financeiros existentes, o que se soma ao fato de ela não poder ser oferecida por EAPC nem EFPC diretamente.

Ou seja, a cobertura por sobrevivência do assistido não atenderia aos requisitos da Lei Complementar n. 109/2001, portanto, para o intuito desta obra, não é considerada previdência complementar. Isso porque entende-se que o “regime financeiro de capitalização” é obrigatório tanto para EFPC, quanto para EAPC, e que uma companhia seguradora só opera plano previdenciário que seja análogo ao operado por estas últimas entidades, nos termos do art. 36 da Lei Complementar n. 109/2001.

Atente-se que tal cobertura por sobrevivência do assistido de plano de previdência de EFPC é elencada dentre coberturas de risco nos instrumentos regulamentares, mas difere dos sinistros próprios da cobertura de risco, por ter prevista a data de sua ocorrência. Assim, não se trata de uma cobertura de risco propriamente dita, o que justifica a delimitação.

Portanto, a ênfase neste texto são os planos de previdência complementar, que correspondem à cobertura por sobrevivência estruturada obrigatoriamente sob o “regime financeiro de capitalização” e operados por EFPC, EAPC, e companhias seguradoras quando agindo em equiparação a estas.

Nessa direção, são utilizados como parâmetro os planos estruturados sob os moldes da Lei Complementar n. 109/2001 e a legislação regulamentar respectiva. Assim, aqueles ainda existentes, cuja concepção se deu antes da lei complementar, foram excluídos da análise. Todavia, como o objetivo é extrair conclusões a partir da essência do contrato de previdência complementar, os conceitos ora apresentados podem ser aplicados a qualquer tipo de contrato que venha a receber tal designação ou com ele se assemelhar. Quer dizer, mesmo se o contrato não tiver sido concebido, por qualquer motivo, com o formato determinado pela Lei Complementar n. 109/2001, mas atender às premissas aqui postas, as conclusões formuladas valerão também para eles.

3.1 Conceito, fases e estrutura regulatória

Antes de examinar as características principais, deve-se conceituar o contrato de previdência complementar, demonstrar como ele pode se desenvolver e apresentar a estrutura

²⁸ Vide: Inst. PREVIC n. 07/2018, Res. CGPC n. 17/2005 e Res. CNSP n. 385/2020.

regulatória que o disciplina. E, para se ter precisão nessa tarefa, é necessário desmistificar sua equiparação à previdência social a que alude o art. 201 da CF/1988²⁹.

Conforme se verá, previdência privada e previdência social se distinguem em seus caracteres fundamentais, embora ambas tenham recebido *status* constitucional e estejam “geograficamente” posicionadas num mesmo capítulo.

O termo previdência significa, dentre outros, “qualidade ou ato do que é previdente; precaução;”³⁰. Interessante é o conceito dado ao termo previdência pelo Banco Bradesco S/A, em seu *site*, que embora não seja uma fonte jurídica, serve para espelhar o pensamento do mercado (consumidores e entidades de previdência) a respeito do instituto:

Previdência é a **reserva financeira** que se faz no presente pensando no futuro. O objetivo é que **o dinheiro acumulado** ao longo de anos **seja usado** pelo trabalhador **quando se aposentar** ou **caso perca a capacidade de trabalhar** ou, ainda, no **momento de realizar um projeto de vida**³¹ (grifos nossos)

De acordo com o conceito utilizado pelo Banco Bradesco S/A, previdência, em um aspecto geral, muito mais se relaciona a práticas juridicamente bem menos sofisticadas do que a da previdência social ou a previdência complementar, tais quais, juntar dinheiro numa caderneta de poupança, adquirir imóveis, titularizar ações, ou, até, guardar dinheiro debaixo do colchão.

Se fosse apontado que todas as citadas práticas não denominadas *a priori* de previdência, tivessem o objetivo de custear, de garantir um objetivo futuro (que pode ser o uso como fonte de sustento quando da aposentadoria de um trabalhador, ou como meio para realizar um projeto de vida), estar-se-ia compelido a dizer que elas, ou seriam todas formas de previdência, ou que algumas delas só se diferenciariam da previdência no tocante à natureza do ativo acumulado (imóveis ou ações), que não corresponderiam à reserva financeira.

Entretanto, relativamente à caderneta de poupança ou à guarda de dinheiro debaixo de colchão, seria forçoso admitir que ambas se tratariam de acúmulo de dinheiro (em verdade a poupança seria acúmulo de créditos junto a uma instituição financeira de altíssima liquidez,

²⁹ BRASIL. Constituição Federal (1988). Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma do Regime Geral de Previdência Social, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, na forma da lei, a: I – cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada; II – proteção à maternidade, especialmente à gestante; III – proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário; IV – salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda; V – pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2º.

³⁰ BUENO, S. *Minidicionário da língua portuguesa*. 2. ed. São Paulo: FTD, 2007, p. 623.

³¹ BRADESCO. **O que é previdência**. Disponível em: https://banco.bradesco/html/classic/novo-educacao-financeira/previdencia/template_oqueeprevidencia.shtm. Acesso em: 16 fev. 2020.

podendo ser considerada dinheiro, em termos práticos) e, portanto, algo idêntico à reserva financeira tratada no conceito acima, por conseguinte, seriam também previdência.

Tanto admitindo que todas as práticas citadas (ações, imóveis, poupança ou dinheiro em espécie) são formas de previdência, ou que somente o acúmulo de dinheiro o seja, forçoso seria assumir que elas não são algo que se assemelha à previdência social. Em verdade, obrigatório seria dizer que elas são uma forma de previdência totalmente diferente da previdência social, porque nesta, basicamente, o indivíduo não acumula patrimônio.

Todavia, caso se pense a partir da parte final do conceito, que trata do objetivo da previdência, qual seja garantir um objetivo futuro (ter recursos financeiros sem precisar trabalhar, realizar um projeto de vida etc.), seria possível reunir num mesmo grupo a previdência nele tratada, a previdência social e as práticas de acumulação patrimonial citadas como exemplo.

Por hipótese, quando se adquire um imóvel com o objetivo de alugá-lo, para **garantir**, num eventual infortúnio, um rendimento complementar que possa custear as necessidades de um indivíduo ou de um grupo de pessoas, estar-se-ia diante de um ato de natureza previdenciária. Da mesma forma, quando se investe em determinada aplicação financeira, para que esta seja utilizada, no futuro, na compra da casa própria, haveria também uma medida de natureza previdenciária, já que a aplicação seria uma forma de **garantir** a realização do objetivo. Não é diferente a contratação de um seguro de vida, que pode ser considerado uma medida de natureza previdenciária, já que visa **eliminar ou minorar** os danos financeiros advindos de eventual ausência do segurado, ou seja, **garantir** ao beneficiário um determinado conforto financeiro caso ocorra o sinistro objeto da cobertura.

Portanto, a partir disso, é possível afirmar que qualquer medida praticada com o intuito de garantir determinado objetivo futuro, ou seja, assegurar que um objetivo futuro possa ser realizado independentemente dos percalços próprios da vida, pode ser qualificada como um ato de “natureza previdenciária”. É dizer que o termo previdência é próprio para nomear determinando instituto, quando considerada uma característica extrínseca, que é dada pelo elemento volitivo de quem o pratica, no que tange ao intuito ao qual se destina.

Como se observa, a análise a partir de características extrínsecas não é hábil para se extrair a característica nuclear de determinado instituto, vez que permite agrupar coisas completamente distintas, como a contratação de um seguro de vida (um negócio jurídico extremamente sofisticado e, por isso, extremamente regulamentado) e guardar dinheiro debaixo do colchão (algo simplório). Portanto, considerando sua característica fundamental, ser determinado ato ou instituto qualificado como de natureza previdenciária (critério extrínseco)

não é suficiente para equipará-lo ao instituto da “previdência social” prevista no art. 201 da CF/1988, para qualquer fim.

Cabe entender, então, que a previdência social, é também uma forma de instituto utilizado com fins previdenciários, como o próprio nome indica, pois visa prevenir danos financeiros decorrentes dos eventos listados no dispositivo constitucional, dentre os quais a invalidez, a senilidade e a morte.

Isto posto, frente ao objetivo de apurar da forma mais rigorosa possível o núcleo do contrato de previdência privada, doravante, ao se tratar da “natureza” de determinado instituto, estar-se-á fazendo referência à sua característica fundamental³², às suas características intrínsecas, que independem da vontade do sujeito, do objetivo pelo qual são utilizados.

Ao exemplificar medidas de natureza previdenciária, sem prejuízo de tantas outras possíveis, cita-se duas espécies, a acumulação patrimonial (reserva financeira, aquisição de imóvel, ações etc.) e a contratação de um seguro. Ambas visam garantir objetivos futuros. Numa, a acumulação patrimonial, o próprio indivíduo forma fundos para garantir o seu objetivo, noutra, seguro, um terceiro, mediante remuneração, se responsabiliza por tal intento.

A previdência social, por vezes erroneamente entendida como a única forma de previdência, ou como algo semelhante a tudo que receba o nome de previdência, caracteriza-se como uma forma de seguro, conforme denota art. 195, no seu inciso II, e no § 14, além do art. 201, V, da CF/1988³³. Na previdência social, o indivíduo paga tributo ao Estado, para que este garanta o objetivo futuro, representado pelo desejo de ter renda em um período em que, em tese, não disponha de capacidade laborativa, ou que esta se encontre reduzida.

Portanto, a ideia de previdência não está ligada à ideia de previdência social (um tipo de seguro), mas, antes disso, à ideia de garantia, de prevenção. Previdência social é, pois, uma espécie do gênero previdência.

Trata-se de uma reflexão relevantíssima, pois, em durante as pesquisas realizadas para elaboração deste trabalho, deparou-se com a utilização da “natureza previdenciária” para dar aos recursos acumulados relacionados ao instituto da previdência complementar atributos como

³² BUENO, S. **Minidicionário da língua portuguesa**. 2. ed. São Paulo: FTD, 2007, p. 534.

³³ BRASIL. Constituição Federal (1988). Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: [...] II – do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o art. 201; [...] § 14. O segurado somente terá reconhecida como tempo de contribuição ao Regime Geral de Previdência Social a competência cuja contribuição seja igual ou superior à contribuição mínima mensal exigida para sua categoria, assegurado o agrupamento de contribuições.

impenhorabilidade, exclusão da partilha em caso de divórcio e a exclusão da incidência do Imposto sobre Transmissão *Causa Mortis* e doação³⁴.

Muito embora pareça simplório o raciocínio feito até agora, verifica-se, na doutrina, em decisões judiciais e na atuação junto ao Poder Judiciário das entidades representativas do setor econômico que opera planos de previdência complementar, o uso do termo “natureza/lógica previdenciária” no referido sentido, sem se dispor minimamente de um fundamento que a pudesse justificar^{35 - 36 - 37}.

Ao se invocar tal natureza/lógica para qualificar a previdência privada, não se demonstrou o conteúdo semântico da expressão, tampouco, o porquê de ser ela um aspecto capaz de diferenciar a previdência privada de outros atos praticados com o intuito de garantir um interesse futuro, como, por exemplo, da compra de ações visando o recebimento de dividendos, para fazer frente a uma futura incapacidade laboral.

Assim, a chamada “natureza previdenciária” também não constitui signo adequado para equiparar dois institutos distintos, no que toca à sua relação com os demais institutos jurídicos, como a sucessão, a sociedade conjugal e a incidência tributária, dentre outros.

Para se qualificar as muitas medidas, ou atos, que possam ser considerados previdenciários e aquilatar as suas interfaces com os demais institutos jurídicos, é necessário que aspectos intrínsecos venham a ser conhecidos e considerados, justamente para não se colocar num mesmo conjunto coisas totalmente diferentes e, com esse equívoco, induzir uma

³⁴ CASSA, I. **Contrato de previdência privada**. São Paulo: MP, 2009, p. 106.

³⁵ CASSA, I. **Contrato de previdência privada**. São Paulo: MP, 2009, p. 106.

³⁶ Conforme alegou, por exemplo, a Federação Nacional das Empresas de Seguros Privados, de Capitalização e de Previdência Complementar Aberta (FENASEG) na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 1.0000.18000933-4-0/000, que questionou a constitucionalidade do art. 20-A da Lei Estadual do Estado de Minas Gerais n. 14.941/2003, que imputa a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ITCMD às entidades de previdência complementar.

³⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça de Sergipe. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 0002038-85.2018.8.25.0000**. Des. Luiz Antônio Araújo Mendonça, 12 set. 2018. Disponível em: https://www.tjse.jus.br/tjnet/jurisprudencia/relatorio.wsp?tmp_numprocesso=201800106463&tmp_numacordao=201820993&tmp.expressao=previd%C3%AAncia%20ITCMD. Acesso em: 20 jan. 2020; BRASIL. Tribunal de Justiça de Sergipe. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 0002064-83.2018.8.25.0000**. Des. Luiz Antônio Araújo Mendonça, 3 out. 2018. Disponível em: https://www.tjse.jus.br/tjnet/jurisprudencia/relatorio.wsp?tmp_numprocesso=201800106497&tmp_numacordao=201823330&tmp.expressao=previd%C3%AAncia%20ITCMD. Acesso em: 20 jan. 2020.

incorreta aplicação do direito, de forma a gerar distorções no mundo dos fatos, sem sustentação jurídica para tanto.

Assim, por exemplo, a aquisição de bens imóveis, de ações, de títulos da dívida pública, a contratação de um seguro, de um plano de previdência privada, ou aquisição de mudas de eucalipto para plantio e cultivo, desde que destinados a garantir determinado objetivo futuro, que pode ser a subsistência em um período de incapacidade total ou parcial para o trabalho, poderiam ser alocados no conjunto atos previdenciários, todavia, cada qual sujeito às inúmeras repercussões jurídicas possíveis, conforme a sua particularidade³⁸.

Definido o que seria “previdência”, é possível conceituar o foco da discussão aqui proposta, qual seja, os planos de previdência privada ou complementar. “Previdência privada” e “previdência complementar” são termos tidos neste texto como sinônimos, até porque a própria legislação correlata assim o faz, além de não ser relevante para o objetivo investigar eventual diferenciação.

Previdência privada é um instituto previsto no art. 202 da CF/1988³⁹, que, nos seus termos, é de adesão facultativa, o que significa que ninguém é obrigado a participar da previdência privada, e tem como objeto formar reservas (financeiras⁴⁰) que garantam os benefícios contratados, cuja regulamentação é dada por Lei Complementar.

Em ampla revisão bibliográfica, Ivy Cassa assim conceitua o contrato de previdência privada:

[...] um acordo de vontades celebrado entre o participante (que busca proteger-se contra riscos sociais) e a entidade de previdência privada (fechada ou aberta), do qual pode ainda participar uma pessoa jurídica – patrocinadora (no caso das entidades fechadas)/instituidora ou averbadora (no caso das entidades abertas).

Através dele, a entidade (pessoa jurídica legalmente autorizada) obriga-se a executar planos de benefícios de natureza previdenciária ou a garantir a prestação de serviços previdenciários que podem gerar o pagamento do benefício. **Obriga-se, deste modo, a gerir a reserva acumulada pelos participantes, prestando-lhe a assessoria necessária**, como a finalidade de garantir o pagamento (ao participante ou ao beneficiário, conforme o caso), de um benefício assemelhado ao da previdência social, mediante o pagamento de contribuições de valores que lhe são cabidos⁴¹ (grifo nosso).

³⁸ Pode-se citar aqui, dentre tais particularidades, a tributação dos rendimentos relacionados aos atos praticados, às normas de caráter regulatório a serem observadas, à forma de reconhecimento contábil, dentre outras repercussões.

³⁹ BRASIL. Constituição Federal (1988). Art. 202. O regime de previdência privada, de caráter complementar e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social, será facultativo, baseado na constituição de reservas que garantam o benefício contratado, e regulado por lei complementar.

⁴⁰ Observe-se, por exemplo, Res. CNSP n. 348/2017, arts. 30 e 31 e n. 349/2017; e Res. CMN n. 4.661/2018, III, segundo os quais valores vertidos aos planos de previdência complementar devem ser aplicados em ativos financeiros.

⁴¹ CASSA, I. **Contrato de previdência privada**. São Paulo: MP, 2009, p. 106.

O conceito formulado pela autora se equivoca por trazer para a definição do instituto o propósito (elemento subjetivo, intenção) do contratante (participante) ao celebrar o contrato, por assemelhar o benefício que se contrata, de forma geral, ao da previdência social e por utilizar expressões cujo significado não foi esclarecido.

Quanto ao propósito, dizer que o participante visa se proteger de riscos sociais não é correto, porque os planos de previdência podem ser somente uma forma de obter lucro a partir da rentabilidade de um investimento financeiro de longo prazo, com benefícios fiscais relativos ao imposto de renda⁴²⁻⁴³, considerando que é garantido pela lei o direito ao resgate dos montantes acumulados durante a fase de diferimento⁴⁴.

O mencionado contrato, para além do intuito previdenciário (garantir objetivo futuro) oferece inúmeras possibilidades de uso. Ele pode ser uma estratégia para dar celeridade e, talvez, reduzir custos de uma eventual sucessão *causa mortis*, ou pode ter mesmo o objetivo de gerar o recebimento do que se chama de benefício na forma de renda.

Somente seria correto tratar de prevenção de riscos, caso se entendesse que qualquer investimento tem natureza previdenciária, o que não parece apropriado, já que assim se excluiria o simples interesse no lucro.

Há, também, impropriedade na afirmação de que o benefício estipulado em um plano de previdência complementar se assemelha ao da previdência social. Sem prejuízo do que já se colocou, há, em verdade, uma gama de espécies de benefícios que podem ser contratados, conforme informa a Superintendência de Seguros Privados (SUSEP)⁴⁵, cujos fundamentos diferem daqueles relativos aos benefícios da previdência social, a começar pelo suporte de financiamento, passando pelas regras de implementação da sua percepção, até o efeito decorrente do óbito do titular⁴⁶.

Ivy Cassa defende, em outra passagem de sua obra, que previdência social e previdência privada têm naturezas diferentes, em vista de que a primeira se estrutura sob o regime financeiro de repartição simples, no qual as contribuições são destinadas ao pagamento dos benefícios aos inativos e não para formar uma reserva individual do contribuinte, enquanto na outra “É como

⁴² BRASILPREV. **Fundos e rentabilidade**. Disponível em: <https://www1.brasilprev.com.br/fundos-e-rentabilidade.html>. Acesso em: 18 fev. 2020.

⁴³ Lei n. 9.532/1997, art. 11 e Lei n. 11.053/2004, art. 1º.

⁴⁴ Lei Complementar n. 109/2001, art. 14, III e art. 27.

⁴⁵ SUSEP. **Previdência Complementar Aberta**. Disponível em: <http://www.susep.gov.br/menu/informacoes-ao-publico/planos-e-produtos/previdencia-complementar-aberta#TBR>. Acesso em: 20 jan. 2020.

⁴⁶ Entenda-se, nesta passagem, abrangidos pelo termo titular, o segurado da previdência social, os respectivos beneficiários, os participantes de planos de previdência privada, os assistidos desses planos e seus respectivos beneficiários.

se o participante constituísse uma poupança em seu nome, com seus recursos identificados e segregados” em razão de se estruturar sob o regime financeiro de capitalização⁴⁷.

Sem prejuízo disso, o simples fato de se afirmar que alguma coisa seja assemelhada a outra, sem apontar precisamente a razão da semelhança já seria merecedor de críticas, até porque o objetivo era dar uma definição, logo, a precisão seria algo indispensável.

Por fim, no que tange ao uso de expressões sem que lhes sejam atribuídas um significado, a autora utiliza “executar planos de benefícios de natureza previdenciária” e “serviços previdenciários” para tratar do objeto do contrato, sem, entretanto, explicar em quê consistiriam. Portanto, ao utilizá-los, não esclarece qual é o núcleo do contrato, a obrigação da entidade previdenciária.

Há, ainda, mais um equívoco muito relevante. Ao afirmar que as contribuições vertidas ao plano são devidas às entidades de previdência, a autora incorre em erro, pois induz à consideração de que essas contribuições se revestiriam do caráter de contraprestação pela atuação da entidade de previdência complementar.

Contudo, não é essa a função das contribuições, porque se está tratando de planos estruturados sob o regime financeiro de capitalização, hipótese em que não há o pagamento de contribuição, mas aportes destinados a uma conta individual do participante⁴⁸. Nesse caso, cabe à entidade de previdência remuneração equivalente a percentual das referidas contribuições, o que se denomina taxa de carregamento⁴⁹ _⁵⁰.

De outro lado, é louvável a passagem em que a autora, precisamente, afirma que a entidade se obriga a gerir os montantes acumulados, prestando a assessoria necessária. Neste ponto, ela captura com precisão um dos objetos do contrato de previdência complementar, quando se tratam daqueles estruturados sob o regime financeiro de capitalização. É por esse serviço que a entidade é remunerada, por meio de taxa de administração e de performance, podendo vir a administrar também o pagamento de benefícios, se assim desejar o participante ou o beneficiário, oportunamente⁵¹.

⁴⁷ CASSA, I. **Contrato de previdência privada**. São Paulo: MP, 2009, p. 95.

⁴⁸ Lei Complementar n. 109/2001, art. 14, III; quanto aos planos de EFPC, Circular SUSEP n. 563/2017, art. 50, XI e Circular SUSEP n. 564/2017, art. 52, XI, ambas relativas a planos de EAPC.

⁴⁹ SUSEP. **Previdência Complementar Aberta**. Disponível em: <http://www.susep.gov.br/menu/informacoes-ao-publico/planos-e-produtos/previdencia-complementar-aberta#TBR>. Acesso em: 20 jan. 2020.

⁵⁰ DICIONÁRIO de termos e conceitos mais usados no Regime de Previdência Complementar. Secretaria de Políticas de Previdência Complementar (SPPC), maio 2011. Disponível em: http://sa.previdencia.gov.br/site/arquivos/office/3_111006-094552-172.pdf. Acesso em: 20 jan. 2020.

⁵¹ Diz-se momento oportuno porque, até a data preestabelecida para a concessão do benefício, o participante ou seus beneficiários, caso aquele venha a falecer, podem regatar o montante acumulado e, assim, encerrar sua relação com o plano de previdência complementar, nos termos da Lei Complementar n. 109/2001, art. 14, III, c/c

Ante à crítica ao modelo conceitual adotado como ponto de partida, a partir dela é possível traçar uma definição do que seja o contrato de previdência complementar.

Cabe aqui advertir que não é o foco prover o melhor conceito de previdência privada, o que seria objeto de outra pesquisa, com estudo aprofundado incluindo os precedentes e as normas com este enfoque, texto que seria de extrema relevância prática, já que viria a corroborar com o sentido da obra aqui apresentada que é, justamente, elidir conclusões equivocadas a respeito das repercussões da previdência complementar em outras searas jurídicas, como as do direito de família, das sucessões e consumerista, dentre outras.

Feita a ressalva, ao dispor aqui de outro conceito, a pretensão é eliminar problemas de definição que possam desnaturar o contrato e, assim, induzir interpretações impróprias relacionadas ao direito tributário. Dentro desse limite, e sem dispensar a construção de Ivy Cassa, que ora se utiliza como paradigma conceitual, adota-se a definição abaixo.

Plano de previdência complementar, **quando estruturado sob o regime financeiro de capitalização**, é o contrato firmado entre determinada pessoa natural (participante), individualmente ou por intermédio de pessoa jurídica na condição de patrocinadora, instituidora ou averbadora⁵², e uma entidade de previdência complementar, aberta ou fechada, cabendo a esta, como contratada, a administração dos recursos a ela confiados⁵³ por meio de aportes feitos pelos contratantes, adicionados dos respectivos rendimentos, montante que se destinará, observadas as condições constantes do contrato, (a) à devolução integral ou parcial ao participante, no momento por ele desejado, até determinada data preestabelecida; ou (b) a partir da referida data, garantir pagamento de benefício (pagamento único ou de parcelas periódicas ao assistido), cuja execução também cabe à entidade contratada.

Podem ser identificados nesse conceito dois núcleos, a constituição de um montante financeiro, cuja administração caberá à entidade de previdência complementar e a forma de

arts. 20 e 24 da Resolução CGPC n. 06/2003; planos de EFPC e das Circulares SUSEP n. 563/2017, art. 51, XI e n. 564/2017, art. 53, XI, estas últimas relativas a planos de EAPC (no caso das EAPC não há dispositivo que determine o fim da relação contratual com o resgate total, entretanto isso decorre da lógica, pois o ato põe fim à reserva financeira que é a base para existência do plano. Diante disso, para continuar a relação, deve ainda estar em curso o período de diferimento e serem realizados novos aportes, o que imporá modificações no benefício pretendido, em se tratando de planos da modalidade benefício definido).

⁵² A caracterização de determinada pessoa jurídica como patrocinadora, instituidora ou averbadora não interessa nesse momento, porém, sua definição consta dos documentos que subsidiaram a construção do glossário que compõe este trabalho.

⁵³ Note-se que a Resolução CMN n. 4.661/2018, que dispõe sobre as diretrizes de aplicação dos recursos garantidores dos planos administrados pelas entidades fechadas de previdência complementar, reconhece expressamente, no art. 4º, IV, o caráter fiduciário da relação entre a EFPC e os participantes, o que pode ser transportado para as EAPC, tendo em vista que ambas têm o mesmo fundamento, qual seja, formar reservas (CF/1988), sujeitas a resgate (Lei Complementar n. 109/2001).

utilização desse montante, que se dará por meio de sua devolução ou por meio do pagamento do benefício.

Esses núcleos agora identificados convergem, como não poderia ser diferente, com a descrição constitucional dada à previdência complementar constante do art. 202, que aponta como base a “**constituição de reservas** (montante) que garantam o **benefício** (pagamento único ou em parcelas) contratado”.

Esses dois núcleos também denotam a existência de duas fases de um contrato de previdência complementar. Uma, a fase de constituição da reserva, chamada de fase de diferimento, na qual o contratante pode optar por sacar ou transferir os montantes acumulados⁵⁴. Outra, a fase de benefício, que se inicia após a citada data, mediante a decisão do contratante em manter total ou parcialmente os recursos acumulados aplicados no plano.

À possibilidade de sacar os montantes acumulados dá-se o nome de resgate e à de transferi-los de um plano de previdência para outro, portabilidade.

Resgate e portabilidade estão para a previdência complementar, assim como o saque e a transferência estão para uma conta corrente mantida junto a um banco comercial.

Destaca-se a bipartição do contrato de previdência complementar em fases, porque elas têm características próprias, que podem modificar fundamentalmente as características intrínsecas da avença, o que é relevantíssimo para a sua possível interface com o direito tributário.

Demonstrado, em linhas gerais, os conceitos dos planos de previdência privada, concebidos sob a égide do art. 202 da CF/1988 e da Lei Complementar n. 109/2001, é importante identificar a estrutura normativa e regulatória que provém a sua completa disciplina

⁵⁴ BRASIL. Lei Complementar n. 109/2001: [...] Seção II. Dos Planos de Benefícios de Entidades Fechadas [...] Art. 14. Os planos de benefícios deverão prever os seguintes institutos, observadas as normas estabelecidas pelo órgão regulador e fiscalizador: [...] II – portabilidade do direito acumulado pelo participante para outro plano; III – resgate da totalidade das contribuições vertidas ao plano pelo participante, descontadas as parcelas do custeio administrativo, na forma regulamentada; e [...] Seção III. Dos Planos de Benefícios de Entidades Abertas [...] Art. 27. Observados os conceitos, a forma, as condições e os critérios fixados pelo órgão regulador, é assegurado aos participantes o direito à portabilidade, inclusive para o plano de benefício de entidade fechada, e ao resgate de recursos das reservas técnicas, provisões e fundos, total ou parcialmente.

e é, assim, a fonte indispensável para aqueles que desejam compreender as inúmeras nuances que permeiam o tema.

Conforme apontados, o objetivo é buscar a formação de conceitos e de conclusões a partir da fonte primária do direito, que é a norma. Estratégia que se deve à existência de conceitos equivocados, ou obscuros por parte da doutrina e da jurisprudência.

Diante disso e tendo em vista o instituto previdência complementar ter a peculiaridade de ser fortemente regulado por normas infralegais emanadas de diferentes entidades, entende-se por bem que o leitor tenha clareza sobre a atuação de cada uma delas na disciplina dessa modalidade contratual.

A previdência complementar ganhou *status* constitucional desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, nos termos do art. 21, VIII, que atribui à União a competência para fiscalizar operações atreladas ao instituto.

Com a Emenda Constitucional n. 20, de 15 de dezembro de 1998, o art. 202 da Constituição Federal de 1988 foi alterado para disciplinar especificamente a previdência complementar⁵⁵, de forma a dar um norte para a sua estruturação. Desse dispositivo, importa destacar a autonomia do regime de previdência privada em relação ao da previdência social, o fundamento financeiro que é o de constituição de reservas que garantam o benefício contratado e a estipulação da lei complementar como o instrumento legislativo competente para disciplinar a matéria.

Por isso, foram editadas as Leis Complementares n. 108 e n. 109, ambas de 2001. A primeira limitou-se a disciplinar a relação das entidades de direito público e das sociedades de economia mista com as entidades fechadas de previdência complementar (EFPC), enquanto a segunda tratou das normas gerais aplicáveis ao regime de previdência privada, motivo pelo qual esta última será o parâmetro principal para os fundamentos e as conclusões aduzidos mais adiante.

Nos termos do art. 74 da Lei Complementar n. 109/2001, restou delegada a competência para regular e fiscalizar o setor, nos seguintes moldes, até que viesse a ser editada lei ordinária que disciplinasse a matéria:

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,

⁵⁵ BRASIL. Constituição Federal (1988). Art. 202. O regime de previdência privada, de caráter complementar e organizado de **forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social**, será facultativo, baseado na **constituição de reservas que garantam o benefício** contratado, e **regulado por lei complementar** (grifos nossos).

respectivamente, do Conselho de Gestão da 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.

Com a Lei n. 12.154, de 23 de dezembro de 2009, no que tange às EFPC, a atribuição de fiscalizar e supervisionar ficou a cargo da Superintendência Nacional de Previdência Complementar (PREVIC), autarquia vinculada ao então Ministério da Previdência Social.

O CGPC foi substituído pelo Conselho Nacional de Previdência Complementar (CNPC), órgão do Ministério da Economia, a quem, portanto, cabe regular as EFPC.

Com relação às EAPC, a regulação e fiscalização permaneceram com o CNSP e a SUSEP respectivamente, ambos ligados originalmente ao Ministério da Fazenda e, hoje, ao Ministério da Economia.

Há que se atentar, ainda, para a atuação do Conselho Monetário Nacional (CMN), a quem a Lei Complementar n. 109/2001, nos termos do seu artigo 9º, § 1º, atribuiu a competência regulamentar a aplicação dos recursos vertidos aos planos previdenciários.

Embora a Constituição tenha atribuído à Lei Complementar a função de regular o instituto e esta, por seu turno, tenha dado a órgãos estatais e autarquias grande capacidade regulamentar, não se pode olvidar das disposições da Lei n. 11.196, de 21 de novembro de 2005, uma vez que o seu art. 76 e seguintes trouxeram novos paradigmas para a estruturação dos planos de previdência complementar, que serão analisados em seguida. É verdade que a Lei n. 11.196/2005 é uma Lei Ordinária Federal, que, nos termos da CF/1988, não seria instrumento hábil para tratar do tema, todavia, não teve declarada a sua inconstitucionalidade e não é intuito discutir a questão, razão pela qual também será considerada.

Dado esse panorama funcional/normativo, importante observar que a lei complementar divide a previdência em duas modalidades, conforme a natureza das entidades que irão oferecer e administrar os planos. Cada uma delas, seguindo a lógica das atribuições acima, terá seu regramento analisado em separado, especialmente o infralegal.

Primeiramente, se apresentam as Entidades Fechadas de Previdência Complementar, que operam planos acessíveis exclusivamente a participantes ligados a uma determinada pessoa

jurídica⁵⁶. Em seguida, as Entidades Abertas de Previdência Complementar, que operam planos acessível a qualquer pessoa⁵⁷.

No que toca às EAPC, verifica-se que as companhias seguradoras, ao oferecerem planos de previdência privada, são equiparadas às entidades de previdência complementar e estão sujeitas às mesmas normas. Daí porque os planos oferecidos pelas EAPC propriamente ditas e aqueles oferecidos pelas companhias seguradoras devem observar as mesmas regras fundamentais, diferenciando-se, no que tange às Lei Complementar n. 109/2001, somente quanto à pessoa jurídica que as oferece ao mercado.

Importante também acrescentar que, diversamente do ocorrido com os planos oferecidos pelas EFPC, os oferecidos pelas EAPC e companhias seguradoras recebem diferentes nomenclaturas e são regulamentados por instrumentos apartados, conforme a qualificação das pessoas jurídicas que os coloca à disposição do mercado.

A Resolução do CNSP n. 348, de 25 de setembro de 2017, trata dos “critérios para **operação da cobertura por sobrevivência** oferecida em plano de seguro de pessoas”, que justamente são oferecidos pelas companhias seguradoras a que se refere o art. 36 da LC n. 109/2001. Os planos por ela disciplinados são aqueles cuja sigla designadora se inicia com a letra “V”, além dos denominados “dotais”, nos termos de seu art. 7º⁵⁸. São os chamados de planos de previdência da família do VGBL, a sua modalidade mais popular.

Por sua vez, a Resolução do CNSP n. 349, de 25 de setembro de 2017, trata dos “critérios para **operação da cobertura por sobrevivência** oferecida em plano de previdência

⁵⁶ BRASIL. Lei Complementar n. 109/2001: 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.

⁵⁷ BRASIL. Lei Complementar n. 109/2001: 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. Parágrafo único. As sociedades seguradoras autorizadas a operar exclusivamente no ramo vida poderão ser autorizadas a **operar os planos de benefícios a que se refere o caput, a elas se aplicando as disposições desta Lei Complementar** (grifos nossos).

⁵⁸ RESOLUÇÃO CNSP N. 348/2017. Art. 7º Os planos serão dos seguintes tipos: I – Vida Gerador de Benefício Livre (VGBL), quando, durante o período de diferimento, a remuneração da Provisão Matemática de Benefícios a Conceder for baseada na rentabilidade da(s) carteira(s) de investimentos de FIE(s), no(s) qual(is) esteja(m) aplicada(s) a totalidade dos respectivos recursos, sem garantia de remuneração mínima e de atualização de valores e sempre estruturado na modalidade de contribuição variável; II – Vida Gerador de Benefício Livre Programado (VGBL Programado), quando, durante o período de diferimento, a remuneração da Provisão Matemática de Benefícios a Conceder for baseada na rentabilidade da(s) carteira(s) de investimentos de FIE(s), no(s) qual(is) esteja(m) aplicada(s) a totalidade dos respectivos recursos, sem garantia de remuneração mínima e de atualização de valores e sempre estruturado na modalidade de contribuição variável, e que ofereça a possibilidade de contratação, durante o período de diferimento, de pagamentos financeiros programados na

complementar aberta”, que é oferecida pelas entidades abertas a que se refere o mesmo art. 36 da Lei Complementar n. 109/2001. Os planos por ela disciplinados são aqueles cuja sigla designadora se inicia com a letra “P”, nos termos de seu art. 7º⁵⁹. São o que se chamam de planos da família PGBL, sua modalidade mais popular.

É notável que as Resoluções do CNSP, ao designar a matéria regulamentada, se refere à “cobertura por sobrevivência”, pelo que se conclui que este termo designa a matéria objeto

forma definida no Regulamento e na Nota Técnica Atuarial; III – Vida com Remuneração Garantida e Performance (VRGP), quando garantir aos segurados, durante o período de diferimento, remuneração por meio da contratação de índice de atualização de valores e de taxa de juros e a reversão, parcial ou total, de resultados financeiros; IV – Vida com Remuneração Garantida e Performance sem Atualização (VRSA), quando garantir aos segurados, durante o período de diferimento, remuneração por meio da contratação de taxa de juros e a reversão, parcial ou total, de resultados financeiros, e sempre estruturado na modalidade de contribuição variável; V – Vida com Atualização Garantida e Performance (VAGP), quando garantir aos segurados, durante o período de diferimento, por meio da contratação de índice de preços, apenas a atualização de valores e a reversão, parcial ou total, de resultados financeiros; VI – Dotal Puro, quando garantir ao segurado, durante o período de diferimento, remuneração por meio da contratação de índice de atualização de valores, taxa de juros e, opcionalmente, tábua biométrica, sem reversão de resultados financeiros, sendo o capital segurado pago ao segurado sobrevivente ao término do período de diferimento, e sempre estruturado na modalidade de benefício definido; VII – Dotal Misto, quando garantir um capital segurado que será pago em função da sobrevivência do segurado ao período de diferimento ou em função da sua morte ocorrida durante aquele período, sem reversão de resultados financeiros, e sempre estruturado na modalidade de benefício definido e no regime financeiro de capitalização; VIII – Dotal Misto com Performance, quando garantir um capital segurado que será pago em função da sobrevivência do segurado ao período de diferimento ou em função da sua morte ocorrida durante aquele período, com reversão, parcial ou total, de resultados financeiros durante o período de diferimento, e sempre estruturado na modalidade de benefício definido e no regime financeiro de capitalização; IX – Vida com Renda Imediata (VRI), quando, mediante prêmio único, garantir o pagamento do capital segurado, sob a forma de renda imediata; e X – Vida com Desempenho Referenciado (VDR), quando apresentar, durante o período de diferimento, garantia mínima de desempenho, segundo critérios definidos no plano, e a reversão, parcial ou total, de resultados financeiros, e sempre estruturado na modalidade de contribuição variável.

⁵⁹ RESOLUÇÃO CNSP N. 349/2017. Art. 7º. Em função da cobertura por sobrevivência, os planos serão dos seguintes tipos: I – Plano Gerador de Benefício Livre (PGBL), quando, durante o período de diferimento, a remuneração da Provisão Matemática de Benefícios a Conceder for baseada na rentabilidade da(s) carteira(s) de investimentos de FIE(s), no(s) qual(is) esteja(m) aplicada(s) a totalidade dos respectivos recursos, sem garantia de remuneração mínima e de atualização de valores e sempre estruturado na modalidade de contribuição variável; II – Plano Gerador de Benefício Livre Programado (PGBL Programado), quando, durante o período de diferimento, a remuneração da Provisão Matemática de Benefícios a Conceder for baseada na rentabilidade da(s) carteira(s) de investimentos de FIE(s), no(s) qual(is) esteja(m) aplicada(s) a totalidade dos respectivos recursos, sem garantia de remuneração mínima e de atualização de valores e sempre estruturado na modalidade de contribuição variável, e que ofereça a possibilidade de contratação, durante o período de diferimento, de pagamentos financeiros programados, na forma definida no Regulamento e na Nota Técnica Atuarial; III – Plano com Remuneração Garantida e Performance (PRGP), quando garantir aos participantes, durante o período de diferimento, remuneração por meio da contratação de índice de atualização de valores e de taxa de juros e a reversão, parcial ou total, de resultados financeiros; IV – Plano com Remuneração Garantida e Performance sem Atualização (PRSA), quando garantir aos participantes, durante o período de diferimento, remuneração por meio da contratação de taxa de juros e a reversão, parcial ou total, de resultados financeiros e sempre estruturado na modalidade de contribuição variável; V – Plano com Atualização Garantida e Performance (PAGP), quando garantir aos participantes, durante o período de diferimento, por meio da contratação de índice de preços, apenas a atualização de valores e a reversão, parcial ou total, de resultados financeiros; VI – Plano de Renda Imediata (PRI), quando, mediante contribuição única, garantir o pagamento do benefício por sobrevivência, sob a forma de renda imediata; e VII – Plano com Desempenho Referenciado (PDR), quando apresentar, durante o período de diferimento, garantia mínima de desempenho, segundo critérios definidos no plano, e a reversão, parcial ou total, de resultados financeiros, e sempre estruturado na modalidade de contribuição variável.

da Lei Complementar n. 109/2001, ou seja, quando se fala em previdência complementar, está se falando exatamente de cobertura por sobrevivência.

Presente essa noção, tem-se que a nomenclatura de planos é irrelevante para se aquilatar a sua natureza jurídica, pois todos estão adstritos às mesmas estruturas, nos termos da Lei Complementar n. 109/2001, conforme rege o art. 36 e as duas resoluções mencionadas.

Desenhado o mapa da regulamentação dos planos de previdência complementar, daqui por diante, serão abordadas suas características fundamentais, os aspectos principais dos dois núcleos do contrato a que se fez referência (constituição da reserva e recebimento de benefício) e que, por isso, serão capazes de prover a identificação da sua natureza.

3.2 Regimes financeiros, modalidades de cobertura por sobrevivência e espécies de benefício

3.2.1 Os regimes financeiros

O objeto do contrato de previdência privada necessariamente envolve a possibilidade de se fazer pagamento ou pagamentos ao participante a partir de uma data preestabelecida (data de sobrevivência), o que se denomina “benefício”. O termo “regime financeiro” é utilizado para designar o método pelo qual serão obtidos os recursos para o pagamento desse benefício.

De acordo com o conceito apresentado e os próprios termos do art. 202 da CF/1988, o benefício da previdência complementar é garantido por meio da formação de uma reserva. Logo, o regime financeiro é a forma concebida para constituir tal reserva, ou seja, é o método cuja observância guiará a formação do montante que se destina, prioritariamente, a suportar o benefício.

Diz-se prioritariamente porque tais reservas estão sujeitas a serem, durante a fase de diferimento, movimentadas e até sacadas, total ou parcialmente, pelo participante e, em determinados casos, por beneficiários por ele indicados em contrato, ou por seus herdeiros legítimos.

Entender precisamente o regime financeiro permite verificar a existência ou a inexistência de acumulação patrimonial decorrente da celebração e da execução de um contrato de previdência complementar. Isso permitirá uma primeira delimitação a respeito da natureza

jurídica dos planos de previdência privada e a identificação da existência do pressuposto para a incidência do ITCMD, que é haver um patrimônio titularizado em vida pelo *de cujus*.

A SUSEP identifica três tipos de regimes financeiros possíveis em teoria, assim conceituados:

Regime Financeiro de Capitalização: a estrutura técnica em que as contribuições são determinadas de modo a gerar receitas capazes de capitalizadas durante o período de cobertura, produzir montantes equivalentes aos valores atuais dos benefícios a serem pagos aos beneficiários no respectivo período;

Regime Financeiro de Repartição de Capitais de Cobertura: a estrutura técnica em que as contribuições pagas por todos os participantes do plano, em um determinado período, deverão ser suficientes para constituir as provisões matemáticas de benefícios concedidos, decorrentes dos eventos ocorridos neste período;

Regime Financeiro de Repartição Simples: a estrutura técnica em que as contribuições pagas por todos os participantes do plano, em um determinado período, deverão ser suficientes para pagar os benefícios decorrentes dos eventos ocorridos nesse período⁶⁰.

Os regimes de repartição têm a característica comum de representarem um esforço coletivo para custear o pagamento de benefícios a um determinado grupo. Na repartição simples, o valor dos benefícios pagos é custeado diretamente pelas contribuições dos respectivos participantes, ou seja, as contribuições pagas hoje devem custear os benefícios pagos hoje.

Já na repartição de capitais de cobertura, um grupo forma um monte comum que, por sua vez, será utilizado para pagar os benefícios devidos hoje. Nessa segunda modalidade de repartição, divide-se entre os participantes a constituição do fundo, que, uma vez formado, deve, em tese, ter um valor suficiente para pagar os benefícios.

Por seu turno, o regime de capitalização importa na formação de um monte individual, que irá custear o benefício a ser pago no futuro, após o período determinado para a sua formação. A constituição de monte individual é característica que o diferencia dos demais, já que naqueles a presença do coletivo é determinante (tem de haver a “repartição”), ou seja, têm caráter eminentemente solidário.

O art. 202 da CF/1988, ao dispor que o sistema é baseado na “constituição de reservas que garantam o benefício contratado”, já descarta a possibilidade de serem oferecidos planos

⁶⁰ SUSEP. **Previdência Complementar Aberta**. Disponível em: <http://www.susep.gov.br/menu/informacoes-ao-publico/planos-e-produtos/previdencia-complementar-aberta#TBR>. Acesso em: 20 jan. 2020.

estruturados sobre a repartição simples, já que nela não há a formação de uma reserva. Só seria possível, pois, a oferta daqueles relacionados aos outros dois tipos de regimes.

A Lei Complementar n. 109/2001, em seu art. 18, que se refere às EFPC, determina que o regime financeiro de capitalização é obrigatório para o custeio do benefício de renda⁶¹, ou seja, quando se contrata um plano de uma entidade fechada, a renda pretendida após a data preestabelecida será custeada pelas contribuições capitalizadas individualmente no período antecedente.

Na mesma linha segue a regulamentação do CNSP, atinente aos planos das EAPC, que, por intermédio das Res. CNSP n. 348 e 349/2017, obriga a adoção do regime financeiro de capitalização, para fazer frente aos benefícios a serem pagos após a data preestabelecida, o que aqui se chama de cobertura por sobrevivência⁶².

Importa ressaltar que o benefício de renda está para as EFPC, assim como o cobertura por sobrevivência está para as EAPC. Assim, quando este texto se referir a benefício ou cobertura por sobrevivência estará tratando de ambas as modalidades.

A expressa determinação de adoção do regime financeiro de capitalização seria até desnecessária, pois, combinando-se a determinação constitucional de constituição de reserva que garanta os benefícios, com as disposições do art. 14, I e II, e do art. 27, todos da Lei Complementar n. 109/2001, que conferem ao participante o direito de resgate e portabilidade dos recursos componentes das reservas formadas, tal regime seria o único possível.

Isso ocorre porque, para ser possível a movimentação de recursos financeiros por determinada pessoa, os montantes devem ser de alguma forma individualizados.

⁶¹ BRASIL. Lei Complementar n. 109/2001. Art. 18. O plano de custeio, com periodicidade mínima anual, estabelecerá o nível de contribuição necessário à constituição das reservas garantidoras de benefícios, fundos, provisões e à cobertura das demais despesas, em conformidade com os critérios fixados pelo órgão regulador e fiscalizador. § 1º O regime financeiro de capitalização é obrigatório para os benefícios de pagamento em prestações que sejam programadas e continuadas.

⁶² **Res. n. 348/2017.** Art. 2º. A cobertura por sobrevivência de que trata esta Resolução **é estruturada sob o regime financeiro de capitalização** e tem por finalidade o pagamento do capital segurado, de uma única vez ou sob forma de renda, a pessoas físicas vinculadas ou não a um estipulante. Parágrafo único. Ressalvado o caso de concessão de renda imediata, adquirida mediante pagamento único, o evento gerador do pagamento do capital segurado de que trata o *caput* será sempre a sobrevivência do segurado ao período de diferimento contratualmente previsto; **Res. n. 349/2017.** Art. 2º A cobertura por sobrevivência de que trata esta Resolução **é estruturada sob o regime financeiro de capitalização** e tem por finalidade a concessão de benefício, pagável de uma única vez ou sob a forma de renda, a pessoas físicas vinculadas ou não a uma pessoa jurídica. Parágrafo único. Ressalvado o caso de concessão de renda imediata, adquirida mediante pagamento único, o evento gerador do pagamento do benefício de que trata o *caput* será sempre a sobrevivência do participante ao período de diferimento contratualmente previsto. (grifos nossos)

Evidentemente, deve ser possível especificar quanto e de onde saem os valores que serão portados ou sacados.

No regime de repartição de capitais de cobertura, essa individualização não poderia ocorrer, já que as reservas formadas estão comprometidas com os benefícios concedidos, ou seja, o que uma pessoa aporta ao plano, estará vinculado ao pagamento do benefício de outra pessoa. Se fossem permitidas retiradas desse montante, os cálculos que sustentaram a concessão do benefício estariam prejudicados, podendo conduzir à impossibilidade de seu pagamento⁶³.

Em suma, o regime financeiro de capitalização tem como princípio a individualidade, enquanto o regime de repartição se fundamenta na solidariedade, também chamada de mutualismo.

3.2.2 Modalidades de cobertura por sobrevivência

O termo cobertura deve ser entendido como o objeto final pelo qual foi concebido o instituto “plano de previdência complementar”. Nessa perspectiva, é possível dizer que o conjunto de regras contidas em um contrato de previdência tem o objetivo central de estabelecer um ambiente para que seja possível atingir a fase de benefício, que justamente se inicia (em situação normal), com a sobrevivência do participante a determinada data.

Nem sempre o plano, considerado um caso concreto envolvendo determinado participante, resultará em uma cobertura, tendo em vista que o contratante pode decidir resgatar os recursos acumulados ou transferi-los, ação que poderia ser pretendida desde a assinatura do contrato. Entretanto, isso não muda a natureza do contrato, porque, conforme foi dito, o

⁶³ A própria SUSEP se posiciona nesse sentido ao descrever o instituto do resgate em seu *site*: “O Resgate é obrigatório nos planos de benefício por sobrevivência (aposentadoria), sendo concedido ao participante que desistir do plano, no valor correspondente ao montante acumulado em sua provisão matemática de benefícios a conceder. Nos demais planos, deverá ser observado o contrato (Regulamento). **Os planos estruturados no regime financeiro de repartição, devido à natureza do regime, não permitem concessão de resgate, saldamento ou devolução de quaisquer contribuições pagas, uma vez que cada contribuição é destinada a custear o risco de pagamento de benefício no período**” (grifos nossos).

elemento volitivo do sujeito não é adequado para definir a essência de um instituto, assim, também não muda a função para a qual ele foi idealizado.

Por isso, por denotarem o objetivo para o qual o plano foi concebido, as modalidades de coberturas são utilizadas como o principal critério para identificar e distinguir os tipos existentes⁶⁴.

Tanto é assim, que a própria Lei Complementar n. 109/2001, ao se referir às três modalidades que aqui serão apresentadas, trata de modalidades de planos e não de modalidades de cobertura, enquanto as Res. CNSP n. 348 e n. 349/2017 o faz em capítulo que trata “das características da cobertura por sobrevivência”.

Isso corrobora com a delimitação do objeto de estudo feita inicialmente, no sentido de que se trataria das coberturas por sobrevivência como sinônimo de plano de previdência complementar, o que se alinha à terminologia adotada pelo CNSP, para a normatização do instituto.

Essa noção terminológica será fundamental para se entender a distinção entre o contrato de previdência privada e o contrato de seguro, que pode se apresentar anexo ao primeiro e, assim, tabulado no mesmo instrumento contratual (no mesmo papel, para usar a expressão coloquial).

Pois bem, a Lei Complementar n. 109/2001, art. 7º, parágrafo único, dá conta da existência de três modalidades de planos de previdência privada: “benefício definido”, “contribuição definida” e “contribuição variável”⁶⁵. O dispositivo deixa em aberto a possibilidade de outras formas de planos, talvez para permitir os efeitos de uma futura evolução

⁶⁴ A modalidade da cobertura por sobrevivência é o critério principal para distinguir os planos de previdência complementar, pois se referem à contribuição que será vertida e ao benefício passível de ser concedido. É bom lembrar, todavia, que esse não é o único critério de distinção, especialmente em se tratando de planos operados por EAPC, já que há diferentes espécies, embora apenas dois sejam relevantes em termos de volume financeiro, os populares PGBL e VGBL. O 8º Relatório de Análise e Acompanhamento do Mercado Supervisionado divulgado pela SUSEP, em março de 2020, sequer estratifica as estatísticas dos planos de previdência privada por componentes das famílias VGBL e PGBL, conforme descrevem as Res. CNSP n. 348/2017 e 349/2017. Referido relatório encontra-se disponível em <http://www.susep.gov.br/menuestatistica/SES/relat-acomp-mercado-2020.pdf>, cuja consulta se deu em 27/01/2021. Outro ponto relevante é que a diferenciação entre as subespécies não alcança os elementos essenciais dos planos de previdência complementar, razão pela qual não influenciam no debate proposto nesta obra.

⁶⁵ BRASIL. Lei Complementar n. 109/2001. Art. 7º Os planos de benefícios atenderão a padrões mínimos fixados pelo órgão regulador e fiscalizador, com o objetivo de assegurar transparência, solvência, liquidez e equilíbrio econômico-financeiro e atuarial. Parágrafo único. O órgão regulador e fiscalizador normatizará planos de benefícios nas modalidades de benefício definido, contribuição definida e contribuição variável, bem como outras formas de planos de benefícios que reflitam a evolução técnica e possibilitem flexibilidade ao regime de previdência complementar.

técnica e flexibilidade do regime de previdência complementar. Todavia, toda a legislação, incluindo a infralegal, somente remete a estes três tipos.

Em verdade, o dispositivo e todo o restante do texto legal em nada contribui para descrever quais são as características de cada modalidade, de forma a diferenciá-las e, como se vê, também não determina todas as possibilidades. Assim, o texto apenas noticia as três modalidades atualmente existentes e dá suporte legal à mais recente, que é a “contribuição variável”.

A definição das características das três modalidades, de forma um pouco mais precisa, consta da Resolução CGPC n. 16, de 22 de novembro de 2005, que vem justamente determinar os critérios para a classificação dos planos de previdência complementar administrados por EFPC:

- a) Benefício Definido (BD): aquele cujos benefícios programados têm seu valor ou nível previamente estabelecidos, sendo o custeio determinado atuariamente, de forma a assegurar sua concessão e manutenção;
- b) Contribuição Definida (CD): aquele cujos benefícios programados têm seu valor permanentemente ajustado ao saldo de conta mantida em favor do participante, inclusive na fase de percepção de benefícios, considerando o resultado líquido de sua aplicação, os valores aportados e os benefícios pagos;
- c) Contribuição Variável (CV): aquele cujos benefícios programados apresentem a conjugação das características das modalidades de contribuição definida e benefício definido.

Já no que tange às disposições relativas aos planos oferecidos por EAPC, as Resoluções do CNSP n. 348 e 349, ambas de 2017, trazem as seguintes definições:

- a) Contribuição Variável: É a cobertura em que o valor e o prazo de pagamento das contribuições podem ser definidos previamente e o valor do benefício, pagável de uma única vez ou sob a forma de renda, por ocasião da sobrevivência do participante ao período de diferimento, é calculado com base no saldo acumulado da respectiva Provisão Matemática de Benefícios a Conceder e no fator de cálculo; e
- b) Benefício Definido: É aquela em que o valor do benefício, pagável de uma única vez ou sob a forma de renda, e das respectivas contribuições são estabelecidos previamente na proposta de inscrição⁶⁶.

⁶⁶ Texto da Res. CNSP n. 349/2017, art. 8º, referente aos planos de previdência (PGBL e correlatos). O texto do mesmo dispositivo da Res. CNSP n. 348/2017 utiliza as expressões prêmio e capital segurado, ao invés de contribuições e benefício, porque trata dos planos estabelecidos sob o *nomen iuris* de seguro, visando a adequação terminológica.

Nos planos oferecidos pelas EAPC não é permitido a instituição de plano que só ofereça cobertura com a característica da “contribuição definida”, por isso ela sequer consta conceituada nas resoluções do CNSP. Entretanto, na prática, esta modalidade existirá graças à enorme flexibilidade conceitual da modalidade “contribuição variável”.

Quanto às definições das coberturas, escrevendo de outra forma, nos planos do tipo “benefício definido”, o valor do benefício e o prazo pelo qual ele será pago serão determinados ao início do contrato. Neste momento, estima-se o valor do montante que deverá ser acumulado para fazer frente ao pagamento, além do valor e da quantidade das contribuições que serão necessárias para formá-lo. Ambas as estimativas são feitas com base em cálculos atuariais.

Chan, Silva e Martins ensinam que a ciência atuarial avalia riscos e incertezas, de forma a estimar suas implicações financeiras, por meio de modelos matemáticos e estatísticos, considerando as mais diversas variáveis⁶⁷.

Assim, no “benefício definido”, estima-se o quanto a reserva acumulada renderá à medida que recebe aportes vindos das contribuições e vai sendo aplicada em investimentos e o quanto ela renderá após o fim dos aportes (fim da fase de diferimento), além de como será impactada com o pagamento do benefício. Tudo isso considerado, será determinado o valor da contribuição.

Tendo em vista que, em se tratando de plano do tipo benefício definido, há uma estimativa do valor das contribuições e da sua quantidade, para que o montante acumulado delas resultante seja suficiente para custear o benefício definido previamente, conforme ensina Ivy Cassa, o não “pagamento” da contribuição ao plano importa em inadimplência⁶⁸, já que se não forem vertidas as contribuições estipuladas, o montante a ser acumulado não será suficiente para suportar todo o benefício.

Não se pode perder de vista que inadimplência, nesse caso, não importa em perda, para o participante, dos recursos vertidos ao plano (acumulados). O descumprimento por parte do participante vai importar na liberação da entidade previdenciária em efetuar o pagamento do benefício no montante e pelo período preestabelecido, apenas isso. Relembre-se que a Lei Complementar n. 109/2001 garante a portabilidade e o resgate dos recursos acumulados durante a fase de diferimento.

Diante disso, noutro lado, se for adimplente o participante e este, ao fim da fase de diferimento não resgatar os montantes acumulados, a entidade de previdência complementar

⁶⁷ CHAN, B. L.; SILVA, F. L. da; MARTINS, G. de A. **Fundamentos da previdência complementar**: da atuária à contabilidade. 2. ed. São Paulo: Atlas: FIECAFI/USP, 2010, p. 47.

⁶⁸ CASSA, I. **Contrato de previdência privada**. São Paulo: MP, 2009, p. 159.

terá o dever de pagar o benefício avençado, independentemente se os cálculos atuariais foram ou não precisos. É bom que se guarde essa afirmação, pois ela será crucial para a aferição da natureza assumida pelo plano durante as fases de diferimento e de benefício.

Por sua vez, nos planos “contribuição definida”, não há uma definição prévia do benefício que se pretende receber; ele corresponderá necessariamente ao montante acumulado ao fim do período contributivo, formado pelas contribuições vertidas, não restando ao plano nenhuma responsabilidade de mantê-lo em determinado padrão, conforme observam Chan, Silva e Martins, citando o FAS n. 87, emitido pela *Financial Accounting Standards Boards* (FASB) e o IAS n. 19, à época de sua edição publicado pela *International Accounting Standards Committee* (IASC) ⁶⁹.

Por isso, relevante a reflexão feita por Ivy Cassa, no sentido de que o não pagamento da contribuição não importará, necessariamente, em inadimplência, mas tão somente resultará em impacto proporcional no futuro benefício, qual seja, uma diminuição em relação ao respectivo valor, caso houvesse sido feita a contribuição⁷⁰.

Pelo que se percebe, o termo utilizado para nominar a modalidade “contribuição definida” não exprime com fidedignidade a sua natureza, pois a contribuição não é definida, mas é aquela que o participante deseja fazer, podendo variar ao sabor de sua intenção no momento da entrega do valor à custódia da entidade de previdência complementar. Uma contribuição só seria definida de fato, caso houvesse uma patrocinadora, instituidora ou averbadora (pessoas jurídicas), que se comprometesse com o participante a realizar aportes em seu benefício, com valor preestabelecido. Mesmo assim, tal dever se daria numa relação entre ambos e não perante a entidade de previdência.

Outra característica é que o valor do benefício também pode variar após o fim da fase de diferimento, em função do comportamento do saldo acumulado. Quer dizer, se os pagamentos dele originados e a performance das respectivas aplicações resultarem em um valor insuficiente para custear o benefício em curso, o valor deste deverá ser alterado.

Nesse caso, o benefício, ao fim, corresponde exatamente ao montante acumulado, findo o montante, estará findo o benefício. A entidade não assume qualquer responsabilidade de suportar o respectivo ônus, ela não garante um benefício calculado atuarialmente. Outra

⁶⁹ CHAN, B. L.; SILVA, F. L. da; MARTINS, G. de A. **Fundamentos da previdência complementar**: da atuária à contabilidade. 2. ed. São Paulo: Atlas: FIPECAFI/USP, 2010, p. 23.

⁷⁰ CASSA, I. **Contrato de previdência privada**. São Paulo: MP, 2009, p. 159.

informação a ser cuidadosamente guardada para conhecimento da natureza do plano durante a fase de benefício.

Por força das Res. CNSP n. 348 e n. 349/2017, as EAPC, como dito, não podem operar cobertura por sobrevivência do tipo “contribuição definida”, mas somente “contribuição variável” e “benefício definido”. Contudo a “contribuição variável” pode abarcar as características do tipo “contribuição definida”, ou seja, na prática, podem existir planos com essa formatação. Como se verá, o modelo “contribuição variável” serve para dar liberdade às EAPC militarem nas três formas.

Por fim, resta esclarecer em que consiste a modalidade “contribuição variável”, cuja nomenclatura também nada explica sobre suas características. Em verdade, esta modalidade pouco difere da “contribuição definida”, já que o valor do benefício não é estabelecido previamente e dependerá do valor que se conseguiu acumular até o fim da fase de diferimento.

É possível, nessa hipótese, igualmente ao que ocorre na “contribuição definida”, que sejam preestabelecidos o valor da contribuição e o período em que serão feitos estes aportes, entretanto, isso não se revestirá em uma obrigação de fato, pois o benefício, em qualquer hipótese, só será calculado ao fim da fase de diferimento, ante a um valor real do saldo acumulado.

Quanto ao benefício, ele poderá decorrer unicamente do saldo acumulado, ou haverá a **possibilidade** (não obrigação) de se utilizar o cálculo atuarial para defini-lo. Optando o participante por um benefício calculado com base em critérios atuariais e assim fixado (o valor se torna obrigatório para a entidade), a cobertura por sobrevivência se torna similar à modalidade “benefício definido”, entretanto com a diferença de que o cálculo atuarial partiu do saldo existente na data de sobrevivência (o que também se chama data de aposentadoria), ou seja, **tal cálculo ocorrerá somente ao fim do período de diferimento e não no momento da contratação.**

É notável que a descrição da modalidade “contribuição variável” não condiz precisamente com a legislação, à medida que ela dá a entender que o benefício sempre será calculado com critérios atuariais. Ocorre que a opção de contratação de benefício estipulado mediante cálculo atuarial é uma possibilidade que deve, obrigatoriamente, estar disponível ao

participante contratante de cobertura por sobrevivência na modalidade “contribuição variável”, nos termos da Res. CNSP n. 348/2017, art. 7º, § 7º, e da Res. CNSP n. 349/2017⁷¹, art. 7º, § 4º.

Sendo a contratação de benefício estipulado por critérios atuariais uma mera possibilidade, resta confirmada, embora não esteja prevista, a possibilidade de oferta de planos na modalidade “contribuição definida” pelas EAPC. Basta que, por opção do participante, o benefício se limite ao saldo acumulado, não importando à entidade nenhum dever de suportar algo além do que o participante acumulou (contribuições adicionadas dos rendimentos).

Logo, em termos práticos, as três modalidades de planos de previdência privada ou de coberturas por sobrevivência são possíveis tanto nos planos oferecidos pelas EFPC, quanto pelas EAPC.

3.2.3 Coexistência entre cobertura por sobrevivência e coberturas de risco em um mesmo instrumento contratual

Ao se falar em plano de previdência privada, pensa-se numa modalidade de contrato baseado na constituição de reserva destinada a garantir o benefício pretendido pelo contratante, o que, conforme consta da regulamentação atinente aos planos oferecidos pelas entidades abertas, denomina-se cobertura por sobrevivência.

Diante disso, concluiu-se que se podia tomar ambas as expressões, plano de previdência privada e cobertura por sobrevivência, como termos equivalentes.

É primordial, no entanto, confrontar a natureza da cobertura por sobrevivência (previdência complementar) e do contrato de seguro de vida, designado na legislação regulatória como espécie de “cobertura de risco”, tendo em vista que ambas podem constar de um mesmo instrumento contratual e que a principal objeção relativa à incidência do ITCMD quando da ocorrência do óbito do titular do plano de previdência privada é a atribuição de natureza de seguro de vida a esse contrato.

A possibilidade de contratar um plano de previdência (cobertura por sobrevivência) juntamente com outras modalidades de contrato, está expressa nas normas de regulamentação da previdenciária privada brasileira. No curso do contrato de um plano de previdência privada,

⁷¹ Res. CNSP n. 348/2017. [...] Art. 7º. Os planos serão dos seguintes tipos: [...] § 7º. Os planos previstos nos incisos I a V, IX e X deste art. devem oferecer a opção de o segurado contratar renda calculada com base em componente atuarial. Res. CNSP n. 349/2017: [...] Art. 7º. Em função da cobertura por sobrevivência, os planos serão dos seguintes tipos: [...] § 4º. Todos os tipos de plano mencionados neste art. devem oferecer a opção de o participante contratar renda calculada com base em componente atuarial.

por exemplo, é possível ver a contratação de empréstimos (mútuo) junto à entidade previdenciária, este último com certos limites já constantes do termo citado⁷².

Entretanto, agora, interessa observar a contratação da cobertura por sobrevivência juntamente à cobertura de risco que corresponda a um contrato de seguro vida. Ou seja, conhecer precisamente em que consistem ambas as espécies de cobertura serve, justamente, para prover os conceitos necessários à distinção entre os contratos.

Relativamente à previdência complementar aberta, SUSEP e CNPC trazem definições para a cobertura de risco, que, uma direta e outra indiretamente, excluem a cobertura por sobrevivência. A SUSEP descreve a cobertura de risco como aquela “que garante o pagamento de benefício aos beneficiários indicados, em caso de morte do participante, ou ao próprio participante, no caso da sua invalidez total e permanente”⁷³. Por seu turno, a Res. CNSP n. 117/2004, que altera e consolida as regras de funcionamento e os critérios para operação das **coberturas de risco oferecidas em plano de seguro de pessoas**, e dá outras providências, descreve essa espécie de cobertura como “coberturas do seguro de pessoas cujo evento gerador não seja a sobrevivência do segurado a uma data pré-determinada”. Já a Res. CNSP n. 201/2008, que altera e consolida as regras de funcionamento e os critérios para operação **das coberturas por morte e invalidez oferecidas em planos de previdência complementar aberta** e dá outras providências, adota definição idêntica à apresentada pela SUSEP.

No que tange à previdência complementar fechada, os órgãos reguladores não trazem conceitos para a cobertura de risco, contudo, quando utilizam essa expressão, tratam também da cobertura por morte e por invalidez, conforme se vê em Res. CGPC 17/2015, e Inst. PREVIC nº 07/2018, ambas dispendo sobre as regras para contratação de seguros para coberturas de riscos pelas entidades fechadas de previdência complementar⁷⁴ ⁷⁵.

Em verdade, o distintivo da cobertura de risco para qualquer outra forma de cobertura é que o evento gerador do benefício, embora previsível, não pode ter a sua data de ocorrência

⁷² Vide Circular SUSEP n. 600/2020 e Res. CMN n. 4.661/2018, art. 25.

⁷³ SUSEP. **Previdência Complementar Aberta**. Disponível em: <http://www.susep.gov.br/menu/informacoes-ao-publico/planos-e-produtos/previdencia-complementar-aberta#TBR>. Acesso em: 20 jan. 2020.

⁷⁴ Art. 2º da Res. CGPC n. 17/2015 e art. 3º da Inst. Previc n. 07/2018: (o texto é idêntico para os dois institutos): [...] A EFPC poderá contratar, em conjunto ou isoladamente, de forma parcial ou total, em relação a cada plano de benefícios seguro para cobertura dos riscos decorrentes das seguintes ocorrências previstas em regulamento: I – invalidez de participante; II – morte de participante ou assistido; III – sobrevivência de assistido; ou IV – desvio das hipóteses biométricas [...].

⁷⁵ Há dentre as coberturas de risco apontadas pela Previc e pelo CGPC a cobertura por sobrevivência do assistido, a qual este autor não considera ser uma cobertura de risco, mas uma cobertura por sobrevivência, que, todavia, não é objeto de plano de previdência complementar por não se moldar aos parâmetros da Lei Complementar n. 109/2001, especialmente no que tange à adoção obrigatória do regime financeiro de capitalização. Diante disso, por também se diferenciar da cobertura por sobrevivência, não há problemas no fato

determinada. É por isso que eventos como morte e invalidez são classificadas nesse gênero. Disso decorre que um seguro de vida, assim entendido como uma das modalidades de contrato cujos determinados efeitos decorram da morte de determinada pessoa (em regra do próprio contratante) deve ser classificado como cobertura de risco, já que, se a morte é algo certo para todas as pessoas naturais, a data de sua ocorrência é completamente indeterminada.

Nessa trilha segue Ivy Cassa, em sua obra *Contrato de previdência privada*⁷⁶, ao descrever os objetos que podem estar presentes junto ao contrato previdenciário complementar:

4.0.3.2.3.3. Coberturas de risco

As coberturas de risco têm natureza bem próxima à do seguro. O participante efetua o pagamento da contribuição referente à cobertura e, em troca, recebe **da entidade a garantia** de que, no caso da ocorrência do evento predeterminado, receberá uma indenização (ele, ou seu beneficiário em caso de morte).

Os valores referentes às contribuições para as coberturas de risco **não estão sujeitos ao resgate ou portabilidade, nem integram a reserva matemática individual do participante**. Os valores são pagos diretamente à entidade como forma de **remuneração pela garantia prestada**, de maneira bastante semelhante à que ocorre em um seguro. Assim, **mesmo que o risco não se verifique, o pagamento é devido**, pois a entidade efetivamente cumpriu com o seu papel **de prestar a garantia**, independentemente de o risco vir a se materializar.

Conforme Glória Arruda, os benefícios de risco são aqueles **cujo evento gerador pode ocorrer a qualquer momento**. Os eventos geradores destes benefícios são a morte e a invalidez. [...] São tratados nas técnicas utilizadas pelo contrato de seguro, em que o valor do benefício é explícito e definido, e o seu custeio é estabelecido a partir da esperança matemática (probabilidade) de realização do evento gerador do benefício, que é denominado sinistro⁷⁷ (grifos nossos).

O conceito dado por Ivy Cassa, embora contribua, contém equívocos que precisam ser corrigidos.

A própria remissão feita pela autora às lições de Glória Arruda corrige uma das falhas, pois o que caracteriza a cobertura de risco não é ter natureza próxima a de seguro (até porque

de a cobertura por sobrevivência do assistido permanecer dentre as coberturas de risco, porque a intenção é demonstrar que pode haver contratação conjunta de coberturas distintas da cobertura por sobrevivência correspondente ao plano de previdência complementar.

⁷⁶ CASSA, I. *Contrato de previdência privada*. São Paulo: MP, 2009, p. 153.

⁷⁷ ARRUDA, M. da G. C. *A previdência privada aberta como relação de consumo*. São Paulo: LTr, 2004, p. 138-139 *apud* CASSA, I. *Contrato de previdência privada*. São Paulo: MP, 2009, p. 153.

Ivy Cassa não explica o que seria “natureza de seguro”), mas sim o respectivo evento gerador poder ocorrer em data que não se pode precisar.

Perceba-se que na cobertura por sobrevivência importam fato e data (estar vivo em data “x”) durante a vigência do contrato, já na cobertura de risco importa somente o fato (p. ex., morrer ou ficar inválido) durante a vigência do contrato. Daí que qualquer contrato que preveja um benefício devido em razão da ocorrência de determinado fato dentro de sua vigência, sem que este tenha de ser aferido em uma data precisa, será um contrato que contém cobertura de risco, o qual poderá ou não ser um contrato de seguro (espécie de contrato aleatório, conforme será demonstrado no subtópico 3.4.1).

Deve-se compreender que um seguro de vida, cuja cobertura se refere à morte ou à invalidez, por ter o respectivo benefício condicionado à ocorrência de algum dos fatos sem data de ocorrência prevista, sempre corresponderá a uma cobertura de risco.

Outro vício constante do conceito de Ivy Cassa é no que tange poderá impossibilidade haver resgate e portabilidade na cobertura de risco. Isso não procede, porque as citadas Res. CNSP n. 117/2004, Res. CNSP n. 201/2008 e Res. CGPC 17/2015, atos relativos à EAPC (aqui incluindo as companhias seguradoras que operam cobertura por sobrevivência) e à EFPC podem utilizar do regime financeiro de capitalização para estruturar coberturas de risco, nas quais há, por isso, o direito ao resgate e à portabilidade.

Diante disso, seria possível questionar se as coberturas de risco estruturadas sob o regime financeiro de capitalização poderiam ser consideradas espécie de seguro. Todavia, esse seria o tema para uma outra pesquisa, considerando que o enfoque aqui é tratar da cobertura por sobrevivência estruturada sob o regime financeiro de capitalização, conforme determina o art. 202 da CF/1988 e da Lei Complementar n. 109/2001.

É de se notar que a autora faz uma vinculação direta entre cobertura de risco e seguro, no que é acompanhada por Glória Arruda, já que ambas ligam tal cobertura a um benefício de valor previamente definido, devido em caso de ocorrência de morte ou invalidez (fato previsível sem data prefixada), garantido por determinada pessoa (EAPC, EFPC ou companhia seguradora) em troca de remuneração (prêmio). Essa noção, embora apresente vícios, não é de todo descabida, pois é o que ocorre normalmente, visto que as coberturas de risco adjuntas a cobertura de sobrevivência, em regra, têm essa forma – que corresponde à descrição do contrato de seguro feita pelo art. 757 do Código Civil de 2002⁷⁸.

⁷⁸ BRASIL. Código Civil (2002). Art. 757. Pelo contrato de seguro, o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou a coisa, contra riscos

Compreendido o que é cobertura de risco e que se enquadram nesse conceito a cobertura por morte ou invalidez contratada no âmbito de um instrumento contratual de uma cobertura por sobrevivência (plano de previdência), é possível inferir que ambas, embora possam aparecer em um mesmo instrumento contratual, não se confundem.

E é exatamente isso que consta das normas que regulamentam a cobertura por sobrevivência à luz da Lei Complementar n. 109/2001.

A contratação conjunta de cobertura por sobrevivência (previdência privada) com cobertura de risco (que pode ser um seguro) é comum tanto aos planos administrados por EFPC, quanto àqueles administrados por EAPC.

Da regulamentação específica para as EAPC, a possibilidade da contratação em conjunto está expressa e diretamente prevista, conforme se vê do art. 21 tanto da Res. CNSP n. 348/2017, quanto da Res. CNSP n. 349/2017, ambos com idêntica redação: “Art. 21. **A cobertura por sobrevivência poderá ser oferecida isoladamente ou em conjunto com cobertura (ou coberturas) de risco**, respeitadas as regulamentações específicas pertinentes e as normas complementares que vierem a ser editadas pela Susep” (grifo nosso).

Importante destacar, ainda quanto aos planos administrados pelas EAPC, que tanto naqueles da família do PGBL, quanto naqueles da família do VGBL (frequentemente e erroneamente classificados como espécie de seguro de vida, por serem ofertados e operados por companhias seguradoras), é possível contratar ambas as coberturas – sobrevivência e risco. Em ambas as famílias, a cobertura por sobrevivência é o objeto principal do contrato, conforme se vê na ementa das Res. CNSP n. 348 e 349, ambas de 2017:

RESOLUÇÃO CNSP N. 349, DE 25 DE SETEMBRO DE 2017. (Família PGBL)

Altera e consolida as regras de funcionamento e os critérios para operação **da cobertura por sobrevivência** oferecida em **plano de previdência complementar aberta** e dá outras providências. [...]

RESOLUÇÃO CNSP N. 348, DE 25 DE SETEMBRO DE 2017. (Família VGBL)

Altera e consolida as regras de funcionamento e os critérios para operação **da cobertura por sobrevivência** oferecida em **plano de seguro de pessoas** e dá outras providências [...] (grifos e menções Família PGBL e VGBL nossos).

Quanto aos planos de EFPC, a possibilidade de contratação da cobertura de risco em conjunto com a cobertura por sobrevivência também é expressa, entretanto não de forma tão

predeterminados. Parágrafo único. Somente pode ser parte, no contrato de seguro, como segurador, entidade para tal fim legalmente autorizada.

direta quanto demonstrado acima. Relembre-se que a legislação acerca da regulamentação específica desses planos não adota o termo cobertura por sobrevivência para designá-los.

Nessa regulamentação, há passagens que disciplinam como será custeada a cobertura de risco, o que comprova que ela consiste em avença distinta do plano de previdência complementar. É o que se vê, por exemplo, no conteúdo da Res. CGPC n. 06/2003, art. 6º:

RESOLUÇÃO CGPC N. 06, DE 30 DE OUTUBRO DE 2003

Dispõe sobre os institutos do benefício proporcional diferido, portabilidade, resgate e autopatrocínio em **planos de entidade fechada de previdência complementar**.

[...] Art. 6º. A opção pelo benefício proporcional diferido implicará, a partir da data do requerimento, a cessação das contribuições para o benefício pleno programado, observado o disposto nos parágrafos deste artigo. § 1º O regulamento do plano de benefícios deverá dispor sobre o custeio das **despesas administrativas e de eventuais coberturas dos riscos** de invalidez e morte do participante, **oferecidas durante a fase de diferimento** (grifos nossos).

O dispositivo transcrito afirma que a cobertura de risco deve ter uma regra de custeio em separado, o que ocorre justamente porque ela não se confunde com a cobertura por sobrevivência, objeto da previdência complementar. Afirmção que se torna ainda mais evidente se tal cobertura de risco for prestada na forma de seguro de vida, uma vez que o participante do plano deverá remunerar a entidade que estiver a garanti-la, fato do qual decorre que os valores “pagos” ao plano não irão integralmente para o montante capitalizado, pois parte dele servirá para pagar o seguro.

Esse dever de segregar o que se “paga” para cada tipo de cobertura posto para as EFPC encontra previsão simétrica nas normas atinentes às EAPC, constante do art. 80 das referidas Res. CNSP n. 348 e 349, ambas de 2017:

Art. 80. A proposta de inscrição emitida por qualquer meio que se possa comprovar, físico ou por meios remotos, nos termos da regulamentação específica, **deverá discriminar a forma e o critério de custeio de cada cobertura, com a fixação das respectivas contribuições**, quando for o caso. (grifo nosso)

Um exemplo prático da segregação entre coberturas de risco e cobertura por sobrevivência é um caso tratado na Solução de Consulta n. 601 (COSIT), de 21 de dezembro

de 2017⁷⁹, em que os valores referentes à cobertura de risco foram cobrados de forma postecipada, ou seja, foram abatidos do saldo da reserva constituída pelos aportes do participante. Na ocasião, considerou-se que os valores referentes à cobertura de risco representavam despesa realizada pelo participante e, diante disso, o abatimento representava um resgate parcial.

A solução de consulta é um caso interessante, pois trata de um plano da família VGBL, ou seja, “seguro de pessoa com cláusula de cobertura por sobrevivência”, como dito, comumente confundido com uma espécie de seguro de vida (cobertura de risco), entretanto admite a existência do custeio de duas coberturas diferentes, sobrevivência e risco.

A partir disso, o documento considera que ao pagar a cobertura de risco, mesmo por via de abatimento do saldo capitalizado, está sendo realizado ato análogo a um saque (resgate) e posterior pagamento, razão pela qual seria devido o Imposto de Renda incidente sobre a operação de resgate.

O entendimento da Receita Federal do Brasil (RFB) corrobora com o que vem sendo trabalhado aqui até então, no sentido de que o VGBL, embora tenha o nome de seguro, não é, de fato, uma espécie de seguro de vida (cobre morte ou invalidez e, por isso, seria cobertura de

⁷⁹ ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE – IRRF SEGURO DE VIDA COM CLÁUSULA DE COBERTURA POR SOBREVIVÊNCIA. RESGATE PARCIAL. APURAÇÃO PROPORCIONAL. **Valores parciais retirados de plano de seguro de vida com cláusula de cobertura por sobrevivência, antes da fase de pagamentos dos benefícios, são classificados, com exceção da hipótese de portabilidade, como resgates parciais.** Nesse caso, a base de cálculo do Imposto sobre a Renda deve ser apurada de forma proporcional de acordo com o § 1º do art. 63 da Medida Provisória n. 2.158-35, de 24 de agosto de 2001, com possibilidade de opção pelo regime progressivo ou regressivo, conforme disciplinado pela Instrução Normativa SRF n. 588, de 21 de dezembro de 2005. [...] 14. De acordo com a narrativa do Consulente, antes que seja iniciado o período de pagamento dos benefícios relativos ao **seguro de vida com cláusula de cobertura por sobrevivência, o segurado autoriza que sejam feitas retiradas parciais do saldo desse primeiro seguro e que tais valores sejam utilizados para pagar prêmio do segundo seguro, o qual possui cobertura de risco.** 15. **Como o segundo seguro não possui cláusula de cobertura por sobrevivência, está evidente que não se trata de portabilidade,** a qual permitiria, nesse caso, a movimentação pelo segurado, no período de diferimento e na forma regulamentada, dos recursos de provisões apenas para outros planos de seguro de pessoas com cláusula de cobertura por sobrevivência. [...] 16. A interpretação sustentada pelo Consulente é de que, em razão de tais retiradas não abrangerem eventuais ganhos, elas não estariam sujeitas a incidência do Imposto sobre a Renda. Todavia, essa interpretação não possui amparo na legislação tributária regente da matéria, que especifica, com exceção da hipótese de portabilidade, que os **valores retirados antes da fase de pagamentos dos benefícios sejam classificados como resgate total ou parcial.** [...] 18. Diante do exposto, soluciono a consulta respondendo ao Consulente que, com exceção da hipótese de portabilidade, **os valores parciais retirados de plano de seguro de vida com cláusula de cobertura por sobrevivência, antes da fase de pagamentos dos benefícios, são classificados como resgates parciais.** Nesse caso, a base de cálculo do Imposto sobre a Renda deve ser apurada de forma proporcional de acordo com o § 1º do art. 63 da Medida Provisória n. 2.158-35, de 2001, com possibilidade de opção pelo regime progressivo ou regressivo na forma prevista na Lei n. 11.053, de 2004, e conforme a disciplina dada pela Instrução Normativa RFB n. 588, de 2005. (grifos nossos).

risco), mas sim de cobertura por sobrevivência estruturado sob o regime financeiro de capitalização tal qual o PGBl e os planos operados pelas EFPC.

Convém apontar que a cobrança posterior de valores relativos à cobertura de risco também ocorre em planos das EFPC, conforme dispõe a Res. CGPC n. 06/2003⁸⁰, art. 26, § 1º e Instrução SPC n. 05, de 9 de dezembro 2003, art. 3º, parágrafo único⁸¹.

Embora contenha vícios, a explanação feita por Ivy Cassa, com suporte nos ensinamentos de Glória Arruda, demonstra que, na cobertura por sobrevivência, as contribuições vão para a reserva individual do participante, ou seja, não são para ele uma despesa, mas um depósito de valores, enquanto na cobertura de risco (caso ela seja um seguro, conforme a premissa por elas adotada), as contribuições são despesas, porque remuneram a garantia prestada ao segurado. De um lado, na cobertura de sobrevivência, o participante acumula recursos em sua reserva e ela própria custeará o benefício pretendido, de outro, na cobertura de risco correspondente a um seguro de vida, o participante paga à seguradora, que, em contrapartida, garante o benefício se e somente se ocorrer o sinistro.

A distinção aqui apresentada será importantíssima para a diferenciação entre previdência complementar e seguro.

3.3 Adequada classificação dos planos de Previdência Complementar

O art. 202 da CF/1988 determina que a previdência complementar seja organizada com base na formação de reserva capaz de garantir o objetivo do instituto, que é pagar o benefício. Daí que a base da modalidade previdenciária é a acumulação patrimonial. Já em seu § 1º, o

⁸⁰ Res. CGPC n. 06/2003. Art. 26. O valor do resgate corresponde, no mínimo, à totalidade das contribuições vertidas ao plano de benefícios pelo participante, descontadas as parcelas do custeio administrativo que, na forma do regulamento e do plano de custeio, sejam de sua responsabilidade. § 1º Do valor previsto no *caput*, poderá ser deduzida **a parcela destinada à cobertura dos benefícios de risco** que, na forma do regulamento e do plano de custeio, seja de responsabilidade do participante (grifos nossos).

⁸¹ INSTRUÇÃO SPC n. 05/2003. Estabelece instruções complementares a serem adotadas **pelas entidades fechadas de previdência complementar na execução do disposto na Resolução CGPC n. 6, de 30 de outubro de 2003**, que dispõe sobre os institutos do benefício proporcional diferido, portabilidade, resgate e autopatrocínio, e dá outras providências. [...] Art. 3º A data base para cálculo do valor a ser portado corresponderá à data de cessação das contribuições para o plano de benefícios, ressalvado o disposto no parágrafo único deste artigo. Parágrafo único. Na hipótese de portabilidade após opção do participante pelo benefício proporcional diferido, o valor a ser portado corresponderá àquele apurado para portabilidade na data da cessação das contribuições para o benefício pleno programado, acrescido de eventuais contribuições específicas para o incremento do benefício decorrente da opção, atualizado na forma prevista no regulamento do plano de benefícios, **o qual também disporá sobre o custeio das despesas administrativas e de eventuais coberturas de risco incorridas no período** (grifos nossos).

dispositivo aponta que será garantido ao participante acompanhar a gestão do seu plano, o que denota a função da entidade operadora, que é de administrar⁸².

Do texto constitucional restou, pois, que a previdência complementar no Brasil se baseará na constituição de um monte financeiro, que será a origem dos benefícios a serem pagos, e que caberá às entidades de previdência complementar a gestão tanto desse monte, quanto do pagamento do benefício.

Com a edição da Lei Complementar n. 109/2001, a qual coube, dentro da premissa constitucional, estabelecer balizas mais precisas para a previdência complementar brasileira, consolidou-se o regime financeiro de capitalização como a pedra fundamental desse sistema.

O estabelecimento do referido regime como a linha mestra se deveu à garantia dada pela lei complementar de que os participantes dos planos de previdência privada teriam assegurados o direito de sacar e de transferir a reserva formada, observados os termos da regulamentação disposta pelos órgãos reguladores⁸³.

Ora, se foi dado ao participante sacar e transferir a reserva em formação, evidentemente, existe uma individualidade na acumulação dos recursos vertidos ao plano, ou seja, há que se considerar que ocorre a formação de uma reserva para cada participante, pelo que cada um tem o seu saldo de recursos acumulados.

No que toca aos planos operados pelas EFPC, os popularmente conhecidos fundos de pensão, o legislador entendeu por bem ser expresso na determinação da adoção do regime financeiro de capitalização e no reconhecimento de que as reservas formadas correspondiam a direito acumulado individualmente pelos participantes, conforme se vê do art. 14, II e III; do art. 15, parágrafo único; do art. 17, *caput*; e, no que toca aos benefícios a serem pagos na forma de renda, do art. 18, § 1º, todas da Lei Complementar n. 109/2001⁸⁴.

No que se refere aos planos das EAPC, embora tenham sido estabelecidos como obrigatórios os institutos do resgate e da portabilidade, incompatíveis com regimes financeiros

⁸² BRASIL. Constituição Federal (1988). Art. 202. O regime de previdência privada, de caráter complementar e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social, será facultativo, **baseado na constituição de reservas** que garantam o benefício contratado, e regulado por lei complementar. § 1º. A lei complementar de que trata este artigo assegurará ao participante de planos de benefícios de entidades de previdência privada o pleno acesso às informações relativas **à gestão de seus respectivos planos** (grifos nossos).

⁸³ BRASIL. Lei Complementar n. 109/2001, art. 14, I e II; e art. 27.

⁸⁴ BRASIL. Lei Complementar n. 109/2001. Art. 14. Os planos de benefícios deverão prever os seguintes institutos, observadas as normas estabelecidas pelo órgão regulador e fiscalizador: [...] II - portabilidade do **direito acumulado** pelo participante para outro plano; III - resgate da totalidade das contribuições vertidas ao plano pelo participante, descontadas as parcelas do custeio administrativo, na forma regulamentada; [...] Art. 15. Para efeito do disposto no inciso II do caput do artigo anterior, fica estabelecido que: [...] Parágrafo único. O **direito acumulado** corresponde às reservas constituídas pelo participante ou à reserva matemática, o que lhe for mais favorável. [...] Art. 17. As alterações processadas nos regulamentos dos planos aplicam-se a todos os

de repartição, a lei complementar não foi expressa na determinação da adoção do regime financeiro de capitalização. Esta seria uma determinação implícita no seu texto.

Embora implícita, a regulamentação imposta pelo CNSP tratou de suprir a omissão e determinou expressamente que o regime financeiro de capitalização seria obrigatório para as coberturas por sobrevivência operadas por EAPC e companhias seguradoras, conforme consta do art. 2º de ambas as Res. CNSP n. 348/2017 e 349/2017. Isso fez com que previdência fechada e aberta tivessem, obrigatoriamente, o mesmo padrão estrutural.

Se estruturalmente ambos os ramos da previdência privada são iguais, além de lógico, torna-se aplicável aos planos abertos o entendimento da Lei Complementar n. 109/2001, quanto à existência de um direito acumulado do participante.

Um ponto importante a ser mencionado é que o resgate e a portabilidade encontram limite no período de diferimento, que corresponde à fase em que se faz aportes para a reserva financeira a que se refere a cobertura por sobrevivência, conforme consta dos art. 14 e 16 da Res. CGPC n. 06/2003, no art. 56 e 60 da Res. CNSP n. 348/2017, e no art. 57 e 61 da Res. CNSP n. 349/2017⁸⁵.

É relevante demonstrar a simetria da legislação, tanto entre a EAPC e a EFPC, quanto dentro da seara das EAPC, entre entidades de previdência privada propriamente ditas e companhias seguradoras que operam cobertura por sobrevivência, porque não raro é se verificar a atribuição de naturezas distintas tão somente em razão da entidade que opera a cobertura por sobrevivência. Assim, ante a simetria da legislação, até este exato ponto, conclui-se que qualquer cobertura por sobrevivência estruturada obrigatoriamente sob o regime financeiro de capitalização, em observância à Lei Complementar n. 109/2001, durante a fase de diferimento (fase compreendida entre a contratação e a opção pelo recebimento do benefício), tem a mesma natureza de acumulação individual de direitos, ou seja, acumulação patrimonial individual, o que rechaça qualquer teoria pela qual os planos de previdência, *a priori*, se relacionem a meras

participantes das entidades fechadas, a partir de sua aprovação pelo órgão regulador e fiscalizador, observado o **direito acumulado** de cada participante. [...] Art. 18. O plano de custeio, com periodicidade mínima anual, estabelecerá o nível de contribuição necessário à constituição das reservas garantidoras de benefícios, fundos, provisões e à cobertura das demais despesas, em conformidade com os critérios fixados pelo órgão regulador e fiscalizador. § 1º **O regime financeiro de capitalização é obrigatório** para os benefícios de pagamento em prestações que sejam programadas e continuadas. (grifos nossos)

⁸⁵ Res. CGPC n. 06/2003: [...] Art. 14. Ao participante que não esteja em gozo de benefício é facultada a opção pela portabilidade na ocorrência simultânea das seguintes situações: [...] Art. 24. O resgate não será permitido caso o participante esteja em gozo de benefício. [...] Res. CNSP n. 348/2017 e 349/2017 (dispositivos com igual redação): [...] Art. 56/57. Durante o período de diferimento, e na forma regulamentada pela Susep, será permitido ao segurado resgatar os recursos da Provisão Matemática de Benefícios a Conceder. Art. 60/61. Durante o período de diferimento, e na forma regulamentada pela Susep, será permitido ao segurado resgatar os recursos da Provisão Matemática de Benefícios a Conceder.

expectativas de direitos do seu titular. A cobertura por sobrevivência até pode vir a representar uma expectativa de direitos, mas nunca na fase de diferimento, ante ao amplo acesso aos recursos portados e acumulados, isso somente ocorrerá em determinados casos na fase de benefício.

Se, até então, na fase de diferimento, os recursos acumulados devem ser individuais e estarem disponíveis para resgate e portabilidade, não há espaço para se considerar que, pelo menos nessa fase, a cobertura por sobrevivência deve ser orientada pela lógica do mutualismo, que é própria dos institutos estruturados sob o regime financeiro de repartição, estes não acolhidos pela Lei Complementar n. 109/2001.

Tem-se, então, que, diante da obrigatória adoção do regime financeiro de capitalização e, durante a fase de diferimento, diante dos direitos de resgate e de portabilidade, no mínimo na referida fase, a cobertura por sobrevivência tem natureza de acumulação patrimonial individual, ou seja, o participante detém uma propriedade junto à entidade de previdência complementar.

Se os recursos aportados à reserva correspondem a uma propriedade do participante, resta confirmado, conforme levantado na análise do art. 202 da CF/1988, que o papel da entidade de previdência, ao menos durante a fase de diferimento, é administrar os fundos de forma que eles sejam capazes de fazer frente ao benefício tido como objeto finalístico do plano.

Isso se confirma pela previsão da forma de remuneração dos serviços de gestão prestados pelas EFPC e EAPC, que se dá mediante o desconto de um percentual das contribuições vertidas, chamado de “taxa de carregamento” e “taxa de administração”. As referidas taxas têm suporte, no que tange às EFPC, na Lei Complementar n. 109/2001, parte final do art. 14, III; regulamentado pela Res. CGPC n. 29/2009, art. 2º, VI e VII c/c art. 6º; e, no que tange às EAPC, nas Res. CNSP n. 348/2017 e n. 349/2017, arts. 38 e 39; e nas Circulares SUSEP n. 563/2017 e n. 564/2017, arts. 45 e 47, XII⁸⁶.

Diante disso, em razão da simetria entre as coberturas por sobrevivência (planos de previdência privada) administradas por entidades fechadas e abertas de previdência privada,

⁸⁶ BRASIL. Lei Complementar n. 109/2001: [...] Art. 14. Os planos de benefícios deverão prever os seguintes institutos, observadas as normas estabelecidas pelo órgão regulador e fiscalizador: [...] III – resgate da totalidade das contribuições vertidas ao plano pelo participante, **descontadas as parcelas do custeio administrativo**, na forma regulamentada; (grifo nosso); Res. CGPC n. 29/2009: [...] Art. 2º. Para fins desta Resolução, entende-se por: [...] VI – taxa de administração: percentual incidente sobre o montante dos recursos garantidores dos planos de benefícios no último dia do exercício a que se referir; e VII – taxa de carregamento: percentual incidente sobre a soma das contribuições e dos benefícios dos planos no exercício a que se referir. [...] Art. 6º. O limite anual de recursos destinados pelo conjunto dos planos de benefícios executados pela EFPC de que trata a Lei Complementar n. 108/2001, para o plano de gestão administrativa, observado o custeio pelo patrocinador, participantes e assistidos, é um entre os seguintes: I – taxa de administração de até 1%; ou II – taxa de carregamento de até 9%. **[Art. 6º aplicável a qualquer EFPC, por força do art. 8º desta resolução]** Res.

fica constatado que, pelos caracteres fundamentais, elas só se diferem quanto ao mercado a que são ofertadas, já que as das entidades fechadas são restritas a membros de determinada corporação, enquanto as das entidades abertas podem ser contratadas por qualquer pessoa física; e quanto à natureza das entidades mencionadas – as EFPC são fundações ou sociedades civis sem fins lucrativos, conforme determina a Lei Complementar n. 109/2001, art. 31, § 1º, e as EAPC, sociedades anônimas com fim específico ou companhias seguradoras, nos termos do art. 36 da mesma lei.

Cabe lembrar que se não há diferença entre o objeto das EAPC e das EFPC, menos ainda haverá entre as coberturas por sobrevivência de EAPC e de companhias seguradoras. Isso porque a lei complementar é expressa em conferir idêntica natureza aos planos operados por ambas, nos termos do art. 36, parágrafo único, o que já indica representar um equívoco classificar os planos da família do VGBL em categoria contratual diferente dos demais, vez que todos os planos de previdência (cobertura por sobrevivência) devem ser estruturados de forma idêntica.

Não é por outro motivo a dicção da Lei Complementar n. 109/2001, art. 40, parágrafo único, expressamente determinar que as companhias seguradoras, em sua contabilidade, discriminem as “operações previdenciárias” (cobertura por sobrevivência) dos seguros⁸⁷.

Não obstante a disposição constitucional, a regulamentação atribuída pela lei complementar e os atos infralegais demonstrarem que os planos de previdência complementar regidos pela LC n. 109/2001 envolvem acumulação de direitos, outras provas podem ser coletadas na legislação correlata.

Exemplo disso, no que concerne aos planos administrados por EAPC, é a Lei Federal n. 11.196/2005, que veio permitir a possibilidade de segregação patrimonial das quotas de

CNSP n. 348/2017 e 349/2017: [...] Art. 38/39. Poderá ser cobrado carregamento para fazer face às despesas administrativas e de comercialização, na forma regulamentada pela Susep, ficando vedada a cobrança de inscrição e quaisquer outros encargos ou comissões incidentes sobre o valor dos prêmios, inclusive a título de intermediação. Parágrafo único. Parte do carregamento poderá ser destinada à remuneração dos trabalhos realizados pelo estipulante, relacionados à divulgação, à propaganda, aos serviços de adesão, à cobrança, ao repasse e à prestação de informações. Circulares SUSEP n. 563/2017 e 564/2017: Art. 45/47 [...] XII – denominação, CNPJ, **taxa de administração** e taxa de performance do(s) FIE(s) vinculado(s) ao plano e sigla(s) que o(s) referencia(m) na divulgação diária de informações; (grifo nosso)

⁸⁷ BRASIL. Lei Complementar n. 109/2001. Art. 40. As entidades abertas deverão levantar no último dia útil de cada mês e semestre, respectivamente, balancetes mensais e balanços gerais, com observância das regras e dos critérios estabelecidos pelo órgão regulador. Parágrafo único. As sociedades seguradoras autorizadas a operar planos de benefícios deverão apresentar nas demonstrações financeiras, de forma discriminada, as atividades previdenciárias e as de seguros, de acordo com critérios fixados pelo órgão regulador.

fundos de investimento nos quais são aplicados os montantes aportados pelos participantes, em relação à entidade de previdência complementar⁸⁸.

Sobre esse ponto, esclarecedor o posicionamento dos especialistas em previdência complementar, Maurício Corrêa Sette Tôrres e Ivan Jorge Bechara Filho, na oportunidade ocupantes, respectivamente, dos cargos de Diretor e Assessor do Departamento de Legislação e Normas da Secretaria de Previdência Complementar:

FUNDOS DE INVESTIMENTO DE ENTIDADES ABERTAS DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR

Não se pode olvidar, ainda, que a recentemente editada Lei n. 11.196, de 21 de novembro de 2005, ao cuidar dos fundos de investimento constituídos por entidades abertas de previdência complementar e por sociedades seguradoras, faculta a constituição de fundos **com patrimônio segregado, vinculados exclusivamente a planos de previdência complementar ou a seguros de vida com cláusula de cobertura por sobrevivência**, estruturados na modalidade de contribuição variável, por elas comercializados e administrados. **O patrimônio de tais fundos não se comunica com o das entidades abertas de previdência complementar ou das sociedades seguradoras que os constituírem e não responde, nem mesmo subsidiariamente, por dívidas destas.** Outrossim, os bens e direitos integrantes do patrimônio separado não poderão ser penhorados, sequestrados, arrestados ou por qualquer outra forma constritos judicialmente em virtude de dívidas da entidade aberta de previdência complementar ou da sociedade seguradora, sendo que, **no caso de falência ou liquidação extrajudicial destas, aquele patrimônio não integrará a massa falida ou liquidanda**⁸⁹ (grifos nossos).

⁸⁸ BRASIL. Lei n. 11.196/2005: [...] DOS FUNDOS DE INVESTIMENTO CONSTITUÍDOS POR ENTIDADES ABERTAS DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR E POR SOCIEDADES SEGURADORAS E DOS FUNDOS DE INVESTIMENTO PARA GARANTIA DE LOCAÇÃO IMOBILIÁRIA Art. 76. **As entidades abertas de previdência complementar e as sociedades seguradoras poderão**, a partir de 1º de janeiro de 2006, **constituir fundos de investimento, com patrimônio segregado**, vinculados exclusivamente a planos de previdência complementar ou a seguros de vida com cláusula de cobertura por sobrevivência, estruturados na modalidade de contribuição variável, por elas comercializados e administrados. § 1º. **Durante o período de acumulação, a remuneração da provisão matemática de benefícios a conceder**, dos planos e dos seguros referidos no *caput* deste artigo, **terá por base a rentabilidade da carteira de investimentos dos respectivos fundos**. § 2º. Os fundos de investimento de que trata o *caput* deste artigo somente poderão ser administrados por instituições autorizadas pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM) para o exercício da administração de carteira de valores mobiliários. Art. 77. A aquisição de plano ou seguro enquadrado na estrutura prevista no art. 76 desta Lei far-se-á mediante **subscrição pelo adquirente** de quotas dos fundos de investimento vinculados. Art. 78. O patrimônio dos fundos de investimento de que trata o art. 76 desta Lei **não se comunica com o das entidades abertas de previdência complementar ou das sociedades seguradoras** que os constituírem, **não respondendo, nem mesmo subsidiariamente, por dívidas destas**. § 1º No caso de falência ou liquidação extrajudicial da entidade aberta de previdência complementar ou da sociedade seguradora, o patrimônio dos fundos não integrará a respectiva massa falida ou liquidanda. § 2º Os bens e direitos integrantes do patrimônio dos fundos **não poderão ser penhorados, sequestrados, arrestados ou objeto de qualquer outra forma de constrição judicial em decorrência de dívidas da entidade aberta de previdência complementar ou da sociedade seguradora** (grifos nossos).

⁸⁹ TORRES, M. C. S.; BECHARA FILHO, I. J. B. **Independência patrimonial dos planos de previdência complementar**, 7 dez. 2016. Disponível em: http://www.previdencia.gov.br/arquivos/office/3_081024-103924-572.pdf. Acesso em: 7 dez. 2016.

Segregação patrimonial, nos termos da citada lei, é o instituto que permite que as reservas dos participantes não possam ser atingidas por obrigações da entidade. Portanto, por exemplo, caso a entidade venha a se tornar insolvente, as reservas dos participantes não podem ser utilizadas para saldar as obrigações inadimplidas.

Esse artigo possibilitou aos planos oferecidos por entidades abertas de previdência complementar garantia ainda maior do que a contida na Lei Complementar n. 109/2001, art. 50⁹⁰, relativa àqueles ofertados por entidades fechadas, que dá ao crédito dos participantes e assistidos privilégio em caso de liquidação da entidade.

Para se viabilizar tal proteção ao direito do participante, a Lei n. 11.196/2005 possibilitou que as contribuições vertidas por ele fossem automaticamente convertidas em quotas de fundo de investimento, por ele subscritas, ou seja, as quotas constituem sua propriedade direta.

Cabe destacar que o alcance da estrutura permitida pela Lei n. 11.196/2005 não se limita aos planos comercializados após a sua edição, vez que o diploma admite a adaptação dos anteriores, nos termos do seu art. 80⁹¹.

É importante notar que a possibilidade de implementar a segregação patrimonial nesses moldes, em planos precedentes a esta norma, explicita a natureza acumulativa da cobertura por sobrevivência estruturada sobre o regime financeiro de capitalização, porque reconhece a

⁹⁰ BRASIL. Lei Complementar n. 109/2001. Art. 50. O liquidante organizará o quadro geral de credores, realizará o ativo e liquidará o passivo. § 1º Os participantes, inclusive os assistidos, dos planos de benefícios ficam dispensados de se habilitarem a seus respectivos créditos, estejam estes sendo recebidos ou não. § 2º Os participantes, inclusive os assistidos, dos planos de benefícios terão privilégio especial sobre os ativos garantidores das reservas técnicas e, caso estes não sejam suficientes para a cobertura dos direitos respectivos, privilégio geral sobre as demais partes não vinculadas ao ativo. § 3º Os participantes que já estiverem recebendo benefícios, ou que já tiverem adquirido este direito antes de decretada a liquidação extrajudicial, terão preferência sobre os demais participantes. § 4º Os créditos referidos nos parágrafos anteriores deste artigo não têm preferência sobre os créditos de natureza trabalhista ou tributária.

⁹¹ BRASIL. Lei n. 11.196/2005. Art. 80. Os planos de previdência complementar e os seguros de vida com cláusula de cobertura por sobrevivência comercializados até 31 de dezembro de 2005 poderão ser adaptados pelas entidades abertas de previdência complementar e sociedades seguradoras à estrutura prevista no art. 76 desta Lei.

existência de um direito do participante frente à entidade previdenciária, passível de ser transmutado da condição de simples crédito, para de propriedade mantida sob a custódia.

É que, se inexistisse um direito do participante, correspondente a uma obrigação da entidade (passivo), ao se constituir tal propriedade em favor dele, se imporia a ela uma despesa.

Assim, referida despesa causaria impacto negativo no patrimônio da entidade, repercutindo nos resultados, com todas as decorrências correlatas, societárias e tributárias.

Em direção diversa, existindo o direito do participante, a adaptação importaria apenas em uma mutação simétrica no ativo e no passivo da entidade, sem acarretar alteração quantitativa patrimonial e, portanto, sem repercussão nos resultados.

Em suma, a importância de se demonstrar a possibilidade de existir planos em que haja a independência patrimonial, como também a preferência dos créditos correspondentes aos recursos vertidos à previdência privada, está em explicitar a existência de direito acumulado que compõe o patrimônio dos participantes ou beneficiários, seja ele na forma de crédito, seja ele na forma de propriedade de quotas de fundos de investimento.

Dito isso, é conveniente demonstrar que, além da segregação patrimonial, a Lei n. 11.196/2005 fornece outros indicadores da real natureza dos planos de previdência complementar, uma vez que reconhece textualmente a transmissão da propriedade das quotas dos fundos de patrimônio segregado, em caso de falecimento do respectivo titular, nos termos do seu art. 76:

Lei n. 11.196/2005: [...]

DOS FUNDOS DE INVESTIMENTO CONSTITUÍDOS POR ENTIDADES ABERTAS DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR E POR SOCIEDADES SEGURADORAS E DOS FUNDOS DE INVESTIMENTO PARA GARANTIA DE LOCAÇÃO IMOBILIÁRIA [...]

Art. 79. No caso de morte do participante ou segurado dos planos e seguros de que trata o art. 76 desta Lei, os seus beneficiários poderão optar pelo resgate das quotas ou pelo recebimento de benefício de caráter continuado previsto em contrato, independentemente da abertura de inventário ou procedimento semelhante.

Além desse indicador, há outros na mesma lei que denotam a natureza da acumulação de direitos e merecem ser mencionados, constantes dos seus arts. 82, 84 e 85⁹².

O primeiro é o efeito da concessão do benefício nos planos das EAPC com patrimônio segregado, que importa na transferência da propriedade das quotas do fundo formado pelos

⁹² BRASIL. Lei n. 11.196/2005. Art. 82. A concessão de benefício de caráter continuado por plano ou seguro estruturado na forma do art. 76 desta Lei **importará na transferência da propriedade das quotas dos fundos a**

aportes, à entidade previdenciária. A lei nesse ponto não só declara a existência da propriedade, como também reconhece que antes da concessão do benefício ela compunha a esfera patrimonial do participante.

O outro indicador é o de que as quotas dos fundos podem ser dadas pelo participante, durante a fase de diferimento, como garantia de operações de mútuo para a aquisição de imóvel. Ou seja, o patrimônio formado pelos aportes de contribuições pode ser usado como um ativo para a aquisição de outros bens e, assim, sofrer execução em razão de dívida do seu titular.

Não se pode deixar de apontar que a Lei n. 11.196/2005 é expressa em indicar que todos os seus termos se aplicam às companhias seguradoras no que tange à cobertura por sobrevivência, o que se coaduna com a disposição do art. 36 da Lei Complementar n. 109/2001 e com o que se apresentou até então.

Se, de um lado, no que tange à previdência complementar aberta (PGBL, VGBL e assemelhados), a possibilidade de oferecimento do montante acumulado como garantia financeira é expressa nos art. 84 e 85 da Lei n. 11.196/2005, acima transcritos, de outro, relativo à previdência complementar fechada, essa possibilidade encontra-se normatizada nos termos do art. 25 da Resolução CMN n. 4.661, de 25 de maio de 2018 (justamente por isso foi dito que as normas da Lei n. 11.196/2005 apenas explicitavam a lógica constitucional e da lei complementar relativa à previdência privada):

RESOLUÇÃO CMN N. 4.661, DE 25 DE MAIO DE 2018

Dispõe sobre as diretrizes de aplicação dos recursos garantidores dos planos administrados pelas entidades fechadas de previdência complementar.

[...]

SUBSEÇÃO V

Das Operações com Participantes

Art. 25. A EFPC deve observar, em relação aos recursos garantidores de cada plano, o limite de até 15% (quinze por cento) no segmento de operações com participantes no conjunto de:

que esteja vinculado o respectivo plano ou seguro para a entidade aberta de previdência complementar ou a sociedade seguradora responsável pela concessão. Parágrafo único. **A transferência de titularidade de quotas** de que trata o *caput* deste artigo não caracteriza resgate para fins de incidência do Imposto de Renda. [...] Art. 84. É facultado ao participante de plano de previdência complementar enquadrado na estrutura prevista no art. 76 desta Lei **o oferecimento, como garantia de financiamento imobiliário, de quotas de sua titularidade dos fundos de que trata o referido artigo.** § 1º O disposto neste artigo aplica-se também: I – aos cotistas de Fundo de Aposentadoria Programada Individual – FAPI; II – **aos segurados titulares de seguro de vida com cláusula de cobertura por sobrevivência (leia-se família VGBL)** enquadrado na estrutura prevista no art. 76 desta Lei. § 2º A faculdade mencionada no *caput* deste artigo aplica-se apenas ao financiamento imobiliário tomado em instituição financeira, que poderá ser **vinculada ou não à entidade operadora do plano ou do seguro.** Art. 85. **É vedada às entidades abertas de previdência complementar e às sociedades seguradoras a imposição de restrições ao exercício da faculdade mencionada no art. 84** desta Lei, mesmo que o financiamento imobiliário seja tomado em instituição financeira não vinculada. [...] Art. 90. Compete ao Banco Central do Brasil, à Comissão de Valores Mobiliários e à Superintendência de Seguros Privados, no âmbito de suas respectivas atribuições, dispor sobre os critérios complementares para a regulamentação deste Capítulo (grifos nossos).

I – empréstimos pessoais concedidos com recursos do plano de benefícios aos seus participantes e assistidos; e

II – financiamentos imobiliários concedidos com recursos do plano de benefícios aos seus participantes e assistidos.

§ 1º Os contratos das operações a que se refere o inciso I do *caput* **devem conter cláusula de consignação em pagamento da reserva até o valor estipulado para o instituto do resgate** (grifos nossos).

A determinação transcrita é do ano de 2018, contudo, não representa uma novidade, uma vez que dispositivo semelhante constava da Resolução do Banco Central do Brasil n. 3.792, de 24 de setembro de 2009, em seu art. 23, sobre o qual a Associação Brasileira das Entidades Fechadas de Previdência Complementar (ABRAPP), em sua página na *internet*, teceu comentários em que admite existir uma reserva individual do participante, cujo valor pode servir de garantia para empréstimos contraídos por este junto à entidade previdenciária⁹³:

Vê-se dessa manifestação que a existência da acumulação de direitos pelo participante do plano estruturado sob o regime financeiro de capitalização, segundo as diretrizes da Lei

⁹³ ABRAPP. Associação Brasileira das Entidades Fechadas de Previdência Complementar. **Empréstimos**: novas reflexões. Disponível em: <http://www.abrapp.org.br/Paginas/Noticia.aspx?NoticiaID=803>. Acesso em: 20 jan. 2020. “E isso é possível exatamente pelo baixo risco de crédito envolvido na operação, seja em face do já mencionado desconto das prestações em folha de pagamento, seja em face da garantia atribuída à operação do empréstimo, qual seja, a consignação **da reserva de poupança do participante**, nos termos determinados pela Resolução CMN 3.792/2009. A esse respeito, é louvável o novo entendimento da Procuradoria Federal junto à PREVIC (Parecer n. 26/2015/PF-PREVIC/AGU, de 10.03.2015 e a Nota n. 15/2015/PF-PREVIC/PGF/AGU, de 20.03.2015), que registrou que, além do caso de opção pelo instituto do resgate, quando é possível a compensação do saldo devedor do empréstimo contraído pelo participante (mutuário) com **sua reserva de poupança**, o mesmo procedimento pode ser adotado para a hipótese de opção pelo instituto da portabilidade. Nesse caso, o entendimento da Procuradoria pressupõe a compreensão de que a aludida compensação, em face da opção pelo instituto da portabilidade, não feriria alguns princípios da Lei Complementar 109/2001 (art. 15, inciso II e parágrafo único), quanto à configuração **do direito acumulado do participante** e à não verificação do trânsito dos recursos entre os participantes do plano previdenciário. Esse novo entendimento da Procuradoria Federal junto à PREVIC trouxe, inequivocamente, maior segurança jurídica para as EFPC’s que realizam investimentos na modalidade de operações com participantes. Há, porém, alguns aspectos relacionados à concessão de empréstimos por fundos de pensão que ainda merecem reflexão do Sistema de Previdência Complementar. A seguir, serão destacados os três que se consideram mais relevantes. O primeiro deles se refere ao tratamento tributário dos valores objeto da compensação do saldo devedor do empréstimo com a **reserva de poupança do participante**, notadamente, na hipótese de opção pelo instituto da portabilidade. Logo, a fim de evitar riscos jurídicos desnecessários às EFPC’s, deve-se buscar junto aos órgãos públicos responsáveis uma clara definição quanto à retenção ou não de imposto de renda na mencionada hipótese.

O segundo aspecto relevante envolve o disposto no art. 23, § 1º, da Resolução CMN 3.792/2009, quanto ao montante objeto da garantia do empréstimo. Tal normativo impõe, conforme já mencionado, a consignação da **“reserva de poupança”, reconhecida como o saldo resultante das contribuições individuais ao plano previdenciário**, ou seja, aquelas aportadas somente pelos participantes.

A remissão à reserva de poupança se dá no contexto de sua aplicação a um plano de “benefício definido”, caracterizado pela solidariedade das reservas acumuladas (“capitalização coletiva”), o que é compreensível, tendo em vista que, nessa modalidade de plano, o saldo de contribuições patronais, como regra, somente se torna disponível ao participante quando da concessão do benefício previdenciário.

Ocorre que, em plano de contribuição definida, caracterizado pela individualização do saldo de conta do participante, tanto na acumulação das reservas como na fase de concessão do benefício, o saldo formado com as

Complementar n. 109/2001, não é questão nova, já que há mais de 15 anos vem sendo utilizada para dar suporte a operações financeiras. Reconhecimento este, inclusive, comemorado por uma das entidades representativas do setor de previdência privada. Vale destacar que essa natureza de acumulação patrimonial individual dos montantes vertidos aos planos só se tornou controversa no plano tributário, quando alguns estados da Federação se atentaram para que tal aspecto seria apto ser objeto de fato componente de sua esfera de tributação.

Ainda sobre a manifestação da ABRAPP, é salutar apontar que, embora a entidade corretamente reconheça a existência de acumulação patrimonial nos planos de previdência complementar, ela padece de um pequeno equívoco, que não pode deixar de ser apontado, sob pena de ser tomado como uma posição com a qual este trabalho se alinha. A associação afirma que os planos da modalidade “benefício definido” se caracterizam pela solidariedade das reservas acumuladas e o chama de capitalização coletiva. Isso não procede. Conforme foi demonstrado, o regime de capitalização imposto pela Lei Complementar n. 109/2001 tem como premissa a individualidade das reservas, tanto que elas podem ser sacadas (resgate) e transferidas (portabilidade), independentemente de ser o plano estruturado em qualquer das três modalidades nela previstas, a saber, “benefício definido”, “contribuição definida” ou “contribuição variável”. Conforme será apresentado a seguir, tal designação, em termos de definição da existência ou não de um direito acumulado individualmente pelo titular do plano, só será relevante na fase de benefício, já que antes dela, a qualquer momento, observado um prazo mínimo de manutenção da reserva (carência), o participante pode resgatar todo o valor vertido e resolver o contrato mantido com a entidade. Logo, em hipótese nenhuma, durante a fase de diferimento, os montantes vertidos se envolverão em custeio de benefício orientado pelo mutualismo, ou seja, pela solidariedade entre os participantes.

Feito o aparte, outra característica marcante dos planos de previdência complementar, que lhes dão a condição de acumulação patrimonial, é a transmissibilidade dos montantes acumulados a beneficiários indicados ou a sucessores assim caracterizados pela lei civil,

contribuições patronais (parcial ou totalmente, conforme o caso) se incorpora imediatamente ao saldo de conta atribuível ao participante para fazer frente às obrigações contratadas perante o plano previdenciário. Dessa forma, seria desejável que a citada Resolução CMN fosse revista, de forma que, a depender do desenho do plano previdenciário (“BD” ou “CD”), o saldo de conta formado pelo aporte de contribuições patronais também pudesse ser objeto da consignação para a garantia do empréstimo. Por fim, ainda quanto ao tema da garantia do empréstimo, também merece reflexão o rol de situações em que pode haver a utilização da reserva de poupança para fazer frente ao inadimplemento do empréstimo contratado (obviamente, nas situações em que não ocorra a amortização das prestações mediante desconto em folha de pagamento)” (grifos nossos).

expressamente prevista nos termos da legislação ou nos termos dos regulamentos dos planos de cobertura por sobrevivência.

Nos planos de entidades abertas de previdência complementar, é expresso o direito de resgate dos montantes em caso de óbito do participante, conforme previsão do art. 8º da Circular SUSEP n. 219/2002, que tinha por base a própria Lei Complementar n. 109/2001, já que anterior à Lei n. 11.196/2005:

CIRCULAR SUSEP n. 219/2002

Art. 8º Na ocorrência de invalidez ou **morte do titular**, o saldo da PMBAC, mediante solicitação devidamente instruída e registrada na empresa, será posto à disposição do titular ou **seu beneficiário, ou beneficiários, ou, ainda, de seus sucessores legítimos**, sem qualquer prazo de carência, independentemente da contratação do respectivo benefício ou indenização (grifos nossos).

Isso comprova que esta característica é da natureza do regime de previdência privada, já que, nos termos da CF/1988, a disciplina da matéria está a cargo da lei complementar. Assim, o disposto no art. 90 da Lei Federal n. 11.196/2005 só veio a reforçar o que já existia.

Essa noção de que a transmissibilidade dos recursos acumulados não advém da Lei n. 11.196/2005 é importante para mostrar que ela não é exclusividade dos planos de entidades abertas, mas que também se aplica às entidades fechadas, mesmo que em sua regulamentação legal e infralegal não haja disposição análoga. Conforme demonstrado, diante da estrutura idêntica dos planos estruturados sob o regime financeiro de capitalização, não pode haver distinção⁹⁴.

E tanto é assim, que nos regulamentos dos planos de previdência há a expressa possibilidade de pagamento do saldo das reservas de acumulação a beneficiários e, na sua falta, a sucessores legítimos, não só quando o titular do plano falece no período de diferimento (participante), mas também no período de benefício (assistido).

Tome-se como exemplo o regulamento dos planos previdenciários denominados “FLEXPREV PERSONNALITÉ VGBL RF” (previdência complementar aberta do tipo

⁹⁴ Nesse sentido, Jorge Franklin Alves Felipe: FELIPE, J. F. A. **Previdência complementar fechada e planejamento sucessório**, 20 jan. 2020. Disponível em:

https://amagis.com.br/uploads/noticias/plusfiles/496_0.pdf. Acesso em: 20 jan. 2020. O autor defende a possibilidade de deferimento do saldo das reservas formadas pela acumulação dos aportes aos herdeiros, na falta de beneficiários indicados, relativamente a planos administrados por EFPC. Ressalte-se que, apesar disso, extrai conclusões com as quais não se compactua, já que, mesmo admitindo tal transmissão, defende não ser possível dar aos planos de previdência natureza análoga a de investimentos financeiros, o que faz com base no que chama de “natureza previdenciária”, sem, entretanto, desenvolver as características desse conceito ou relacioná-lo aos caracteres estruturantes dos planos de previdência complementar.

VGBL), aprovado pelo Processo SUSEP n. 15414.004045/2009-13⁹⁵, e o “REGULAMENTO DO PLANO DE BENEFÍCIOS DO JUDICIÁRIO DA UNIÃO, DO MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO E DO CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO” (previdência complementar fechada), CNPB n. 2013.0017-38, aprovado pela Portaria DILIC/PREVIC n. 708, de 24 de julho de 2018⁹⁶.

FLEXPREV PERSONNALITÉ VGBL RF [...]

Art. 40. Na ocorrência de invalidez total e permanente, comprovada mediante declaração médica, **ou morte do segurado, o saldo da Provisão Matemática de Benefícios a Conceder**, mediante solicitação devidamente instruída e registrada na seguradora, **será posto à disposição do segurado ou de seu beneficiário (ou beneficiários) ou seus sucessores legítimos, para recebimento, sem qualquer prazo de carência, à vista ou através de RENDA MENSAL POR PRAZO CERTO, conforme sua opção.**

[...] CAPÍTULO II

DO PERÍODO DE PAGAMENTO DO CAPITAL SEGURADO

Seção I

Dos Tipos, Concessão e Pagamento

Art. 54. A partir da data de concessão do capital segurado, o assistido **receberá uma RENDA MENSAL TEMPORÁRIA, calculada com base no saldo da Provisão Matemática de Benefícios a Conceder** ao término do período de diferimento, conforme definido a seguir: [...]

ART. 55. NÃO OBSTANTE AO DIREITO PREVISTO NO INCISO X DO ART. 21, **É RECOMENDÁVEL QUE, ATÉ O TRIGÉSIMO DIA ANTERIOR AO DA DATA PREVISTA PARA CONCESSÃO DO CAPITAL SEGURADO, E A SEU ÚNICO E EXCLUSIVO CRITÉRIO, O SEGURADO SOLICITE À SEGURADORA, POR ESCRITO OU POR OUTRA FORMA QUE POSSA SER COMPROVADA, A ALTERAÇÃO DA FORMA DE PAGAMENTO DO CAPITAL SEGURADO DE QUE TRATA O ARTIGO ANTERIOR POR PAGAMENTO ÚNICO OU POR UM DOS SEGUINTE TIPOS DE RENDA**

MENSAL:

I – **RENDA MENSAL POR PRAZO CERTO:** consiste em uma renda mensal a ser paga por prazo pré-estabelecido ao segurado-assistido, durante o período máximo de 120 meses. PARA CÁLCULO DESTA MODALIDADE DE RENDA SERÁ UTILIZADO O SEGUINTE PARÂMETRO:

[...]

§ 1º O segurado, por ocasião da solicitação prevista no “caput” deste artigo, indicará o prazo, de no máximo 120 meses, contado a partir da data de concessão do capital segurado, em que será efetuado o pagamento da renda.

§ 2º **Se, durante o período de pagamento do capital segurado, ocorrer o falecimento do segurado-assistido antes de ser completado o prazo indicado, a renda será paga ao beneficiário (ou beneficiários), na**

⁹⁵ FLEXPREV PERSONNALITÉ VGBL RF. 20 jan. 2020. Disponível em:

http://ww28.itaubr.com.br/personnalitevidaeaprevidencia/individual/regulamentos/regul_vgblrf_personnalite.pdf.

Acesso em: 20 jan. 2020.

⁹⁶ FUNPRESP-JUD. Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal do Poder Judiciário.

Regulamento do Plano de Benefícios do Judiciário da União, do Ministério Público da União e do

Conselho Nacional do Ministério Público, 20 jan. 2020. Disponível em: https://www.funpresjud.com.br/wp-content/uploads/2018/10/Plano-de-Beneficios-FunpresJud_2018.pdf. Acesso em: 20 jan. 2020.

proporção de rateio estabelecida, pelo período restante do prazo determinado.

§ 3º O PAGAMENTO DA RENDA CESSARÁ COM O TÉRMINO DO PRAZO ESTABELECIDO.

§ 4º **No caso de um dos beneficiários falecer, a parte da renda a ele destinada será paga aos seus sucessores legítimos,** observada a legislação vigente.

§ 5º Na falta de beneficiário nomeado, a renda será paga de acordo com o estabelecido na legislação vigente.

§ 6º **Não havendo beneficiário nomeado ou, ainda, em caso de falecimento de beneficiário, a renda será provisionada mensalmente, durante o decorrer do restante do prazo determinado,** sendo o saldo corrigido pelo índice de atualização de valores previsto no art. 59, **até que identificados os beneficiários ou sucessores legítimos, a quem deverão ser pagos o saldo provisionado e, se for o caso, os remanescentes pagamentos mensais.**

(grifos nossos)

REGULAMENTO DO PLANO DE BENEFÍCIOS DO JUDICIÁRIO DA UNIÃO, DO MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO E DO CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

[...]

Art. 33. **Em caso de morte do participante, ativo ou assistido,** sem que existam beneficiários, o saldo existente **em sua reserva individual** poderá ser pago, na devida proporção, **aos seus herdeiros legais, mediante determinação judicial ou escritura pública de inventário e partilha.**

(grifos nossos)

Mais uma característica que denota a acumulação patrimonial pelo participante do plano de previdência complementar é a possibilidade de se auferir renda, como também a de expor o capital acumulado a eventuais insucessos decorrentes de seu investimento.

Essas possibilidades, como as demais já expostas, também estão cravadas na legislação regulamentadora da previdência complementar. Ressalte-se que a possibilidade de percepção de frutos ou de insucesso dos investimentos não se restringe à fase de acumulação e permanece na fase de benefício.

A Lei n. 11.196/2005, em seu art. 76, § 1º, determina que a remuneração do montante acumulado dar-se-á conforme a variação das quotas do fundo de investimento em que são revertidos, quotas estas que podem ser titularizadas diretamente pelo participante.

Tal característica, nos termos I e II do art. 7º tanto da Res. CNSP 349/2017, quanto da Res. CNSP 348/2017, é umas das que identifica os mais populares tipos de planos de previdência complementar, o PGBL e o VGBL. Logo, ambos, durante a fase de diferimento, têm o mesmo efeito de investimentos em renda variável. Ou seja, equivale a adquirir, sem intermédio de uma entidade de previdência ou companhia seguradora autorizada a operar planos com cobertura por sobrevivência, quotas de um fundo de investimento qualquer. É

também por isso que se pode afirmar, durante a referida fase, que os planos de previdência privada se assemelham a investimentos financeiros.

A mesma característica é encontrada na regulamentação da previdência complementar fechada, conforme consta da Res. CMN n. 4.661, de 25 de maio de 2018, que em seu artigo 6º determina que a EFPC coloque à disposição tanto do participante, quanto do assistido, a possibilidade de optar entre diversos perfis de investimento⁹⁷.

Na mesma linha, segue a Previc ao operacionalizar as diretrizes do CMN para aplicar os recursos vertidos a planos de previdência operados por EFPC. A Instrução Previc n. 06, de 14 de novembro de 2018, em seus art. 27 e 28, determina que essas entidades esclareçam aos participantes e assistidos as decorrências dos perfis de investimentos escolhidos, cuidem para que tal escolha seja adequada aos seus objetivos e, ainda, garantam e estabeleçam a forma com que ambos poderão alterar tal perfil⁹⁸.

Embora tenham sido citados os planos VGBL, PGDL e os oferecidos pelas EFPC, a destinação dos valores aportados à aplicação financeira não é exclusividade somente dessas três espécies, mas é a regra para todos os demais planos, uns com características de renda fixa,

⁹⁷ Resolução CMN n. 4.661/2018. Dispõe sobre as diretrizes de aplicação dos recursos garantidores dos planos administrados pelas entidades fechadas de previdência complementar. [...]. CAPÍTULO IV. Da Política de Investimento. Art. 19. A EFPC deve definir a política de investimento para a aplicação dos recursos de cada plano de benefício por ela administrado. [...] § 5º A EFPC deve, preferencialmente, adotar políticas de investimento específicas para cada perfil de investimento. § 6º A elaboração, a revisão e as informações constantes na política de investimentos devem observar a regulamentação da Previc. [...] CAPÍTULO V. Dos Perfis de Investimento. Art. 6º A EFPC que oferece a possibilidade de optar por distintos perfis de investimento no plano de benefícios ao qual o **participante ou assistido** estiver vinculado deverá: I – manter no canal de comunicação previsto no art. 1º, em linguagem simples e clara aos **participantes e assistidos**, a relação descritiva dos perfis de investimento, incluindo informações acerca dos **riscos inerentes** a cada um dos perfis oferecidos, **ressaltando-se que resultados passados não garantem rentabilidade futura**; e II – incluir no relatório previsto no art. 2º, no mínimo, **a rentabilidade de cada perfil de investimento**, com avaliação pelos respectivos gestores.

⁹⁸ INSTRUÇÃO PREVIC N. 06/2018. [...]. CAPÍTULO VI. Do Perfil de Investimento. Art. 26. A EFPC que oferecer perfil de investimento deve: I – observar as diretrizes e os limites de aplicação dos recursos garantidores dos planos administrados da Resolução n. 4.661/2018, do Conselho Monetário Nacional; II – esclarecer ao **participante ou assistido quanto aos impactos da escolha de perfil e eventuais alterações**, mediante disponibilização de material explicativo, redigido em linguagem simples e precisa; e III – verificar se o perfil de investimento é adequado aos objetivos do participante ou assistido. Parágrafo único. Incluem-se no disposto do *caput* os perfis de investimento do tipo ciclo de vida oferecido ao participante ou assistido pela EFPC. Art. 27. **A opção do participante ou assistido por perfil de investimento** ou a sua alteração deve ser formalizada em termo específico. § 1º Caso a EFPC identifique que o perfil de investimento escolhido pelo participante ou assistido não é adequado ao seu perfil, deverá alertá-lo, para que o participante, a seu critério, confirme a alteração de perfil de investimento. § 2º **O participante ou assistido poderá alterar seu perfil de investimento** em prazo estabelecido pela EFPC (grifos nossos).

outros com um misto de renda fixa e variável, conforme consta da descrição do art. 7º de ambas as Res. CNSP n. 348/2017 e n. 349/2017.

Também é importante destacar que a possibilidade de se auferir frutos da aplicação financeira não se limita à fase de diferimento. Durante a fase de benefício, o montante formado pelos aportes, se a reversão de resultados financeiros for contratada, poderá render frutos, conforme determinam o art. 47 da Res. CNSP n. 349/2017 e o art. 46 Res. CNSP n. 348/2017, ambas regulamentadoras de planos de previdência complementar aberta⁹⁹.

Novamente, quanto à possibilidade de se obter rendimentos em ambas as fases da cobertura por sobrevivência, há simetria entre as previdências aberta e fechada, já que a reversão de resultados financeiro está prevista na Lei Complementar n. 109/2001, art. 20, § 2º, cuja regulamentação consta da Res. CNPC n. 30, de 10 de outubro de 2018, em seu art. 24¹⁰⁰.

Atribuir à previdência privada o caráter de investimento não advém somente de interpretação da legislação e do uso constante do termo investimento em instrumentos normativos, mas é evidente também nas ofertas do produto no mercado. Basta observar as notas explicativas do plano “FLEXPREV PERSONNALITÉ VGBL RF”:

O FLEXPREV PERSONNALITÉ VGBL PREMIUM RF é um plano de previdência, **que você investe no longo prazo, pensando em construir um patrimônio** para assegurar a manutenção da sua qualidade de vida no futuro. [...]

1. COMO É FORMADO O PATRIMÔNIO?

A reserva será formada através de seus depósitos mensais ou esporádicos, menos o valor correspondente à taxa de carregamento. **Esses valores são valorizados diariamente pela rentabilidade do fundo de investimento** em que os recursos são aplicados.

2. QUAL O OBJETIVO DO FUNDO DE INVESTIMENTO?

⁹⁹ Res. CNSP n. 348/2017. Art. 46/47. Quando prevista a reversão de resultados financeiros, o saldo da Provisão de Excedentes Financeiros será: I – **durante o período de diferimento, revertido, de acordo com as normas complementares expedidas pela Susep, à Provisão Matemática de Benefícios a Conceder**, na época e na periodicidade estabelecidas no Regulamento e, obrigatoriamente, ao término daquele período. II – **durante o período de pagamento de benefício sob a forma de renda, de acordo com as normas complementares expedidas pela Susep: a) creditado aos assistidos; e/ou b) revertido à Provisão Matemática de Benefícios Concedidos** (grifos nossos).

¹⁰⁰ BRASIL. Lei Complementar n. 109/2001: [...] 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. Res. CNPC n. 30/2018: [...] Art. 24 Admite-se a adoção sucessiva das seguintes formas para revisão do plano de benefícios: I – redução parcial de contribuições; II – redução integral ou suspensão da cobrança de contribuições no montante equivalente a, pelo menos, três exercícios; ou III – melhoria dos benefícios e/ou reversão de valores de forma parcelada aos participantes, aos assistidos e/ou ao patrocinador.

Por meio de uma alocação ativa em títulos de renda fixa, pré e pós-fixada, **buscar rentabilidade** superior a dos fundos DI. **A parcela aplicada em títulos prefixados possui risco de oscilação de taxa de juros.****

3. POR QUE “FLEXPREV”?

Porque o produto é totalmente flexível, como deve ser um bom **investimento**. [...]

9. COMO POSSO ACOMPANHAR O MEU INVESTIMENTO?

Com total comodidade e transparência pelo Itaú Bankline ou pelos Caixas Eletrônicos Itaú.

[...]

Obs: Com o reflexo das flutuações nos preços dos títulos, **o investimento poderá apresentar oscilação na sua rentabilidade em função de ágios e deságios dos preços de negociação dos títulos (grifos nossos).

É relevante frisar que o plano acima, tratado como forma de investimento financeiro, é um VGBL, ao qual frequente e erroneamente se tem dado natureza diversa, de forma a lhe atribuir a condição de espécie de seguro, com o objetivo de excluir os montantes nele acumulados de penhoras, partilhas em divórcio e da incidência do ITCMD.

No documento acima, a qualificação de investimento financeiro é dada por ninguém menos que a entidade que comercializa o plano de previdência complementar.

Trilhando o caminho que equipara os planos de previdência complementar a investimento, existem trabalhos científicos da área de finanças que se dedicam a estudar e comparar a performance destes com outras modalidades de investimento financeiros, como, por exemplo, o recentíssimo artigo escrito por pesquisadores do Instituto COPPEAD de Administração, a escola de negócios da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ)¹⁰¹.

A doutrina da área de finanças referenda a equiparação, como se vê nos ensinamentos de Eduardo Fortuna, que assim conceitua os planos de previdência complementar, dentre os quais, PGBL, VGBL e outros¹⁰²: “OS FUNDOS DE INVESTIMENTO ORIENTADOS À APOSENTADORIA. São **aplicações** cujas características de longo prazo orientam-no com o objetivo de complementação da aposentadoria de seu **investidor**”¹⁰³ (grifos nossos).

O autor discorre sobre o plano de previdência complementar PGBL, de forma a esgotar qualquer dúvida sobre sua natureza de investimento:

¹⁰¹ CAMPANI, C. H. *et al.* Planos PGBL e VGBL de previdência privada: uma análise do mercado brasileiro. **Sociedade, Contabilidade e Gestão**, Rio de Janeiro, v. 15, n. 1, jan.-abr., 2020. Versão preliminar – edição em andamento. Disponível em: <https://revistas.ufrj.br/index.php/scg/article/view/18360/pdf>. Acesso em: 07 jan. 2020.

¹⁰² FORTUNA, E. **Mercado financeiro**: produtos e serviços. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2008, p. 553-559.

¹⁰³ FORTUNA, E. **Mercado financeiro**: produtos e serviços. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2008, p. 551.

Em 19/12/1997, através da Resolução 2.460, a CMN regulamentou a **aplicação dos recursos** das reservas técnicas dos planos de previdência complementar instituídos e oferecidos por **entidades abertas de previdência complementar e seguradoras**, como mais uma alternativa de complementação de aposentadoria, e com o objetivo de alongamento do prazo das **aplicações geradoras do crescimento de poupança interna**. Assim, o modelo do PGBL é inspirado no plano 401K dos EUA, **sem garantia mínima de rendimento** e que permite ao cliente escolher **o perfil do risco desejado em função do seu horizonte de investimento**¹⁰⁴ (grifos nossos).

Tratando ainda do plano PGBL, o autor qualifica a prestação paga às entidades de previdência privada, em razão do serviço de administração por elas prestado:

O PGBL está autorizado a cobrar uma taxa de administração para ressarcir o gestor do fundo no qual aplica seus recursos e uma taxa de carregamento descontada **sobre cada aplicação do investidor** e cujo percentual varia de acordo com o saldo acumulado ou o valor da contribuição. **Assim, a primeira remunera a gestão da carteira, e a segunda, a instituição que vende o produto. O custo final do investidor é a soma das duas**¹⁰⁵ (grifos nossos).

Tal assertiva cabe também para o VGBL e para os outros planos de previdência oferecidos por companhias seguradoras, pois, como visto, estes são clones do PGBL e seus familiares¹⁰⁶.

Na mesma linha da doutrina financeira, verificam-se importantes decisões judiciais que reconhecem a natureza de acumulação patrimonial de planos de previdência complementar, incluindo a possibilidade de sua penhora. É o que se vê, por exemplo, no Agravo em Recurso Especial n. 1.521.647-SP (2019/0169171-3) e o Recurso Especial 1.121.719-SP (2009/0118871-9)¹⁰⁷.

¹⁰⁴ FORTUNA, E. **Mercado financeiro**: produtos e serviços. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2008, p. 553.

¹⁰⁵ FORTUNA, E. **Mercado financeiro**: produtos e serviços. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2008, p. 551.

¹⁰⁶ FORTUNA, E. **Mercado financeiro**: produtos e serviços. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2008, p. 559.

¹⁰⁷ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL N. 1.521.647 – SP (2019/0169171-3), Rel. Min. Francisco Falcão, DJ-e 18/11/2019. [...] EMENTA ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PENHORABILIDADE DOS VALORES APLICADOS EM PREVIDÊNCIA PRIVADA COMPLEMENTAR. NECESSÁRIA ANÁLISE CASUÍSTICA. PRECEDENTES. AUSÊNCIA DE ANÁLISE PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. VIOLAÇÃO DO ART. 535, II, DO CPC/73. [...] II – **Esta Corte Superior tem se posicionado no sentido de que a impenhorabilidade de valores depositados em fundo de previdência complementar deve ser analisada casuisticamente**, de modo que a natureza alimentar desses valores somente poderá ser caracterizada quando “demonstrada a necessidade de utilização do saldo para subsistência do participante e de sua família”. Precedentes: AgInt no AREsp n. 1.117.206/SP, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, j. 10-4-2018, DJe 18-4-2018; AgInt nos EDcl no AREsp n. 975.287/PE, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, j. 28-3-2017, DJe 4-4-2017; AgRg no REsp n. 1.382.845/PR, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, j. 24-3-2015, DJe 30-3-2015; EREsp n. 1.121.719/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, Segunda Seção, j. 12-2-2014, DJe 4-4-2014 (grifos nossos). SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RECURSO ESPECIAL N. 1.121.719-SP (2009/0118871-9). Rel. Min. Nancy Andrighi. DJ-e 04-04-2014 [...] EMENTA RECURSO ESPECIAL. EX-DIRETOR DE BANCO. INTERVENÇÃO. POSTERIOR

Há também interessante julgado, embora não proferido nem pelo STF, nem pelo STJ, dando conta de uma companhia seguradora, a Brasil Prev Seguros e Previdência S/A, militando em juízo pelo reconhecimento da natureza de investimento de um plano VGBL¹⁰⁸.

Tudo isso mostra que a adequada classificação da cobertura por sobrevivência estruturada sob o regime financeiro de capitalização, à luz da Lei Complementar n. 109/2001 é uma espécie de acumulação patrimonial, especialmente e sem exceções durante o período de diferimento.

Restou demonstrado, ainda, que esse instituto se assemelha a um investimento financeiro, já que os aportes a ele vertidos podem vir a ser remunerados em benefício do

FALÊNCIA. INDISPONIBILIDADE DE TODOS OS BENS DOS ADMINISTRADORES (LEI N. 6.024/74, ART. 36). FUNDO DE PREVIDÊNCIA PRIVADA. PGBL. NATUREZA DE POUPANÇA PREVIDENCIÁRIA. IMPENHORABILIDADE (LEI N. 6.024/74, ART. 36, § 3º; CPC, ART. 649, IV). INOCORRÊNCIA. VERBA QUE NÃO DETÉM NÍTIDO CARÁTER ALIMENTAR. [...] 4. O saldo de depósito em PGBL – Plano Gerador de Benefício Livre – não ostenta nítido caráter alimentar, **constituindo aplicação financeira de longo prazo, de relevante natureza de poupança previdenciária, porém susceptível de penhora** (grifos nossos).

¹⁰⁸ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. APELAÇÃO CÍVEL n. 0315180-53.2015.8.19.0001. Rel. Des. Maria Ines da Penha Gaspar. Publ. 25-11-2019. Apelante: BANCO DO BRASIL S/A e OUTRO (BRASIL PREV SEGUROS E PREVIDÊNCIA S/A). Apelado: MARCO AURELIO BOBSIN. CIVIL, CONSUMIDOR. FUNDO DE INVESTIMENTOS. VGBL. **Fundo de Investimentos VGBL. Investimento em ações, aplicação de risco. Quedas e elevações próprias do investimento.** Rendimento acumulado do período. Documentos insertos aos autos que refutam a alegação do autor de que o banco réu não lhe teria prestado as devidas informações. Provimento dos recursos. Voto vencido. A C Ó R D Ã O. Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0315180- 53.2015.8.19.0001 em que é Apelante BANCO DO BRASIL S/A e OUTRO (BRASIL PREV SEGUROS E PREVIDÊNCIA S/A) e Apelado MARCO AURELIO BOBSIN. ACORDAM os Desembargadores que compõem a Vigésima Câmara Cível, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro em dar provimento a ambos os recursos. Decisão por maioria, vencida a e. Relatora, Des. Maria Ines da Penha Gaspar que negava provimento aos recursos. A controvérsia tem como pano de fundo contratação de VGBL. Narra o autor que teve prejuízos financeiros e foi vítima de propaganda enganosa e falta de informação adequada. Reclama que no ano de 2013 seu investimento teve resultado negativo de -10,87%, sendo que os títulos de renda fixa renderam neste ano 8,06. Sustenta que teve este prejuízo, pois foi feito investimento de risco majoritariamente em ações, o que não lhe foi informado. Não lhe assiste razão, contudo, visto que mostra-se ausente tanto o dever de informação como o dano indenizável. O regulamento previa a aplicação de 49% em ações. Não há nenhuma prova de que a gerente teria dito ao autor que iriam aplicar 80% em renda fixa e 20% em variável (ações). [...] O investimento em ações, por ter maior risco é mais utilizado em investimentos a longo prazo pois dada a sua notória oscilação o resultado é melhor na rentabilidade acumulada em determinado período. É normal que com quedas e elevações próprias deste investimento, o prejuízo de um ano seja compensado com os seguintes de forma a se ter no acumulado uma rentabilidade maior do que o dos fundos tradicionais. [...] O que o autor faz é ignorar o rendimento acumulado positivo e provavelmente superior à renda fixa, isolando um único ano de resultado negativo, buscando o ressarcimento. Ressalte-se que o autor não resgatou este investimento em 2013, em função, como visto, da natureza deste. Não se pode dizer, assim, que se durante todo o período do investimento tenha representado no total um prejuízo, até porque não se tem os dados de rentabilidade dos investimentos tradicionais. POR ISSO, a Turma Julgadora provê ambos os recursos. Decisão por maioria, vencida a e. Relatora, Des. Maria Ines da Penha Gaspar, que lhes negava provimento.

participante por meio de renda fixa ou, até, renda variável, modalidade esta que carrega consigo o risco próprio do mercado financeiro.

Apontou-se, também, que tal feição pode ser notada não só durante a fase de diferimento, mas também durante a fase de benefício.

Convém frisar que sobre esta última (fase de benefício) serão formuladas considerações adicionais adiante, pois, ao contrário do que ocorre na fase de diferimento, durante ela verificou-se que o contrato que envolve a cobertura por sobrevivência pode sofrer mutações que o descaracterizariam como forma de investimento financeiro, podendo vir a assumir uma feição securitária.

Todavia, por enquanto, basta ter precisão sobre a correta classificação do instituto em estudo, o que foi provido neste subtópico.

3.4 Divisão entre planos de previdência e seguro de pessoas com cláusula de cobertura por sobrevivência: uma questão meramente tributária

Conforme se discorreu, tanto entidades de previdência complementar propriamente ditas, como as companhias seguradoras oferecem o mesmo “produto” ao mercado, os “planos de benefício de caráter previdenciário”, nos dizeres da lei complementar, ou “cobertura por sobrevivência”, conforme as resoluções do CNSP.

Em se tratando da previdência complementar aberta, exatamente por esse motivo, é que a doutrina e os órgãos reguladores comumente agrupam ambas as instituições sob a mesma denominação de “entidades abertas de previdência complementar”.

Até agora, este trabalho seguiu demonstrando a simetria entre previdência complementar fechada e previdência complementar aberta e, dentro desta, a simetria entre as coberturas por sobrevivência da família do PGBL e as da família do VGBL, as últimas operadas por companhias seguradoras. Noticiou-se, ainda, que a principal oposição à incidência do ITCMD em casos envolvendo a previdência complementar consiste na afirmação de que a modalidade VGBL é uma espécie de seguro, tanto que se denomina seguro de pessoas.

Por isso, considera-se conveniente apresentar o motivo que justificou a existência dessa bipartição da previdência complementar aberta, entre coberturas por sobrevivência operadas por entidades abertas de previdência complementar (sociedades anônimas com fim específico) e coberturas por sobrevivência operadas por companhias seguradoras.

Essa divisão se deu puramente por questões tributárias, visando conferir atratividade ao instituto, independentemente de como o rendimento das pessoas é tributado pelo Imposto de

Renda, tendo em vista o interesse em fomentar a poupança interna e em conduzir os indivíduos a se responsabilizarem pela sua própria previdência, de forma a reduzir as pressões sobre o regime geral de previdência social.

Eduardo Fortuna, conceituado doutrinador de mercado financeiro, traz a mesma informação ao conceituar o plano VGBL:

O plano é quase um clone do PGBL e, portanto, pode ser operado pelas mesmas instituições autorizadas. As diferenças estão no tratamento fiscal e na possibilidade de a pessoa comprar, junto com o plano de aposentadoria complementar, um seguro de vida. **Na prática, o VGBL somente foi classificado como seguro porque a legislação de previdência privada estabelece que todos os investimentos neste tipo de fundo devem ser dedutíveis do Imposto de Renda.** A solução foi seguir a regulamentação dos seguros, só que com isenção do IOF. O VGBL, então, é um misto de previdência privada com seguro. **Quem opta por contratar o seguro de vida também tem de pagá-lo à parte**¹⁰⁹ (grifos nossos)

Embora o autor tenha sido extremamente feliz ao mencionar a questão tributária, único motivo de existir a bipartição, pecou em tentar trazer mais diferenças entre PGBL e VGBL do que as realmente existentes. Carece de razão a afirmação de que a contratação de um plano de previdência juntamente com um seguro de vida é um diferencial desta modalidade. Conforme se demonstrou, nos expressos termos do art. 21 das Res. CNSP n. 348/2017 e 349/2017, em ambos é possível contratar a cobertura por sobrevivência e a cobertura por morte ou invalidez, às quais se denominam “cobertura de risco” e podem ter a forma de um seguro de vida. Em verdade, em homenagem à simetria entre a previdência complementar aberta e a fechada, demonstrou-se que também nos planos das EFPC é possível contratar junto com a cobertura por sobrevivência a cobertura de risco. Portanto, com exceção da questão tributária, PGBL e VGBL são idênticos (e planos de previdência fechada), têm idêntica natureza e jamais poderiam ser divididos colocando-se o primeiro como forma de acumulação patrimonial e o segundo como seguro.

Essa conclusão deriva da legislação de regência da previdência complementar brasileira, fonte primária dessa obra, cuja premissa foi evitar se escorar em argumentos de autoridade, às vezes puramente retóricos, advindos da doutrina ou da jurisprudência, para fincar base nas normas que trazem o instituto ao campo prático.

Todavia, cabe noticiar que a própria entidade que fiscaliza e, porque não, acaba exarando normas que visam dar concretude tanto à lei, quanto às diretivas do CNSP, segue a linha defendida aqui e por Eduardo Fortuna. A SUSEP, expressamente, ao reportar sua análise

¹⁰⁹ FORTUNA, E. **Mercado financeiro**: produtos e serviços. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2008, p. 559.

estatística do mercado que supervisiona, extirpa o VGBL do grupo dos “produtos” securitários e o agrupa juntamente com os “produtos” de acumulação, como consta dos seus 6º e 7º Relatórios de Análise e Acompanhamento dos Mercados Supervisionados:

Neste relatório, os produtos dos mercados de seguros e previdência complementar aberta estão agrupados de acordo com as características de cada produto e classificados como produto de seguro ou de acumulação. **O VGBL, por exemplo, apesar de ser contabilizado como produto de seguro (de sobrevivência), está classificado neste relatório como um produto do mercado de acumulação. Isso porque o VGBL é, de fato, um produto de acumulação (previdência), semelhante ao PGBL, inserido no âmbito do seguro de pessoas por razões regulatórias e fiscais.**

Assim, os produtos do mercado de seguros (excl. VGBL) estão classificados nos segmentos Auto, Pessoas, Compreensivos, DPVAT, Financeiros, Garantia Estendida, Habitacional, Grandes Riscos, Rural, Transporte, etc., e os produtos do mercado de acumulação estão classificados nos segmentos Previdência Tradicional, PGBL e VGBL¹¹⁰ (grifo nosso)

E é exatamente o que consta dos esclarecimentos prestados pela entidade ao consumidor, por meio de seu *site*:

1– Qual a diferença entre o VGBL e o PGBL?

VGBL (Vida Gerador de Benefícios Livres) e PGBL (Plano Gerador de Benefícios Livres) são **planos por sobrevivência** (de seguro de pessoas e de previdência complementar aberta, respectivamente) que, após **um período de acumulação de recursos** (período de diferimento), proporcionam **aos investidores** (segurados e participantes) uma renda mensal – que poderá ser vitalícia ou por período determinado – ou um pagamento único. O primeiro (VGBL) é classificado como seguro de pessoa, enquanto o segundo (PGBL) é um plano de previdência complementar.

A principal diferença entre os dois reside no tratamento tributário dispensado a um e outro. Em ambos os casos, o imposto de renda incide apenas no momento do resgate ou recebimento da renda. Entretanto, **enquanto no VGBL o imposto de renda incide apenas sobre os rendimentos, no PGBL o imposto incide sobre o valor total a ser resgatado ou recebido sob a forma de renda.**

No caso do PGBL, os participantes que utilizam o modelo completo de declaração de ajuste anual do I.R.P.F podem deduzir as contribuições do respectivo exercício, no limite máximo de 12% de sua renda bruta anual. Os prêmios/contribuições pagos a planos VGBL não podem ser deduzidos na declaração de ajuste anual do I.R.P.F e, portanto, este tipo de plano seria mais adequado aos consumidores que utilizam o modelo simplificado de declaração de ajuste anual do I.R.P.F ou aos que já ultrapassaram o limite de

¹¹⁰ SUSEP. Superintendência de Seguros Privados. **6º Relatório de análise e acompanhamento dos mercados supervisionados.** Coord. de apoio à gestão estratégica (Coget). 31 jul. 2018. Disponível em: http://www.susep.gov.br/menuestatistica/SES/6b0%20Relat_Acomp_Mercado_2018.pdf. Acesso em: 20 jan. 2020.

12% da renda bruta anual para efeito de dedução dos prêmios e ainda desejam contratar **um plano de acumulação** para complementação de renda¹¹¹.

Demonstrado que o *nomen iures* de seguro dado ao VGBL não se adequa à natureza do instituto, a seguir, serão dadas as diferenças essenciais do contrato de seguro e do contrato relativo à cobertura por sobrevivência e quando esta poderá assumir natureza securitária.

3.5 Distinção entre previdência complementar e seguro

Os planos de previdência complementar, também chamados de cobertura por sobrevivência, são arranjos que envolvem a construção de patrimônio, que buscam rentabilidade e que, se for da vontade do participante, têm o objetivo de que o montante financeiro formado (aportes acumulados mais os respectivos rendimentos) sejam suficientes para custear um benefício após uma data preestabelecida. Em vista dessa característica de rentabilidade, viu-se que os planos podem se assemelhar, nos aspectos até então trabalhados, a investimentos financeiros. Essas conclusões, até pelo senso comum, permitem pensar que os planos não se revestem de natureza securitária.

Para demonstrar essa hipótese, o ponto de partida será a demonstração da concepção jurídica do contrato de seguro e, a partir daí, serão apontados os pontos que autorizam a distinção entre ele e a cobertura por sobrevivência estruturada sob o regime financeiro de capitalização, nos termos da Lei Complementar n. 109/2001.

César Fiuza assim conceitua o contrato de seguro:

É contrato pelo qual uma das partes, o segurador, se obriga para com a outra, o segurado, mediante recebimento de prêmio, a indenizá-la, ou a terceiros, de prejuízos resultantes de riscos futuros e incertos, mas previsíveis¹¹².

Por sua natureza, **o seguro é: [...] – essencialmente aleatório**, visto que a prestação do segurador é totalmente **imprevisível**, dependendo da **ocorrência de fato futuro e incerto**¹¹³ (grifos nossos).

Maria Helena Diniz, no que toca à classificação dos contratos, diferencia os contratos comutativo e aleatório:

¹¹¹ SUSEP. **Perguntas mais frequentes sobre Planos por Sobrevivência (PGBL e VGBL)**. Disponível em: <http://www.susep.gov.br/setores-susep/seger/coate/perguntas-mais-frequentes-sobre-planos-por-sobrevivencia-pgbl-e-vgbl>. Acesso em: 9 fev. 2021.

¹¹² FIUZA, C. **Direito civil** – curso completo. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 487.

¹¹³ FIUZA, C. **Direito civil** – curso completo. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 487.

O contrato comutativo vem a ser aquele oneroso e bilateral em que cada contraente, além de receber do outro prestação relativamente equivalente à sua, pode verificar, de imediato, essa equivalência.

[...] O contrato aleatório seria aquele em que a prestação de uma ou de ambas as partes dependeria de um risco futuro e incerto, não podendo antecipar seu montante. As partes colocam-se, portanto, sob a perspectiva de uma álea, que se irá refletir na existência ou na quantidade da prestação combinada, expondo-se a elas a eventualidade recíproca de perda ou de ganho¹¹⁴.

Não por acaso, a doutrinadora inclui no rol de contratos aleatórios o seguro: “No **contrato de seguro**, p. ex., o **segurado**, em troca do prêmio, **poderá vir a receber a indenização**, se ocorrer um sinistro, **ou nada receber**, se aquele não advier”¹¹⁵ (grifos nossos)

Em se tratando de contrato aleatório por excelência, o seguro deve expor as partes ao risco da perda, ou seja, de ter de assumir prestação desproporcional à contraprestação recebida.

Não bastasse a própria legislação regulatória dos planos de previdência privada diferenciar e exigir que sejam custeados previdência privada (cobertura por sobrevivência) e seguro (cobertura de risco) separadamente, a própria lógica desses contratos os distingue, pois não se concebe que alguém contrate um seguro para que ele próprio, segurado contratante, pague todo o custo do sinistro ocorrido. O seguro se presta justamente para o contrário, exatamente para que tal ônus (garantir) seja assumido por um terceiro, mediante a contrapartida de uma remuneração denominada prêmio.

É este o sentido do art. 757 do Código Civil: “Art. 757. Pelo contrato de seguro, o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, **a garantir** interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou a coisa, **contra riscos predeterminados**” (grifos nossos).

Logo, não se reconhece como seguro um contrato em que, por exemplo, a indenização por determinado evento (sinistro) deva ser custeada com os exatos valores pagos pelo segurado, já que, nesta hipótese, a parte contratada, a seguradora, primeiro, não estaria obrigada a garantir e, por isso, segundo, não estaria exposta ao risco de perda.

No contrato de previdência complementar, como se viu, o participante tem garantido pela Lei Complementar n. 109/2001, o direito de sacar os montantes aportados durante todo o período de diferimento, compreendido entre o momento da contratação e a data da aposentadoria. Nesse período, a entidade de previdência também nada se obriga a pagar (prestar garantia contra risco) ao segurado, sua obrigação consiste tão somente em administrar a

¹¹⁴ DINIZ, M. H. **Tratado teórico e prático dos contratos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 90.

¹¹⁵ DINIZ, M. H. **Tratado teórico e prático dos contratos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 90.

aplicação dos recursos aportados e, por isso, recebe a taxa de carregamento, que não compõe os recursos acumulados.

É o que ensina Eduardo Fortuna:

Ao final do período de **aplicação** (contribuição), logo, diante da fase do benefício, o **investidor** (contribuinte) pode escolher entre **sacar todo o valor acumulado de uma só vez ou receber uma das seguintes alternativas de benefício de renda**, caso as tenha contratado quando da aquisição do plano [...] ¹¹⁶ (grifos nossos).

Assim, diversamente do contrato de seguro, na previdência privada, especialmente na fase de diferimento, a entidade de previdência compromete-se a “administrar” (recursos) e não a pagar indenização (que representa a garantia do interesse legítimo), como é próprio do contrato de seguro, segundo explica César Fiuza.

A partir dessa diferenciação entre previdência privada e seguro, é possível desmistificar a equiparação da previdência privada e da previdência social, que só poderia ser feita se considerado o elemento volitivo do contratante da cobertura por sobrevivência (seu objetivo) e o objetivo do regime geral previdenciário. Entretanto, para se promover tal equiparação necessário seria agrupar nessa classificação “previdência” vários outros institutos, como, por exemplo, a manutenção de recursos em caderneta de poupança, a contratação de seguro de vida e a aquisição de imóvel para renda.

É que a previdência social tem caráter securitário, não só porque a Constituição Federal de 1988 nomeia o contribuinte como segurado, mas justamente porque ela se enquadra no conceito de contrato aleatório, e porque ela tem como objeto a garantia de um interesse do segurado, que é o de receber benefício previdenciário, em caso de ocorrência de um dado evento futuro, incerto e predeterminado. Por tal garantia, o referido segurado paga as contribuições previdenciárias e, por seu turno, a álea reside na possibilidade de que ambas as partes se sujeitem a prestações e contraprestações potencialmente desproporcionais e, assim, ao risco de perda. Tais características não ocorrem necessariamente com a previdência privada.

A previdência complementar é concebida para que a acumulação patrimonial do próprio participante custeie o seu benefício (formação de reserva que garanta o benefício), enquanto a previdência social se funda na premissa de que os valores pagos a título de

¹¹⁶ FORTUNA, E. **Mercado financeiro**: produtos e serviços. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2008, p. 554.

contribuição social remuneram o Estado, para que ele garanta uma série de benefícios, que podem estar, como dito, aquém ou além dessa contribuição.

O exemplo é o caso de um trabalhador que pouco contribuiu, aposenta-se por invalidez, vive durante longo período e, *post mortem*, seus dependentes ainda recebem pensão; ou daquele que muito contribui, mas falece sem deixar dependentes. Em um caso, o Estado garantirá algo maior do que recebeu, enquanto no outro, o Estado, embora tenha recebido muito, não deverá nada, pois os recebimentos remuneraram a garantia de um evento que não veio a ocorrer (a sobrevivência do segurado à data de aposentadoria, ou a existência de dependentes sobreviventes). Num exemplo, o segurado da previdência social suportou a álea (morreu sem nada receber, mas muito pagou) e, noutro, o Estado o fez, pois embora tenha pouco recebido, teve que pagar benefício por longa data (pouco recebeu, mas muito pagou).

Noutro prisma, tanto o seguro típico (contratado em uma seguradora qualquer) quanto a previdência social (instituição de natureza securitária), por não terem capitalização individual de recursos, não possibilitam o resgate ou a portabilidade. Eles se orientam pela repartição, ou seja, pela solidariedade presente em um grupo que custeia os benefícios uns dos outros, o que se chama de mutualismo.

Chama-se atenção para o fato de que essa solidariedade não precisa ser voluntária, ou seja, não necessariamente estará ligada ao altruísmo do contratante do instituto de natureza securitária. Na verdade, via de regra, a chamada solidariedade decorre de uma pulverização dos riscos feito pela entidade que presta a garantia. Ela forma um universo de pagadores e, por meio de cálculos atuariais, define um valor de prestação (prêmio), que deveria garantir que os que não desfrutam dos benefícios (pagam muito e pouco ou nada recebem) compensem a perda relativa aos que realizam a condição futura e incerta prevista em contrato (pouco pagam, mas muito recebem).

É nessa linha em que Pedro Alvim define o mutualismo:

O mutualismo é um instrumento idealizado para **amenizar os efeitos econômicos dos riscos** e consiste, exatamente, **em dividir esses efeitos entre diversas pessoas de modo que cada uma delas assuma apenas uma pequena parte**, previamente conhecida¹¹⁷ (grifos nossos).

¹¹⁷ ALVIM, P. O contrato de seguro. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 2; 19. In: CARLINI, A. **Livreto do mutualismo** [s. l.] Confederação Nacional das Empresas de Seguros Gerais, Previdência Privada e Vida, Saúde Suplementar e Capitalização (CNseg), 2020. Disponível em: <http://www.cnseg.org.br/noticias/mutualismo-como-principio-fundamental-do-seguro.html>. Acesso em: 09 jan. 2020.

Assim, tal princípio considerado um dos pilares da atividade securitária, é próprio da previdência social estruturada sob o regime de repartição. Seja o regime o de repartição de risco, ou o de repartição de capital de cobertura, há solidariedade entre os participantes (mutualismo), logo, não há uma acumulação patrimonial individualizada, mas todos contribuem coletivamente para o pagamento dos benefícios contratados.

Note-se que na previdência complementar, diversamente do seguro ordinário, quando forem os benefícios estimados por meio de cálculos atuariais, o foco é antever o quanto deve ser acumulado individualmente durante a fase de diferimento e o quanto os montantes capitalizados renderão, para que a reserva adquira quantia suficiente para suportar o valor devido. Diversamente do que ocorre na repartição, não há a pulverização do risco, mas a tentativa de antevê-lo para que o próprio participante o minimize. Como será visto adiante, a presença do componente atuarial quando concedido o benefício, ou seja, na fase de benefício, pode até dar caráter aleatório à previdência complementar, todavia, não é uma regra e, portanto, não ocorre em todos os casos.

Outro ponto que distingue a previdência complementar do seguro é a forma de remuneração da entidade contratada. No contrato de seguro, a remuneração da seguradora é o prêmio, ou seja, todo o montante desembolsado pelo segurado, em prestação única ou periódica; já a respectiva contraprestação é a garantia de se pagar o benefício, caso ocorra o sinistro dentro do prazo estipulado. Nos planos de previdência complementar, os aportes vão compor um saldo de investimentos destinado – caso ocorram o fato previsto (sobrevivência) – a custear o benefício contratado; deste são descontadas quantias que remuneram a administração do plano, ou seja, a contraprestação neste caso é a gestão, não suportando a operadora do plano de previdência o mencionado benefício.

Por isso, é importante sempre reiterar que os planos de previdência complementar da família do VGBL (nomeados de seguro com cláusula por sobrevivência por serem oferecidos por companhias seguradoras), embora tenha o *nomen iuris* de seguro, não guardam as características próprias dessa espécie de contrato, vez que também se organizam sob o regime financeiro de capitalização e necessariamente oferecem cobertura por sobrevivência, que será custeada pela Provisão Matemática de Benefícios a Conceder, formada pelos investimentos do participante, nos termos do art. 2º da Res. CNSP n. 348/2017.

Sobre a nomenclatura dada à cobertura por sobrevivência comercializada pelas companhias seguradoras, relevante observar que há muito tempo a doutrina – com respaldo no Código Civil – não admite que a natureza de um contrato seja determinada pelo *nomen iuris*

que lhe é atribuído. Essa designação precisa considerar o conteúdo da avença, e, primordialmente, a intenção dos contratantes.

Nesse sentido, Maria Helena Diniz ensina:

A interpretação contratual situar-se-á na seara do conteúdo da declaração volitiva, fixando-se em normas empíricas, mais de lógica prática do que de normação legal, pois a legislação contém tão somente algumas normas interpretativas:

1ª) Nas declarações de vontade atender-se-á mais à sua intenção do que ao sentido literal da linguagem (CC, art. 85; Projeto de CC, art. 112, CCom, art. 130). Assim, o intérprete do sentido negocial não deverá ater-se, unicamente, à exegese do contrato, isto é, ao exame gramatical de seus termos, mas sim à fixação da vontade dos contraentes, procurando **seus efeitos jurídicos**, indagando sua **intenção e os fins econômicos por eles visados**, sem se vincular, estritamente, ao teor linguístico do ato negocial¹¹⁸ (grifos nossos).

Naturalmente, a realização de um contrato de seguro ocorre pelo desejo de o próprio segurado, ou beneficiário à sua escolha, não suportar os encargos de um determinado infortúnio. Só se contrata um seguro de automóveis, por exemplo, com o intuito de transferir a terceiro o ônus de reparar ou reaver o veículo sinistrado por um custo menor. Se de um lado o segurado assume o risco de pagar o contrato de seguro (prêmio) por anos a fio sem receber qualquer contraprestação, de outro a empresa seguradora assume o risco de ter de pagar uma indenização superior aos montantes recebidos no curso do contrato.

Caso a intenção, em direção oposta, seja constituir capital para que, no momento do evento danoso, haja a condição do próprio constituinte suportá-lo, ou minimizar seus efeitos, estar-se-á diante de constituição de poupança (acumulação patrimonial) e não de seguro. Nessa hipótese, a intervenção de uma entidade qualquer não será com a função de assumir o risco de pagar pelos efeitos do evento danoso incerto (garantir), mas de administrar o capital formado, e, em alguns casos, administrar também a sua destinação (no caso das EAPC, o pagamento de montante único, ou pagamento de parcelas ao longo de um período determinado, o que pode ser chamado de renda).

É notável a diferença entre seguro e previdência privada. Nesse sentido é o entendimento firmado pelo STJ de que não são passíveis de restituição os valores pagos em razão de um contrato de seguro (prêmio), porque remuneram o risco de pagar o valor contratado

¹¹⁸ DINIZ, M. H. **Tratado teórico e prático dos contratos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 81.

que coube à entidade seguradora, avença esta distinta do contrato de previdência privada, em que os recursos vertidos pertencem ao próprio titular e podem ser resgatados:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PREVIDÊNCIA PRIVADA. AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL C/C RESTITUIÇÃO DE VALORES. BENEFÍCIOS DE RISCO (PENSÃO E PECÚLIO POR MORTE). IMPOSSIBILIDADE. RECURSO DESPROVIDO. 1. Consoante a jurisprudência da Segunda Seção, não são passíveis de restituição os valores pagos por ex-associado a título de pecúlio por invalidez, morte ou renda por velhice, **por se tratar de contrato aleatório, em que a entidade correu o risco, possuindo a avença natureza similar à de seguro e não de previdência privada**. Precedentes. 2. Agravo interno a que se nega provimento¹¹⁹ (grifos nossos).

É muito importante destacar que o próprio STJ diferencia o contrato de seguro do contrato de previdência privada passível de ensejar resgate dos montantes aportado.

Nesse ponto, cabe lembrar o que foi noticiado em notas introdutórias, a respeito da existência de decisões que rechaçam a incidência do ITCMD na hipótese de óbito do titular de plano VGBL, sob o fundamento de existir precedente do STJ nessa direção. Tal fundamentação não é pertinente, pois a decisão acima, além de outras mencionadas em que se admitiu a penhora de valores capitalizados em plano de previdência complementar, demonstra que o tribunal não tem um entendimento consolidado sobre a natureza do instituto jurídico, logo, não haveria se formado um precedente.

Relembre-se que, sob a ótica do segurado, o prêmio constitui o pagamento de uma despesa e não um aporte financeiro, ou seja, não representa um patrimônio (dinheiro/crédito/quota de fundo de investimento/ação) que esteja em poder da seguradora.

O pagamento do prêmio de seguro gera um direito de recebimento de um valor determinado a ser pago pela seguradora ao segurado ou beneficiário por ele indicado, se, e somente se, venha ocorrer o evento aleatório previsto no contrato de seguro (sinistro). Daí que, em verdade, o direito só surge com o advento do sinistro, razão por que se fala que o “capital

¹¹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no Agravo em Recurso Especial n. 871.405-RJ**. Marco Aurélio Belizze, 24 nov. 2016.

segurado” no contrato típico de seguro é uma “expectativa de direito”. Isso ocorre porque, antes do sinistro, o segurado nada tem a exigir da seguradora.

Neste exato ponto, pede-se que o leitor atente bem à noção de expectativa de direito no contrato de seguro, pois ela será fundamental para compreender a inexistência de relação entre o art. 794 do Código Civil e o âmbito de titulares de planos de previdência complementar.

Resta assim delineada, de forma geral, a distinção entre os planos de previdência privada e o contrato de seguro. Entretanto, esses planos apresentam duas fases bem demarcadas: a de diferimento e a de benefício. Nesta última, por opção do participante que sobrevive à data preestabelecida, o contrato de previdência pode assumir novas feições e, em determinados casos, têm em si feições de contrato aleatório. Essa característica possível na fase do benefício é extremamente relevante para verificar se há ou não a incidência do ITCMD, caso o titular faleça nesta etapa. Assim, frente ao fato, cabe tecer alguns comentários específicos sobre as duas fases dos planos de previdência privada.

3.5.1 Fase de diferimento

A fase de diferimento é o interregno compreendido entre a contratação do plano de previdência e a data de sobrevivência, também chamada de data de aposentadoria.

Nesse período é formada a reserva a que alude o art. 202 da CF/1988, que é individual e pode ser sacada (resgate) ou transferida (portabilidade) pelo participante. Essa reserva pode ser aplicada em investimento de risco, variando o seu valor de acordo com o preço das quotas do fundo de investimento em que é convertida, ou receber remuneração fixa, conforme estipulação constante do regulamento do plano, razão pela qual se apontou que a respectiva formação se equipara à realização de um investimento.

Nesta fase, o participante, por meio das taxas de carregamento e de administração remunera a entidade de previdência pela administração dessa reserva, função que equivale à contraprestação devida pela contratada. Se houver a cobertura por sinistros (cobertura de risco), como morte ou invalidez do participante, esta disposição contratual será custeada

separadamente dos aportes feitos para agregar à referida reserva, ou seja, pela cobertura de risco o participante paga o prêmio.

Tendo em vista o titular, nesta fase denominado participante, ter o direito de resgatar os montantes acumulados, em caso de seu óbito, conforme apontado, os valores serão disponibilizados ao beneficiário ou aos herdeiros legítimos.

Não há aqui, em nenhuma hipótese, álea no que tange aos aportes capitalizados. A entidade não deve devolver valores maiores que o aportado, nem o participante poderá receber algo diferente da reserva formada a partir deles. Conforme colocado, a remuneração da entidade é pela administração dos montantes acumulados e não para garantir risco. Caso o contratante ou o beneficiário venha a receber quantia superior ao valor da reserva formada, esse excedente estará vinculado a um contrato de seguro (cobertura de risco) apartado da cobertura por sobrevivência (contrato de previdência privada).

Diante dessas balizas, para a qualificação do plano durante a fase de diferimento, relativamente ao patrimônio acumulado pelo participante, não importa sua classificação dentre as três espécies de coberturas apontadas, “contribuição definida”, “benefício definido”, ou “contribuição variável”.

Isso porque, o componente atuarial utilizado na fase de diferimento em planos da modalidade “benefício definido” se presta somente para determinar as contribuições de maneira que o montante acumulado seja tal, que, na data de sobrevivência, ele possa ser suficiente para garantir o pagamento do benefício de antemão fixado. Entretanto, o benefício prefixado só será devido se for constituído o montante capitalizado conforme estimado e se o participante assim o desejar naquela data, tendo em vista que pode resgatar ou portar tudo o que foi acumulado. Então, mesmo presente o componente atuarial para estipular o valor e o número de contribuições, ele não importa em nenhuma incerteza durante a fase de diferimento. Assim, sob qualquer hipótese não se admite a atribuição de natureza securitária à cobertura por sobrevivência nessa fase.

Tudo isso resume os apontamentos já delineados. Todavia, a recapitulação das ideias se justifica para demarcar bem a diferença entre essa fase e a fase de benefício, que será tratada adiante. Trata-se de uma demarcação para propiciar a melhor compreensão acerca das nuances envolvendo essa segunda etapa, cujos caracteres, por vezes, são tomados como algo geral, sob qualquer enfoque, dos planos de previdência complementar, o que induz a impressões equivocadas do instituto, que lhe atribuem erroneamente a natureza securitária.

3.5.2 Fase de benefício e possível feição securitária

A qualificação dos planos de previdência privada na fase de benefício se mostra mais complexa, porque o cálculo do benefício pode considerar critérios atuariais. Critério atuarial, relembre-se, é a aplicação de cálculos que permite estimar o benefício a ser pago, considerando incertezas.

Por isso, formulam-se exemplos simples, no intuito de ilustrar a questão:

1) Uma pessoa pretende receber uma renda de R\$ 10.000,00 pelo resto da vida, a partir dos 50 anos de idade. O cálculo atuarial, considerando a expectativa de vida desse indivíduo, os prováveis rendimentos de um determinado montante durante essa fase de benefício e, ainda, a retirada periódica para pagamento da renda, vai estimar um valor que deve ser acumulado até a data da aposentadoria (valor final da provisão matemática de benefícios a conceder, mais a provisão de excedentes financeiros). Daí, estima-se quanto se espera de rendimento de aportes a serem feitos desde a data atual até a data de sobrevivência para que se chegue ao montante da reserva financeira estipulado e, então, define-se quanto o participante deve aportar periodicamente. Nesse caso, o valor do saldo do participante na data de sobrevivência terá sido calculado de forma atuarial.

2) Uma pessoa chega aos 50 anos e tem uma reserva de R\$ 1 milhão e quer receber um benefício durante o resto de sua vida. O cálculo atuarial, considerando a expectativa de vida desse indivíduo e os rendimentos estimados dos recursos acumulados a partir da data de sobrevivência, determinará o valor da renda mensal que lhe será paga. Nesse caso, o valor da renda a ser paga ao assistido, terá sido calculado por critério atuarial.

3) Partindo-se do exemplo “1”, se o indivíduo chega à data de aposentadoria e decide não resgatar os montantes capitalizados, o que lhe é facultativo, e optar por receber a renda pretendida até o final de sua vida, estar-se-ia diante de um caso em que montantes acumulados foram preestabelecidos por critério atuarial, assim como a renda, pois não se sabe até quando o assistido irá viver e nem se as aplicações do respectivo saldo serão bem-sucedidas. Entretanto,

destaque-se, os montantes acumulados se tornam reais na data da aposentadoria e não uma mera estimativa.

4) Uma pessoa pretende acumular R\$ 1 milhão quando atingir 50 anos e, a partir daí, receber esse montante em parcelas mensais indeterminadas durante 10 anos. Ocorreria um caso em que nem a reserva na data de sobrevivência, nem a renda foram calculadas por critérios atuariais.

Antes de se analisarem os exemplos, cabe ainda alguns comentários.

Conforme demonstrado, durante o período de diferimento, o participante pode, a qualquer momento, respeitado um prazo de carência¹²⁰ a ser estipulado no regulamento do plano, exercer o direito de resgate ou de portabilidade dos recursos acumulados individualmente. Assim, em termos práticos, qualquer que seja a modalidade do plano contratado, “contribuição definida”, “benefício definido”, ou “contribuição variável”, a escolha do tipo de benefício só ocorre efetivamente na data de sobrevivência.

Tanto assim é que a regulamentação dos planos de entidades abertas obriga as EAPC a notificarem o participante do seu direito de resgate ou de mudança no tipo de renda contratada até a data prevista para concessão do benefício (data de sobrevivência), conforme consta dos arts. 51 e 53, XI, das Circulares SUSEP n. 563 e 564/2017, respectivamente.

Disposição análoga não existe para as EFPC, entretanto, o direito ao resgate e a opção decorrem da mesma lógica, embora estas entidades não tenham expressamente o dever de notificar o participante.

Essa mesma conclusão é defendida por Eduardo Fortuna:

Ao final do período de **aplicação** (contribuição), logo, diante da fase do benefício, o **investidor** (contribuinte) pode escolher entre **sacar todo o valor acumulado de uma só vez ou receber uma das seguintes alternativas de benefício de renda**, caso as tenha contratado quando da aquisição do plano [...]¹²¹ (grifos nossos).

Assim, mesmo que o valor da reserva individual do participante na data de sobrevivência tenha sido estimada atuarialmente quando da formalização do contrato, para fins de determinação da quantidade e do valor das contribuições a serem vertidas, atingida a data de

¹²⁰ Entenda-se carência o prazo da contratação até a data permitida para exercício do resgate.

¹²¹ FORTUNA, E. **Mercado financeiro**: produtos e serviços. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2008, p. 554.

sobrevivência, o montante se torna real, e deixa de ter qualquer traço de natureza atuarial (de incerteza ou de estimativa).

Apresentando-se real o saldo que suportará o benefício, este se vier a ser estipulado, não necessariamente terá componente atuarial, embora tal componente tenha estado presente na avença, já que o benefício pode se limitar e exatamente corresponder ao valor acumulado e aos respectivos rendimentos, se houverem, e assim não conter nenhuma característica atuarial.

A primeira lição extraída disso é o fato de que a modalidade do plano, se “contribuição definida”, se “benefício definido”, ou se “contribuição variável”, não irá previamente qualificar a natureza do benefício, pois este dependerá, até o último instante prévio à sua concessão, da opção do titular do plano, ainda na condição de participante.

Feito o aparte, passa-se à análise dos exemplos:

No exemplo “1”, trata-se de um plano “benefício definido”, mas não se sabe qual o benefício será concedido, ou se será concedido, pois o participante pode, simplesmente, resgatar os valores e extinguir seu vínculo com a entidade.

Já no exemplo “2”, trata-se de um plano “contribuição variável”, pois o valor do benefício só será preestabelecido no momento de sua concessão e não no ato de contratação do plano. A classificação se dá por eliminação, já que os planos de “contribuição definida” não oferecem benefícios calculados atuarialmente.

No exemplo “3”, como parte do exemplo “1”, trata-se de um plano “benefício definido”, que se confirma pela concessão de um benefício determinados mediante cálculo atuarial.

Por fim, no exemplo “4”, se apresentaria um plano com múltiplas possibilidades. Poderia ser um plano “contribuição definida”, caso se referisse a uma EFPC, ou “contribuição variável” tanto em caso de ser ligado tanto a uma EFPC, quanto a uma EAPC, lembrando-se que as EAPC não podem oferecer planos na modalidade “contribuição definida”, embora o resultado prático no contrato possa gerar um plano com essa identidade. No caso, embora possa se tratar de um plano “contribuição variável”, certamente, os efeitos são típicos dos planos de “contribuição definida”, já que nem o valor do montante acumulado pelo participante foi predefinido com base em cálculos atuariais, nem o benefício comporta qualquer estimativa, já que será limitado ao exato valor da reserva durante a fase de pagamento da renda.

Analizados os exemplos, convém retomar que a essência do seguro é ser um contrato aleatório, ou seja, as partes devem estar expostas ao risco de perda, representado pela possibilidade de suportarem prestações desproporcionais à contraprestação recebida.

Cabe apontar, ainda, que se o recebimento do benefício depende da opção do participante até a data estipulada para a concessão e, a partir deste momento, o titular, então

participante e ora assistido, não mais pode resgatar os valores acumulados nem transferi-los, é possível considerar que ele dá como prestação os montantes acumulados (a provisão matemática de benefícios a conceder) e irá receber a renda como contraprestação.

Diante disso, se a renda pode superar o *quantum* estimado (o assistido sobrevive mais do que o estimado, ou a aplicação das reservas – aqui já denominada provisão matemática de benefícios concedidos – não rende o esperado) a entidade de previdência complementar poderá ter que suportar perda. Mas se, do contrário, o assistido não sobrevive o tempo necessário a consumir toda a reserva formada adicionada dos respectivos rendimentos, a entidade de previdência poderá obter ganho, pois pagaria menos do que recebeu.

Assim, se há um benefício calculado atuarialmente, a partir de sua concessão, o plano toma feição aleatória, já que a entidade de previdência complementar recebe uma prestação – a provisão matemática de benefícios a conceder, que se torna provisão matemática de benefícios concedidos – e, como contraprestação, deve garantir um pagamento que poderá superar o equivalente à prestação recebida (pagar mais do que o valor da provisão), possibilidade que dependerá de evento futuro e incerto, a saber, a sobrevivência do assistido ao fim da reserva prestada. De outro lado, pelo mesmo motivo, o participante, agora assistido, pode falecer antes de se exaurir a reserva acumulada e, portanto, ter pago mais que receberia.

Daí, tal qual no seguro, na regra dos benefícios calculados atuarialmente, o assistido tem uma expectativa de direito, ou seja, se estiver vivo na data do pagamento da renda, fará jus a recebê-la (perde a entidade de previdência e ganha o titular), se não estiver vivo, não receberá (ganha a entidade de previdência e perde o titular).

Noutro prisma, como ocorre no exemplo “4”, não há possibilidade de desproporcionalidade. O que o participante dá em prestação (a sua provisão matemática de benefícios a conceder), adicionado dos respectivos rendimentos subsequentes (se contratada a reversão de resultados financeiros na fase de benefício) será recebido. Portanto, há claro um direito do assistido mantido junto à entidade de previdência complementar e não apenas uma expectativa de direito, daí a inexistência, nesse caso, de caráter securitário.

Portanto, a regra é: se houver benefício em curso calculado atuarialmente, ou seja, com base em estimativa que pode ou não se confirmar, o plano tomará feições securitárias. Do polo

contrário, se o benefício não for definido por critério atuarial, não se pode falar em seguro, o assistido tem um direito, um crédito mantido junto à entidade de previdência complementar.

Todavia, relativamente aos benefícios calculados atuarialmente, a natureza securitária é regra não absoluta e comporta tâmperas que se apontarão a seguir.

Durante esse caminhar, evitou-se utilizar nomes dados aos planos para imputar-lhes uma ou outra característica, já que a proposta é extrair conclusões a partir dos caracteres fundamentais do instituto previdência privada e, por meio disso, fornecer ao leitor os instrumentos necessários para se posicionar diante de qualquer caso com o qual possa se deparar na prática.

Nomes dados pelos entes de regulação e fiscalização podem facilmente mudar, ou mesmo o próprio mercado pode cuidar disso, em razão de sua evolução. Contudo, aqui, se abrirá uma exceção para nominar os tipos de benefícios conforme faz a SUSEP, pois considera-se que isso ajudará a demonstrar as possíveis exceções às regras de qualificação dos benefícios acima postas.

Entretanto, adverte-se que o foco é a lógica do conceito dado à nomenclatura, que deverá conduzir à mesma conclusão caso esteja presente em um benefício que receba um outro rótulo.

Não se tratará abaixo do benefício de pagamento único, pois nele, logicamente, não há qualquer projeção. Sobrevivendo à data prevista, o participante fará jus ao recebimento do valor acumulado, dispensando-se, então, o uso de critérios atuariais¹²². Estará também resolvida a relação contratual entre o assistido e a entidade de previdência.

A SUSEP apresenta seis tipos de renda, com a respectiva descrição:

RENTA MENSAL VITALÍCIA: consiste em uma renda paga vitalícia e exclusivamente ao participante a partir da data de concessão do benefício. **O benefício cessa com o falecimento do participante.**

RENTA MENSAL TEMPORÁRIA: consiste em uma renda paga temporária e exclusivamente ao participante. **O benefício cessa com o falecimento do participante ou o fim da temporariedade contratada,** o que ocorrer primeiro.

RENTA MENSAL VITALÍCIA COM PRAZO MÍNIMO GARANTIDO: consiste em uma renda paga vitaliciamente ao participante a partir da data da concessão do benefício, sendo garantida aos beneficiários da seguinte forma:

¹²² **PAGAMENTO ÚNICO:** No primeiro dia útil seguinte à data prevista para o término do período de diferimento, será concedido ao participante benefício sob a forma de pagamento único, calculado com base no saldo de provisão matemática de benefícios a conceder verificado ao término daquele período. SUSEP. **Previdência Complementar Aberta.** Disponível em: <http://www.susep.gov.br/menu/informacoes-ao-publico/planos-e-produtos/previdencia-complementar-aberta#TBR>. Acesso em: 20 jan. 2020.

No momento da inscrição, o participante escolherá um prazo mínimo de garantia que será indicado na proposta de inscrição.

O prazo mínimo da garantia é contado a partir da data do início do recebimento do benefício pelo participante.

Se durante o período de percepção do benefício **ocorrer o falecimento do participante, antes de ter completado o prazo mínimo de garantia** escolhido, **o benefício será pago aos beneficiários** conforme os percentuais indicados na proposta de inscrição, **pelo período restante do prazo mínimo de garantia.**

No caso de falecimento do participante, **após** o prazo mínimo garantido escolhido, **o benefício ficará automaticamente cancelado** sem que seja devida qualquer devolução, indenização ou compensação de qualquer espécie ou natureza aos beneficiários.

No caso de um dos beneficiários falecer antes de ter sido completado o prazo mínimo de garantia, o valor da renda será rateado entre os beneficiários remanescentes até o vencimento do prazo mínimo garantido.

Não havendo qualquer beneficiário remanescente, a renda será paga aos sucessores legítimos do participante, pelo prazo restante da garantia.

RENTA MENSAL VITALÍCIA REVERSÍVEL AO BENEFICIÁRIO INDICADO: consiste em uma renda paga vitaliciamente ao participante a partir da data de concessão do benefício escolhida.

Ocorrendo o falecimento do participante, durante a percepção desta renda, o percentual do seu valor estabelecido na proposta de inscrição **será revertido vitaliciamente ao beneficiário indicado.**

Na hipótese de falecimento do beneficiário, antes do participante e durante o período de percepção da renda, a reversibilidade do benefício estará extinta sem direito a compensações ou devoluções dos valores pagos. No caso do beneficiário falecer, após já ter iniciado o recebimento da renda, **o benefício estará extinto.**

RENTA MENSAL VITALÍCIA REVERSÍVEL AO CÔNJUGE COM CONTINUIDADE AOS MENORES: consiste em uma renda paga vitaliciamente ao participante a partir da data de concessão do benefício escolhida.

Ocorrendo o falecimento do participante, durante a percepção desta renda, o percentual do seu valor estabelecido na proposta de inscrição será revertido vitaliciamente ao cônjuge e na falta deste, reversível temporariamente ao(s) menor(es) até que complete(m) a idade para maioridade (18, 21 ou 24) estabelecida no regulamento e conforme o percentual de reversão estabelecido.

RENTA MENSAL POR PRAZO CERTO: consiste em uma renda mensal a ser paga por um prazo pré-estabelecido ao participante/assistido.

Na proposta de inscrição, o participante indicará o prazo máximo, em meses, contado a partir da data de concessão do benefício, em que será efetuado o pagamento da renda.

Se, durante o período de pagamento do benefício, ocorrer o falecimento do participante/assistido antes da conclusão do prazo indicado, o benefício será pago ao beneficiário (ou beneficiários), na proporção de rateio estabelecida, pelo período restante do prazo determinado.

O PAGAMENTO DA RENTA CESSARÁ COM O TÉRMINO DO PRAZO ESTABELECIDO.

Na hipótese de um dos beneficiários falecer, a parte a ele destinada será paga aos sucessores legítimos, observada a legislação vigente.

Na falta de beneficiário nomeado, a renda será paga aos sucessores legítimos do participante-assistido, observada a legislação vigente.

Não havendo beneficiário nomeado ou, ainda, em caso de falecimento de beneficiário, a renda será provisionada mensalmente, durante o decorrer do restante do prazo determinado, sendo o saldo corrigido pelo índice de atualização de valores previsto no regulamento do plano contratado, até que identificados os sucessores legítimos a quem deverão ser pagos o saldo provisionado e, se for o caso, os remanescentes pagamentos mensais¹²³ (grifos nossos).

As cinco primeiras espécies de renda são calculadas atuarialmente, pois, com exceção da segunda, têm como característica a vitaliciedade, prazo que embora possa ser estimado não é certo. A segunda, a “renda mensal temporária” é calculada atuarialmente porque o benefício, por lógica, terá um valor inicial (valor da parcela mensal multiplicado pelo número de meses predeterminados) maior que a reserva prestada pelo então participante, pois este não teria nenhum motivo para abdicar, sem nada em troca, da possibilidade de receber toda a sua reserva. Se o valor inicial do benefício fosse menor, o participante escolheria ter restituída a provisão sem projeções atuariais (hipótese análoga à do exemplo “4”).

Todas elas, exceto uma, preveem a possibilidade de extinção do benefício sem que, para tanto, se estabeleça um nível mínimo de renda paga. Ou seja, o risco recíproco de perda está presente na integralidade da avença entre participante e a entidade de previdência complementar.

A exceção fica por conta da “renda mensal por prazo mínimo garantido”, pois, embora a renda possa ser vitalícia, há a definição de um prazo e um montante certo de pagamento e, segundo muitas vezes apontado, a certeza não existe em contratos de feições securitárias.

Assim, o assistido, no prazo garantido, terá direito à percepção da renda definida e, por ser direito, bem assim, o beneficiário do assistido, ou os sucessores legítimos de ambos. Então, embora o valor da renda tenha sido calculado por critério atuarial, ela só ganhará feição de incerteza após o prazo mínimo garantido, quando só haverá obrigação para a entidade se o assistido estiver vivo; se neste momento este tiver falecido, o benefício estará extinto. Daí ocorreria a aludida lógica do contrato aleatório, o assistido pode viver muito e receber mais do que prestou, ou, do contrário, falecer cedo e ter prestado mais do que recebeu.

Conclui-se que mesmo havendo benefício calculado atuarialmente, se houver no contrato disposição que mitigue a incerteza própria desses casos, não haverá feições securitárias

¹²³ SUSEP. **Previdência Complementar Aberta**. Disponível em: <http://www.susep.gov.br/menu/informacoes-ao-publico/planos-e-produtos/previdencia-complementar-aberta#TBR>. Acesso em: 20 jan. 2020.

no limite da garantia (no caso demonstrado, no limite do prazo mínimo de pagamento garantido).

A “prova dos nove” está no texto que descreve a modalidade de renda “renda por prazo mínimo garantido”, que explicita a lógica, de que, por ser direito, o valor devido neste prazo será transmitido a beneficiários indicados, ou à linha sucessória, até que o interregno temporal se expire. Ou seja, é direito e o direito, como tal, é transmitido com o falecimento do titular, por força do princípio jurídico do *droit de saisine*.

O Superior Tribunal de Justiça define o *droit de saisine* como o “corolário da premissa de que inexistente direito sem o respectivo titular”¹²⁴, exatamente na mesma linha da lição de César Fiuza:

Droit de saisine – direito de posse imediata dos bens, segundo o qual **não há necessidade da presença ou de nenhum ato do herdeiro**, [...] de que se podem extrair os seguintes efeitos:
[...] A imissão na posse se dá independentemente de qualquer ato do herdeiro, logo após a morte.
[...] O herdeiro, **mesmo antes de individuado seu quinhão, pode passá-lo adiante**, tomando o adquirente seu lugar no espólio¹²⁵ (grifos nossos).

Analizadas as cinco primeiras modalidades, resta a sexta, que não é calculada atuarialmente. Nesta, o participante define o prazo no qual lhe será restituída a sua provisão formada, mediante pagamento de parcelas mensais. Não há incerteza. No momento em que o participante dá em prestação a sua reserva acumulada, tanto ele quanto a entidade de previdência sabem quanto será a contraprestação, ou seja, não há risco decorrente de eventos futuros e incertos. Há, assim, a fixação de um direito. Se é direito, haverá a transmissão na hipótese de óbito do respectivo titular, seja ele o participante que se tornou assistido, seja ele o beneficiário que se tornou assistido, ou o sucessor legítimo destes e, até o sucessor legítimo de sucessor legítimo.

As análises partem de definições da SUSEP, relacionadas aos planos oferecidos pelas entidades sob sua supervisão, as abertas. Mas, pela abrangência dos respectivos conceitos, entende-se que eles se aplicam aos planos oferecidos pelas EFPC. De toda forma, a intenção é de se abstrair da nomenclatura e capturar a lógica para a designação da existência ou não de natureza securitária na fase de benefício, natureza primordial para a conclusão deste trabalho,

¹²⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.125.510-RS (2009/0131588-0)**, 3ª Turma, Rel. Min. Massami Uyeda, DJe: 19-10-2011.

¹²⁵ FIUZA, C. **Direito civil** – curso completo. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 851.

que pretende abordar a possibilidade de ocorrência de transmissão *causa mortis* de direitos e da consequente incidência do ITCMD.

Outro ponto que merece ser reforçado, tendo em vista a exceção à feição securitária dos benefícios calculados atuarialmente, a chamada “renda vitalícia com prazo mínimo garantido”, é que o fato de ser o plano designado como “benefício definido”, ou como “contribuição variável”, ambos admitindo benefícios calculados atuarialmente, não pode ser tomado como decisivo para a verificação da incidência do ITCMD; é necessário ainda aferir qual é o tipo de benefício calculado mediante a consideração de componentes atuariais.

4 INCIDÊNCIA DO IMPOSTO SOBRE TRANSMISSÃO CAUSA MORTIS E DOAÇÃO EM CASO DE ÓBITO DO TITULAR PARTICIPANTE OU DO TITULAR ASSISTIDO

No capítulo anterior, foi provido o ferramental técnico necessário para, ao se deparar com um contrato de plano de previdência privada, na prática, ser possível identificar seus caracteres fundamentais.

Verificou-se que, nos termos da Constituição Federal de 1988, só se pode chamar de previdência privada aquele sistema pelo qual se deseja prover um benefício futuro, que será custeado por meio de reserva financeira previamente formada. Essa reserva, nos termos da Lei Complementar n. 109/2001, deve ser individual, o que a conduz a serem constituídas sob a lógica do regime financeiro de capitalização, já que este regime, dentre os três possíveis, é o único que permite que o indivíduo forme sozinho o monte necessário para suportar o benefício pretendido. Relembre-se, nos demais regimes financeiros, os de repartição, uma coletividade se une para suportar os benefícios.

Viu-se, também, que essas reservas, antes de começarem a ser usadas para pagar o benefício, o que ocorre após a data preestabelecida, tecnicamente chamada de data de sobrevivência e coloquialmente chamada de data de aposentadoria, podem ser sacadas pelos participantes, por meio do instituto do resgate, ou transferidas para outro plano de previdência privada, por meio da portabilidade.

Outro aspecto importante apresentado são os efeitos do óbito do participante (titular na fase de diferimento) e do assistido (titular na fase de benefício). Naquele caso, ficou demonstrado que o valor da reserva é disponibilizado ao beneficiário indicado e, na sua falta, a sucessores legítimos, enquanto neste o direito do assistido pode ou não se transmitir a beneficiários ou sucessores legítimos, hipóteses que restaram também apresentadas.

Discorreu-se, ainda, sobre a diferenciação entre o contrato de previdência privada e seguro, ao se demonstrar que é da natureza do contrato de seguro que as partes contratantes possam ser obrigadas à prestação desproporcional à contraprestação recebida, pelo que são considerados contratos aleatórios. Todavia isso não ocorre, em todos os casos, no plano de previdência privada, já que somente em alguns casos e durante a fase de benefício esse tipo de contrato ganha feições securitárias, sendo que durante a fase de diferimento e nos demais casos é o próprio participante, por intermédio da constituição de sua reserva, que suporta os montantes de virão as ser recebidos.

Nessa linha, comprovou-se que o patrimônio acumulado na fase de diferimento, em nenhuma hipótese, pode ser afastado do recebimento por parte do próprio participante ou de

seus sucessores, sejam eles beneficiários indicados ou herdeiros. Nesse caso, o plano de previdência complementar (também chamado de cobertura por sobrevivência) não pode ser considerado um tipo de seguro.

Ainda nessa direção, restou demonstrado que na fase de benefício, a depender da espécie de benefício contratado, em casos restritos, este representa às partes da relação contratual o risco de assunção de prestação desproporcional à respectiva contraprestação, portanto, nesses casos específicos, a relação entre assistido e entidade de previdência assume uma feição securitária, por ter o contrato assumido natureza aleatória e por ter assumido a entidade contratada (EFPC, EAPC, ou cia seguradora) o dever de garantir o pagamento, tal qual um contrato ordinário de seguro.

Por fim, explorou-se a possibilidade de haver, num mesmo contrato, a contratação do plano de previdência privada (cobertura por sobrevivência) e de seguro, ou seja, dois contratos diferentes firmados em um mesmo momento, mas que não se confundem, afinal, as contraprestações devidas pela entidade contratada em cada caso são remuneradas separadamente. A contraprestação relativa à cobertura por sobrevivência corresponde à administração dos montes vertidos e é remunerada por taxas de carregamento e de administração descontadas da contribuição feitas pelo participante e destinadas para formar a respectiva reserva individual; já a contraprestação relativa à cobertura de risco é remunerada por quantia cobrada separadamente, que se assemelha ao prêmio pago por garantia de interesse contra riscos predeterminados, em consonância com a definição do art. 757 do Código Civil de 2002.

Diante disso, foi dissecado o complexo e mitificado contrato de previdência complementar.

A partir dessa premissa, o momento agora é adequado para se atacar o ponto central desta obra, qual seja, demonstrar a subsunção das hipóteses em que potencialmente ocorrem a transmissão de direitos *causa mortis* ao campo de competência impositiva deferido aos estados federados e sob quais circunstâncias estas podem ser qualificadas como fato gerador do ITCMD.

Para isso, serão apresentados os fundamentos da incidência do tributo, como cada hipótese de transmissão identificada poderia ser neles enquadrada e os requisitos que devem constar da legislação para se proceder à legítima cobrança do imposto. Além disso, será demonstrado, se instituído o tributo, a forma mais eficiente para se efetivar sua cobrança.

4.1 ITCMD no direito positivo brasileiro

O Imposto sobre Transmissão *Causa Mortis* e Doação está assim previsto na Constituição Federal de 1988:

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:
 [...] I – transmissão *causa mortis* e doação, de **quaisquer bens ou direitos**;
 [...] § 1º O imposto previsto no inciso I: [...]
 II – relativamente a bens móveis, títulos e créditos, compete ao Estado onde se processar o inventário ou arrolamento, ou tiver domicílio o doador, ou ao Distrito Federal;
 (grifo nosso)

Conforme o art. 146, III, da Constituição Federal de 1988, cabe à lei complementar, no papel de traçar as normas gerais de direito tributário, entre outros, dispor sobre a definição dos fatos geradores, dos contribuintes e da base de cálculo dos tributos previstos na Constituição.

Entretanto, o ITCMD, na amplitude prevista no texto constitucional, não encontra disciplina no CTN, que trata de um imposto que incidia sobre a transmissão **a qualquer título de bens imóveis** e direitos a ele relativos, nos termos do art. 35 e segs.

Assim, o texto do CTN trata de um extinto tributo que incidia sobre a transmissão seja inter vivos, seja *causa mortis* de bens imóveis somente.

Mesmo reconhecendo que o ITCMD é um tributo diferente do que consta do CTN, juristas como Kiyoshi Harada e Eduardo Sabbag sustentam a aplicação desse código, especialmente à definição da respectiva base de cálculo, do fato gerador no que se refere a ocorrerem tantos quantos forem os herdeiros ou legatários e no que tange à definição do contribuinte¹²⁶ ¹²⁷.

Hugo de Brito Machado, por outro lado, sustenta que, por ser o ITCMD um tributo diverso do previsto no CTN, os estados federados possuiriam, até que fosse editada lei complementar de normas gerais que o discipline, competência plena para legislar a respeito¹²⁸.

Kiyoshi Harada chega a mencionar que, para o ITCMD incidir sobre a transmissão de bens que não sejam imóveis, haveria a necessidade de edição de uma lei complementar para prever o respectivo fato gerador¹²⁹. Todavia, o entendimento é isolado e não condiz nem com a prática adotada nas 27 unidades da federação brasileira, uma vez que todas exigem o ITCMD

¹²⁶ HARADA, K. **Direito tributário e financeiro**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 519.

¹²⁷ SABBAG, E. **Manual de direito tributário**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 1.603.

¹²⁸ MACHADO, H. de B. **Curso de direito tributário**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 371.

¹²⁹ HARADA, K. **Direito tributário e financeiro**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 519.

sobre doações e transmissão *mortis causa* dos mais diversos tipos de bens móveis, nem com a jurisprudência do STF¹³⁰.

A pertinência dessa reflexão para esta pesquisa decorre de duas razões: (i) as transmissões que serão detalhadas não se relacionam a bens imóveis, logo, não existe em lei complementar descrição de fato gerador do imposto que as contenha e a outra é que, (ii) na ausência de disciplina da transmissão de bens móveis no CTN, é necessário considerar que as demais disposições ou precisam ser interpretadas adaptando-as às diferentes formas de transmissão *causa mortis* ou por doação abarcadas pelo texto constitucional, ou que elas são inaplicáveis.

Sobre esse segundo ponto, o que se tem visto ao longo dos anos de trabalho com o imposto é que a linha adotada pelas administrações tributárias e pelo Poder Judiciário converge com a da interpretação das disposições do CTN, para adaptá-las às formas de transmissão patrimonial que ali não encontram previsão. O exemplo é a consideração de que há tantos fatos geradores quantos forem os herdeiros ou legatários (art. 35, parágrafo único) e de que a base de cálculo é o valor venal dos bens (art. 38)¹³¹.

Assim, diante dos entendimentos dominantes, os elementos da obrigação tributária, atinentes à transmissão *causa mortis* de direitos acumulados junto a planos de previdência complementar, a serem trabalhados a seguir, considerarão a competência plena estadual combinada com os dispositivos do CTN passíveis de adaptação à matéria.

Mais uma premissa que precisa ser apontada é de que disposições do CPC/2015 não podem ser utilizadas para orientar a definição dos elementos da obrigação tributária, considerando que ele foi concebido por meio de lei ordinária federal, em vista de que o direito processual é da competência legislativa da União, nos termos do art. 22, I, da CF/1988. Portanto, o CPC/2015 não poderia se imiscuir em matéria tributária estadual, sob pena de ofensa ao pacto federativo. Diante disso, conforme se verá, será afastada a necessidade de cumprir ritos processuais para se verificar a exigibilidade do ITCMD.

Cabe aqui pedir atenção à reflexão posta acima, no que toca à interface entre a legislação processual e o tributo estadual, pois seria de grande valia uma pesquisa aprofundada sobre a

¹³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ARE 901278-SC**. Min. Dias Toffoli, 27 out. 2015. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho580999/false>. Acesso em: 22 jul. 2020.

¹³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ARE 1155463-SP**. Min. Dias Toffoli, 10 set. 2018. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho905368/false>. Acesso em: 22 jul. 2020; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 1190372-SC**. Min. Luiz Fux, 31 maio 2019. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho984695/false>. Acesso em: 22 jul. 2020; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ARE 1109530-RS**. Min. Gilmar Mendes, 23 mar. 2018. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho847802/false>. Acesso em: 22 jul. 2020.

teoria do ITCMD, para discutir a relação entre a competência deferida aos estados da federação a partir de 1988 e a legislação federal, cuja realização é uma intenção para o futuro.

Isso posto, doravante se tratará da verificação da possibilidade de ocorrência do fato imponible e dos elementos da respectiva obrigação tributária.

4.2 Transmissão *causa mortis* de bens e de direitos relacionados a planos de previdência complementar

Nesta obra, buscou-se, não só por meio de conceitos propostos pela literatura especializada, mas, também, e principalmente, na fonte primária destes conceitos, a saber, as normas constitucionais, legais e regulamentares, demonstrar a natureza jurídica dos planos de previdência privada.

Logo no início, foi afastada a natureza securitária da cobertura por sobrevivência, ainda que seja operada por EFPC, os conhecidos fundos de pensão, ou oferecidas por companhias seguradoras autorizadas.

Nesse sentido, identificou-se que o contrato relativo à cobertura mencionada, quando obrigatoriamente estruturado sob o regime financeiro de capitalização, conforme a Lei Complementar n. 109/2001, tem natureza de acumulação patrimonial, sendo possível que assuma natureza aleatória (securitária) apenas em algumas modalidades de renda escolhidas pelo participante, ao se tornar assistido.

Nos contratos de natureza securitária, demonstrou-se que o contratante paga por uma garantia, todavia, o eventual recebimento de montante resultante dessa garantia, que corresponde ao valor da indenização securitária, depende da ocorrência do sinistro, evento futuro e incerto (incerto no tocante à ocorrência durante o período de cobertura). Nesse contexto, o montante a ser possivelmente pago pelo seguro é uma expectativa de direito e não um direito em si.

Do contrário, existindo um montante certo, cujo pagamento deverá ocorrer, independentemente de eventos futuros, ou seja, existindo uma obrigação certa para o contratado, haverá um direito para o contratante.

É por isso que, ao demonstrar que os planos de previdência têm natureza de acumulação patrimonial, seja na forma da titularidade direta de quotas de fundo de investimento (planos organizados na forma da Lei n. 11.196/2005, por exemplo), seja na forma de um crédito correspondente a um saldo de conta mantida junto à entidade de previdência complementar

aberta ou fechada, verifica-se a existência de um direito do titular do plano, que, por assim ser, é sim passível de ser transmitido *causa mortis*.

Esse patrimônio acumulado na fase de diferimento é o saldo da conta do participante, ou a sua reserva.

No que tange às EAPC, a regulamentação é bastante precisa quanto à qualificação do patrimônio acumulado pelo participante, tendo em vista que ela expressamente determina, no caso de óbito da referida pessoa, que deverá ser disponibilizado aos beneficiários, o montante constante da respectiva “provisão matemática de benefícios a **conceder** (PMBAC)” e da “Provisão de Excedentes Financeiros (PEF)”, quando contratada a reversão dos resultados financeiros¹³² (grifo nosso).

Por outro lado, no que tange às EFPC, a legislação não é tão clara a esse respeito, ao utilizar para designar o direito acumulado o termo “saldo de conta”. Nos termos da Res. CNPC n. 32/2019, art. 4º, IV, “a”, para o acompanhamento da situação individual do participante e do assistido, a entidade deve enviar-lhes informativo constando o demonstrativo da evolução do “saldo de contas individualizado”, que seria composto por “parcelas constituídas pelas contribuições do participante, patrocinador ou terceiros, além do saldo de portabilidade, quando houver, que possibilite o acompanhamento da rentabilidade dos recursos”¹³³. Assim, o direito acumulado do participante será o constante do seu saldo de conta, composto por todos os aportes e rendimentos dos recursos capitalizados.

Na fase de benefício, nos casos em que a renda em curso não tenha natureza securitária, o direito acumulado ou é o saldo da reserva do participante, tecnicamente chamada de “provisão matemática de benefícios **concedidos**”, na hipótese em que o benefício garanta a completa destinação deste ao assistido ou a seus sucessores (neste termo compreendido o beneficiário

¹³² Circulares SUSEP n. 563/2017 e 564/2017 (texto idêntico para os dois institutos): [...] Art. 21. Nos planos com capitalização exclusivamente financeira, na ocorrência de invalidez ou morte do participante, durante o período de diferimento, os saldos da provisão matemática de benefícios a conceder e da provisão de excedentes financeiros, mediante solicitação devidamente instruída e registrada na EAPC, serão postos à disposição do participante/segurado ou do(s) beneficiário(s), conforme definido pelo participante na proposta de inscrição, para recebimento à vista ou para pagamento de renda, sem qualquer período de carência.

¹³³ Res. CNPC n. 32/2019: [...] Art. 4º A EFPC deve disponibilizar em seu sítio na internet, em local de acesso restrito, ou por meio de outro canal de comunicação, observado o disposto no § 2º do art. 13, extrato mensal da situação individual do participante ou assistido no plano de benefícios que possibilite o acompanhamento da sua evolução no plano de benefícios, que deve conter, no mínimo: [...] IV – no caso de plano de contribuição definida ou de contribuição variável, em fase de contribuição: a) evolução do saldo de contas individualizado, com a discriminação das parcelas constituídas pelas contribuições do participante, patrocinador ou terceiros, bem como o saldo de portabilidade, quando houver, que possibilite o acompanhamento da rentabilidade dos recursos, e, para planos com terceirização de risco, o valor do capital segurado do participante; [...]

indicado), ou é a soma das rendas devidas, quando a garantia for do pagamento desse valor, por determinado prazo, ao assistido ou a seus sucessores (grifo nosso).

A possibilidade de transmissão *causa mortis* decorre basicamente da estrutura obrigatória dada ao sistema de previdência complementar brasileiro, que é a do regime financeiro de capitalização, na fase de diferimento, e, além dela, na natureza não securitária de algumas espécies de renda na fase de benefício.

A *contrario sensu*, caso existam vigentes planos estruturados sob os regimes de repartição, classicamente de natureza securitária, por ausência de formação de um monte individual, ou seja, de um direito (crédito, titularidades de quotas, etc.), e por terem o respectivo benefício como mera expectativa de direito, não se vislumbra a possibilidade de transmissão *causa mortis*, restando impossibilitada a ocorrência do fato gerador do ITCMD, nesse caso.

Ressalte-se, os regimes de repartição de risco, ou regime de repartição de capital de cobertura, baseiam-se no mutualismo, razão pela qual não há uma acumulação patrimonial individualizada, mas sim uma coletividade dentre a qual é pulverizado o risco da ocorrência de um evento futuro e incerto. Nestes, é inerente a possibilidade de que o participante não receba, ou receba contraprestação desproporcional aos montantes vertidos ao plano, ou seja, são contratos aleatórios.

Sendo possível, portanto, ocorrer a transmissão *causa mortis* no caso de planos de previdência complementar estruturados sob o regime financeiro de capitalização, diante da impossibilidade de se lhes atribuir, inicialmente, natureza securitária, mostra-se equivocado o uso do art. 794 do Código Civil para sustentar posição que milita pela impossibilidade de incidência do ITCMD.

O artigo assim dispõe: “Art. 794. **No seguro de vida** ou de acidentes pessoais para o caso de morte, o capital estipulado não está sujeito às dívidas do segurado, **nem se considera herança para todos os efeitos de direito**” (grifos nossos).

Esse dispositivo tem sido a base do posicionamento do STJ, como dito, muitas vezes replicado como se fosse um precedente, no sentido de não poder incidir o ITCMD em caso de falecimento do participante de planos de previdência privada da espécie VGBL, considerando que ele é um “seguro de pessoas”.

É lícito dizer que no contexto atual, majoritariamente, para fins de incidência desse imposto, o Poder Judiciário considera que o plano VGBL tem natureza securitária e que o PGDL tem natureza de acumulação patrimonial, logo, se o fato morte tiver relação com o

primeiro, não haverá a incidência do ITCMD, com base no art. 794 do Código Civil de 2002, já se tiver relação com o segundo, então, incidirá o tributo.

E as discussões judiciais as quais estão envolvidas a incidência do ITCMD a isso se limitam, sem se aprofundarem sequer na análise dos planos operados por EFPC, como também não abordam as nuances das distintas fases nas quais se divide a cobertura por sobrevivência.

Esse contexto, percebe-se, também decorre da incipiente cobrança do tributo sobre os casos aqui tratados, já que é desconhecida a promoção qualquer ação fiscal tendente a cobrar o tributo em casos relacionados às referidas EFPC, ou a planos de EAPC em que o assistido venha a óbito. Ou seja, não houve cobrança no caso da previdência fechada e na situação de óbito na fase de benefício da previdência aberta.

A interpretação atribuída ao art. 794 do Código Civil, além de causar a distorção de não permitir a tributação da transmissão dos montantes mantidos junto a VGBL e permitir a relacionada ao PGDL, desconsidera os pontos fundamentais apresentado até aqui.

Primeiro, porque nem mesmo os planos oferecidos por companhias seguradoras autorizadas a oferecer cobertura por sobrevivência (os planos da família VGBL) tratam da cobertura do evento morte, que é o caso referido no citado artigo. Conforme se verificou, a cobertura por morte, tecnicamente qualificada como cobertura de risco, é uma avença apartada da cobertura por sobrevivência, da qual decorre a formação do monte capitalizado.

Depois, porque constatou-se que a cobertura por sobrevivência não tem natureza de seguro, o que somente ocorrerá na fase de benefício e em caso de benefícios calculados atuarialmente, sem qualquer garantia de pagamento do valor predeterminado (se falecerem assistido e beneficiários, a entidade nada pagará).

Na hipótese do óbito ocorrido durante a fase de benefício em que ambos, assistido e entidade de previdência se sujeitam a álea (a risco de perda por não receberem contraprestação proporcional à sua prestação), a não incidência não decorre da aplicação do art. 794 do Código Civil (que trata de seguro por morte, repita-se), mas pela inocorrência de transmissão *causa mortis* decorrente da inexistência de direito, já que nos contratos aleatórios o valor a ser pago ao contratante é apenas uma expectativa de direito. Expectativa porque, incorrendo a condição, a contratada nada deve pagar, não há obrigação. Ou seja, a impossibilidade de transmissão de direitos decorre da lógica do instituto e não da incidência do artigo do Código Civil.

Importante esclarecer que a inocorrência de transmissão de direitos em contrato securitário não é efeito do art. 794 do Código Civil, mas, ao contrário, o dispositivo é simplesmente uma declaração da natureza da indenização securitária como uma expectativa de

direito. Portanto, o dispositivo nada trouxe de criação, mas apenas explicitou uma decorrência inerente ao contrato de seguro.

Do contrato de seguro de vida, no caso de cobertura de risco morte, o que se concebe desde a sua celebração é a expectativa do direito do próprio beneficiário. Expectativa, porque se o segurado não morrer no prazo de cobertura nada será devido e porque o beneficiário fará jus à indenização somente após a ocorrência da morte do segurado. A indenização jamais poderia ser considerada um direito do segurado transmitido ao beneficiário, pois quando surge a obrigação da seguradora, o segurado está morto e não tem personalidade jurídica. Se não há transmissão de direito do segurado para o beneficiário, então, jamais se poderia caracterizar a indenização como herança ou legado, pelo que se trata de uma redundância os efeitos previstos na disposição legal em comento.

Tanto é assim, que na vigência do Código Civil de 1916, o art. 1.475¹³⁴, que corresponde ao art. 794 do Código Civil de 2002, não fazia referência ao termo herança. Entretanto, a conclusão acima já era consagrada na jurisprudência: “EMENTA: ARROLAMENTO DE BENS – SEGURO DE VIDA – INCLUSÃO NA HERANÇA – INADMISSIBILIDADE. O pecúlio deixado pelo estipulante do seguro não faz parte do acervo hereditário, conforme dispõem os artigos 1.098 a 1.100 do Código Civil”¹³⁵.

O que foi dito até agora há tempos consta da legislação e das publicações relativas aos planos de entidades abertas, já que estas reconhecem a transmissibilidade dos direitos acumulados nos planos de previdência complementar, conforme os transcritos na Lei n. 11.196/2005, art. 79, Circular SUSEP n. 219/2002, art. 8º e descrição dos benefícios denominados “renda mensal vitalícia com prazo mínimo garantido” e “renda mensal por prazo certo”, o que, conforme o entendimento apresentado neste texto, é até uma forma de dar atratividade ao “produto” posto ao mercado, ao demonstrar que a adesão à previdência privada não importa no risco de retirada de patrimônio do contratante ou de sua linha sucessória.

Relembre-se que alguns instrumentos contratuais determinam que, antes de se iniciar a fase de benefício, seja dada a oportunidade ao participante em vias de se tornar assistido, de resgatar todo o montante acumulado, ou até alterar o benefício para um tipo que garanta o seu

¹³⁴ BRASIL. Código Civil (1916). Art. 1.475. A soma estipulada como benefício não está sujeita às obrigações, ou dívidas do segurado.

¹³⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Ag. n. 000.154.406-3/00**. Primeira Câmara Cível, Des. Garcia Leão, Doe 29-10-1999.

acesso e a de seus sucessores a todo o valor capitalizado. Na verdade, existe até recomendação para que se tome essa decisão.

Tanto é isso é verdade, que nos exemplos de regulamentos de planos apresentados, **relativos a um plano VGBL e a um plano administrado por um Fundo de Pensão**, a transmissibilidade dos direitos está prevista expressamente. Observe-se que citados os regulamentos tratam do VGBL, espécie em relação a qual a ocorrência de transmissão *causa mortis* se tornou extremamente controversa, devido ao posicionamento do STJ, e de um plano de Fundo de Pensão, que não tem sido objeto de atuação sistemática à administração tributária estadual.

De tudo isso, resta concluir que é possível haver a transmissão de direitos em razão da ocorrência do óbito de titular de plano de previdência privada estruturado sob o regime financeiro de capitalização, conforme as diretrizes da Lei Complementar n. 109/2001, quando: a) falecido o participante (fase de diferimento); b) falecido o assistido (fase de benefício), desde que: b.1) A renda tenha sido calculada exclusivamente em razão do valor da “Provisão Matemática de Benefícios a Conceder (PMBAC)” e da “Provisão de Excedentes Financeiros (PEF)”, se contratada a reversão de resultados, sem a utilização de componente atuarial, ou seja, o benefício corresponderá exatamente à “Provisão Matemática de benefícios concedidos” (são os planos “contribuição definida” e “contribuição variável”, neste quando a renda for calculada da citada forma; e b.2) mesmo sendo utilizado componente atuarial para o cálculo, a renda seja garantida ao assistido por um prazo mínimo, espécie de benefício denominado “Renda Mensal por Prazo Mínimo Garantido”.

As exceções à incidência seriam os casos em que venha a óbito o assistido em gozo de renda calculada com componente atuarial, planos da modalidade “benefício definido” ou “contribuição variável”, e não exista garantia de prazo mínimo de pagamento do benefício.

Há, entretanto, um outro caso que merece ser analisado.

O § 4º do art. 2º e o art. 22 de ambas as Circulares SUSEP n. 563/2017 e 564/2017¹³⁶, que dão os critérios complementares à operação e ao funcionamento da cobertura por sobrevivência relativa à previdência complementar aberta, em razão da autorização constante do art. 48 da Res. CNSP n. 348/2017 e do art. 49 da Res. CNSP n. 349/2017¹³⁷, dispõem,

¹³⁶ Circular SUSEP n. 563/2017. Art. 2º [...] § 4º. Os planos do tipo VRGP e VAGP poderão prever, para o período de diferimento, capitalização atuarial; Circular SUSEP 564/2017. Art. 22. Nos planos que prevejam capitalização atuarial, na ocorrência de morte do segurado/participante, os saldos da provisão matemática de benefícios a conceder e da provisão de excedentes financeiros não são devidos ao(s) beneficiário(s).

¹³⁷ Art. 48 da Res. CNSP n. 348/2017 e art. 49 da Res. CNSP n. 349/2017 (texto idêntico para os dois institutos): Quando prevista a capitalização atuarial durante o período de diferimento e/ou de pagamento do capital

respectivamente que os planos das espécies PRGP, PAGP, VRGP e VAGP poderão adotar o regime de “capitalização atuarial” e que, nestes casos, os montantes acumulados na PMBAC e na PEF não seriam disponibilizados para o beneficiário, na hipótese de falecimento do participante.

Nesse caso, a legislação se revelou escassa na descrição do regime de “capitalização atuarial”, e na descrição do efeito do óbito na situação relatada, o que impossibilitou a análise mais aprofundada do contexto.

Inicialmente, parece estranho existir uma cobertura por sobrevivência que previsse, no caso de óbito, um benefício análogo ao capital segurado de um seguro de vida pois a própria regulamentação do CNSP determina que a cobertura por sobrevivência e de risco estejam bem discriminadas no contrato, inclusive no que tange ao respectivo custeio. Somente uma cobertura de risco poderia justificar a perda das contribuições, neste caso tratadas como prêmio.

Ante à escassez legislativa e doutrinária que jogue luz sobre a questão, verificou-se nas estatísticas da SUSEP a relevância desse plano no mercado e restou constatado que sequer há números em separado para esse tipo de plano, razão pela qual considera-se que seja irrelevante.

Foi acessado, ainda, o regulamento de um plano do tipo PLANO COM REMUNERAÇÃO GARANTIDA E PERFORMANCE (PRGP), MODALIDADE DE CONTRIBUIÇÃO VARIÁVEL E REGULAMENTO DE PLANO INDIVIDUAL¹³⁸ – do qual consta expressamente a disponibilização da PMBAC e PEF aos beneficiários ou aos sucessores legítimos, em caso de óbito do participante.

Diante disso, entende-se que a situação prevista no art. 22 das Circulares SUSEP n. 563/2017 e 564/2017 deve ser apartada deste estudo, já que, para admiti-la como exceção à toda lógica aqui trabalhada, ou afirmar que há nos dispositivos uma deficiência conceitual, seria necessária uma pesquisa específica e aprofundada com o intuito de verificar em que consiste a excepcional hipótese de capitalização atuarial.

Isso posto, estando bem demonstradas as hipóteses nas quais é possível ocorrer a transmissão *causa mortis*, é possível caminhar para a apresentação das condições de incidência tributária.

segurado, sob a forma de renda, a reversão e/ou crédito de que trata o art. 46 desta Resolução, se contratualmente estabelecidos, são obrigatórios aos segurados ou assistidos sobreviventes.

¹³⁸ LUTERPREV. **Plano com remuneração garantida e performance (PRGP) Modalidade de contribuição variável** – regulamento de plano individual [s.d.]. Disponível em: <http://www.luterprev.com.br/arquivo/governanca/03486e45b11c9c.pdf>. Acesso em: 29 maio 2021.

4.2.1 Os elementos da obrigação tributária

Demonstrada a viabilidade de ocorrer a transmissão de direitos em razão do óbito do titular de um plano de previdência complementar, estruturado sob as diretrizes do art. 202 da CF/1988 e da Lei Complementar n. 109/2001, concluiu-se pela possibilidade de incidência do ITCMD.

Diz-se possibilidade porque a incidência do imposto depende de sua instituição em lei do ente competente, em obediência ao art. 150, I, da CF/1988¹³⁹.

Sobre o princípio da legalidade, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes adverte, ainda, acerca de sua dúplici dimensão, pela qual, a par de estar o tributo previsto em lei no sentido estrito, ordinária ou complementar, conforme o caso, esta norma deve descrever precisamente todos os seus elementos¹⁴⁰.

Assim, não basta a lei descrever a hipótese de incidência, mas deve apontar, além da descrição do fato tributável, a definição da base de cálculo, da alíquota e do sujeito passivo¹⁴¹. Além disso, embora não tenham de ser, necessariamente, previstos na lei que instituir o tributo, deve ser possível identificar outros aspectos do fato gerador, como o temporal e o espacial, este último intimamente ligado à definição da sujeição ativa.

Nesse sentido, serão trabalhados elementos da obrigação tributária em cinco dimensões: material, subjetivo, espacial, quantitativo e temporal. Ao tratar de cada um deles, serão identificados a respectiva base constitucional, os fundamentos decorrentes das normas gerais de direito tributário, se for o caso, e, quando pertinente, a sua forma ideal de previsão na lei que instituir o tributo.

4.2.1.1 Elemento material

A base constitucional para a instituição do ITCMD pelos estados da Federação é o art. 155, I, da CF/1988.

Muitos o nomeiam como “imposto sobre a herança” e, devido a essa nomenclatura coloquial, inexistente no texto constitucional, vinculam o limite impositivo às hipóteses de

¹³⁹ BRASIL. Constituição Federal (1988). Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I – exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça;

¹⁴⁰ MENDES, G. M.; BRANCO, P. G. G. **O controle da constitucionalidade no Brasil**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 1.249.

¹⁴¹ MACHADO, H. de B. **Curso de direito tributário**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 58.

transmissão *causa mortis* reguladas pelas disposições do Código Civil, que dão conta da sucessão decorrente de comando legal (sucessão legítima) e daquela oriunda de ato de última vontade (sucessão testamentária).

Flávio Tartuce, ao fazer um apanhado sobre o conceito de sucessão e da sua modalidade *causa mortis*, reúne formulações de doutrinadores clássicos:

Genericamente, ou em sentido amplo, a palavra sucessão significa transmissão, o que pode decorrer de ato inter vivos ou *mortis causa*. Como pontua Pinto Ferreira, “a palavra sucessão não é específica do direito hereditário ou do direito das heranças. O direito hereditário não a usa com exclusividade. Realmente, a sucessão tanto opera entre pessoas vivas como também por causa da morte [...]”

[...]

Dentro da ideia de transmissão hereditária é que surge o conceito de Direito das Sucessões. Como bem define Carlos Maximiliano, “Direito das Sucessões, em sentido objetivo, é o conjunto de normas reguladoras da transmissão dos bens e obrigações de um indivíduo em consequência de sua morte. No sentido subjetivo, mais propriamente se diria – direito de suceder, isto é, de receber o acervo hereditário de um defunto” (Direito..., 1952, v. 1, p. 21). Ressalte-se que esse duplo sentido é seguido por respeitados juristas, caso de Orlando Gomes, denotando muito bem o ramo do Direito Privado que ora se investiga (Sucessões, 2001, p. 5). Ainda entre os clássicos, Clóvis Beviláqua utiliza a expressão direito hereditário, ao definir que “direito hereditário ou das sucessões é o complexo dos princípios, segundo os quais se realiza a transmissão do patrimônio de alguém, que deixa de existir” (Direito..., 1983, p. 14)¹⁴².

Todavia, talvez por se tratar de uma publicação que tem o Código Civil como objeto principal de estudo, o autor acaba trançando um conceito reducionista, vinculando o direito das sucessões àquelas que se dão segundo a vocação hereditária ou por força de disposição de última vontade, nos termos definidos no referido Código, desconsiderando a possibilidade de outras formas de sucessão *mortis causa*. Ressalte-se, reducionista até diante da inspiração que diz ter buscado no Código Civil português:

Em suma, a partir das categorizações expostas, de antes e de hoje, este autor define o *Direito das Sucessões* como o ramo do *Direito Civil* que tem como conteúdo as transmissões de direitos e deveres de uma pessoa a outra, diante do falecimento da primeira, seja por disposição de última vontade, seja por determinação da lei, que acaba por presumir a vontade do falecido. Serve como inspiração, para este autor, a concepção legal que está no art. 2.024.º do Código Civil português, segundo o qual “Diz-se sucessão o chamamento de uma ou mais pessoas à titularidade das relações jurídicas patrimoniais de uma pessoa falecida e a consequente devolução dos bens que a esta pertenciam”

¹⁴³.

¹⁴² TARTUCE, F. **Direito civil** – direito das sucessões. v. 6. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 15-16.

¹⁴³ TARTUCE, F. **Direito civil** – direito das sucessões. v. 6. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 16.

Todavia, em conformidade com a Lei Complementar n. 109/2001, art. 8º, II, nos planos de previdência complementar é possível indicar um sucessor por ato do participante, o beneficiário, que assim é qualificado pelos órgãos reguladores e fiscalizadores da atividade:

BENEFICIÁRIO. Dependente do participante, **ou pessoa por ele designada**, inscrito no Plano de Benefícios nos termos do respectivo Regulamento, para fins de recebimento de benefícios.

BENEFICIÁRIO DESIGNADO. Corresponde **a qualquer pessoa física indicada pelo participante** que não possua beneficiário, para, no caso do seu falecimento, receber benefício do plano¹⁴⁴.

Beneficiários: **as pessoas indicadas na proposta de inscrição ou em documento específico**, para receber o pagamento relativo ao benefício contratado, no caso dos planos cujo evento gerador do benefício seja a morte do participante, ou o próprio participante no caso dos planos cujo evento gerador seja a sobrevivência ou a invalidez. **Caso esteja previsto em regulamento e, a estrutura técnica do plano o permita, a provisão matemática de benefícios a conceder será disponibilizada aos beneficiários em caso de óbito do participante durante o período de diferimento;**¹⁴⁵ (grifos nossos)

Assim, é possível ocorrer hipótese de sucessão não decorrente da determinação legal (quem sucede estar previamente definido em lei) ou de ato de última vontade e que, diante da visão do autor e da que se noticiou acima, estaria fora do campo do direito das sucessões.

Seguindo a sua visão, que ora se chama de reducionista, o mesmo autor vincula o conceito de herança à massa de bens que formará o espólio, sustentando-se em lições de autores contemporâneos como Maria Helena Diniz, Carlos Roberto Gonçalves e Silvio Salvo Venosa¹⁴⁶, ou seja, um condomínio formado pelos herdeiros que será extinto quando ultimado o inventário e a partilha.

Em caminho diverso, em se tratando de patrimônio acumulado em planos de previdência privada, a possibilidade de transmissão de direitos a beneficiários e até a sucessores legítimos sem formar um espólio é reconhecida por lei e em atos normativos relacionados a planos de EAPC e consta de regulamentos de planos aprovados pelas autoridades competentes, tanto no caso de EAPC, quanto de EFPC. Basta se verificar os regulamentos dos planos “FLEXPREV PERSONNALITÉ VGBL RF” (previdência complementar aberta do tipo VGBL), aprovado

¹⁴⁴ GOVERNO FEDERAL. Ministério da Economia, Subsecretaria do Regime de Previdência Complementar, 2019. **Fundos de Pensão**: coletânea de normas. 2019. Disponível em: <http://sa.previdencia.gov.br/site/2019/07/Coletanea-de-Normas-Junho2019.pdf>. Acesso em: 14 jan. 2020.

¹⁴⁵ SUSEP. **Previdência Complementar Aberta**. Disponível em: <http://www.susep.gov.br/menu/informacoes-ao-publico/planos-e-produtos/previdencia-complementar-aberta#TBR>. Acesso em: 20 jan. 2020.

¹⁴⁶ TARTUCE, F. **Direito civil** – direito das sucessões. v. 6. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 16.

pelo Processo SUSEP n. 15414.004045/2009-13¹⁴⁷, e o “REGULAMENTO DO PLANO DE BENEFÍCIOS DO JUDICIÁRIO DA UNIÃO, DO MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO E DO CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO” (previdência complementar fechada), CNPB n. 2013.0017-38, aprovado pela Portaria DILIC/PREVIC n. 708, de 24 de julho de 2018 transcritos neste trabalho, o art. 79 da Lei n. 11.196/2005, e art. 8º da Circular SUSEP n. 219/2002.

É certo que essas indicações são objetos de disputas judiciais quando ferem o limite da legítima, ou outra regra de direito de família, mas não há declaração de inconstitucionalidade ou ilegalidade destas disposições, nem, tampouco, está pacificada jurisprudência a respeito.

Nada obstante, há aqui um caso de transmissão *mortis causa* que não se amolda ao conceito de herança ligado à sucessão legítima ou testamentária regulada pelo Código Civil, o que conduz à conclusão de que há uma outra modalidade de transmissão, que não pode ser denominada herança.

Daí, há dois caminhos a seguir. Um é o de reduzir o alcance da expressão “transmissão *causa mortis*, constante do art. 155, I, da CF/1988, e limitá-lo ao conceito de herança, ou entender que ele trata de um gênero de que a herança é espécie e, assim, fazê-lo alcançar outras formas de transmissão.

Recobrando os ensinamentos dos autores clássicos invocados por Flávio Tartuce, verifica-se que a qualificação de sucessão hereditária serve para tudo o que se relaciona à recepção de um direito que constava da esfera jurídica do *de cujus*. Por essa acepção, herança seria todo o patrimônio que advém da transmissão *causa mortis*.

Considera-se inadequado reduzir a competência deferida aos estados da Federação à sucessão legítima ou testamentária indicada pelo Código Civil, tanto pela literalidade do art. 155, I, da CF/1988, que poderia ter usado o termo sucessão legítima ou testamentária para qualificar a transmissão, mas não o fez, quanto pelo fato de que a adoção do conceito reducionista de herança como limite constitucional significaria dar ao legislador federal ordinário o poder de regular e até de suprimir a competência tributária estadual.

Quanto à última afirmação, bastaria que o legislador, ao incluir disposição no texto do Código Civil, excluísse do conceito de herança determinada forma de transmissão de bem em razão do óbito do seu titular, para que ela não mais fosse objeto da tributação, produzindo-se,

¹⁴⁷ FLEXPREV PERSONNALITÉ VGBL RF. 20 jan. 2020. Disponível em: http://ww28.itaubr.com.br/personnalitevidaeprevidencia/individual/regulamentos/regul_vgblrf_personnalite.pdf. Acesso em: 20 jan. 2020.

assim, efeito análogo ao que se pretendeu dar ao art. 794 do Código, para afastar a transmissão de direitos acumulados em plano VGBL da tributação.

Assim, indiretamente, o legislador ordinário federal teria o poder de derrogar a própria Constituição Federal de 1988 e, conjuntamente, suprimir o poder dos estados federados, violando o pacto federativo insculpido no art. 18 da CF/1988, bem como a vedação de concessão de isenção heterônoma, prevista no art. 150, III, da Carta Constitucional¹⁴⁸⁻¹⁴⁹.

Diante disso, seja pela linha da literalidade do art. 155, I, da CF/1988, seja pela necessidade de não se adotar interpretação que permita a quebra do pacto federativo, a competência dada aos estados federados deve ser entendida de forma ampla, para que se permita tributar qualquer transmissão *causa mortis*, independentemente de quem seja o sucessor, podendo ser considerado o ITCMD como o imposto sobre herança, somente se este último termo for tomado na acepção atribuída aos doutrinadores clássicos, para quem herança é tudo que se defere a um sujeito de direitos, em razão do óbito do titular originário.

¹⁴⁸ BRASIL. Constituição Federal (1988). [...] Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição [...] Art. 151. É vedado à União: [...] III – instituir isenções de tributos da competência dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios.

¹⁴⁹ Nesse sentido: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 1.624, Min. Carlos Velloso (Relator): Porque, tratando-se de um tributo estadual, a entidade política que detém competência para a instituição do tributo é que pode conceder a isenção deste vedado à União fazê-lo. É certo que à União, ao Estado-membro e ao Distrito Federal é conferida competência para legislar concorrentemente sobre custas dos serviços forenses. No âmbito da legislação concorrente, entretanto, a competência da União limita-se a estabelecer normas gerais. [...] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 2.995-9/PE, consoante voto do Min. Celso de Mello (relator): Todos sabemos que a Constituição da República proclama, na complexa estrutura política que dá configuração ao modelo federal de Estado, a coexistência de comunidades jurídicas responsáveis pela pluralização de ordens normativas próprias que se distribuem segundo critérios de discriminação material de competências fixadas pelo texto constitucional. O relacionamento normativo entre essas instâncias de poder – União, Estados membros, Distrito Federal e Municípios – encontra fundamento na Constituição da República, que representa, no contexto político-institucional do Estado brasileiro, a expressão formal do pacto federal, consoante ressaltam, em autorizado magistério, eminentes doutrinadores (PINTO FERREIRA, “Comentários à Constituição Brasileira”, v. 1/374, 1989, Saraiva; MICHEL TEMER, “Elementos de Direito Constitucional”, p. 55/59, 5ª ed. 1989, RT; CELSO RIBEIRO BASTOS/IVES GANDRA MARTINS, “Comentários à Constituição do Brasil”, vol. 1/216-221, 1988, Saraiva; JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, “Comentários à Constituição Brasileira de 1988”, vol. I/131, item n. 38, 1989, Forense Universitária). O estatuto constitucional, em que reside a matriz do pacto federal, estabelece, entre a união e as pessoas políticas locais, uma delicada relação de equilíbrio, consolidada num sistema de discriminação de competências estatais, de que resultam considerada a complexidade estrutural do modelo federativo – ordens jurídicas parciais coordenadas entre si, subordinadas à comunidade total, que é o próprio Estado Federal (cf. HANS KELSEN, comentado por O. A. BANDEIRA DE MELLO, “Natureza Jurídica do Estado Federal”, “apud” GERALDO ATALIBA, “Estudos e Pareceres de Direito Tributário”, vol. 3/24-25, 1980, RT). Na realidade, há uma relação de coalescência, na Federação, entre uma ordem jurídica total (que emana do próprio Estado Federal, enquanto comunidade jurídica total, e que se expressa, formalmente, nas leis nacionais) e uma pluralidade de ordens jurídicas parciais, que resultam da União Federal, dos Estados membros, do Distrito Federal e dos Municípios. Nesse contexto, as comunidades jurídicas parciais são responsáveis pela instauração de ordens normativas igualmente parciais, sendo algumas de natureza central, imputáveis, nessa hipótese, à União (enquanto pessoa política de caráter central) e outras de natureza regional (Estados membros/DF) ou de caráter local (Municípios), enquanto comunidades periféricas revestidas de autonomia institucional.

Em pareceres escritos por este autor e em congressos nos quais teve a oportunidade de palestrar, foi defendido que se o conceito de herança estiver adstrito às formas de sucessão *causa mortis* disciplinadas pelo Código Civil, o ITCMD não seria um imposto sobre herança, mas sobre um fato jurídico mais amplo, a transmissão *causa mortis*, que pode alcançar hipóteses tais qual a transmissão dos direitos relativos a planos de previdência privada.

Todo esse discurso, além de identificar o alcance do texto constitucional, visa balizar a elaboração da lei que pretenda instituir o ITCMD sobre as transmissões *causa mortis* relacionadas aos planos de previdência complementar, para que ela, ao descrever a hipótese de incidência, não utilize expressões que a restrinjam a transmissões pautadas pelo Código Civil, como ocorre recorrentemente ao se utilizar a qualificação “sucessão legítima ou testamentária”.

Assim, recomenda-se a adoção da mais genérica expressão: “Art. (recomendação) [...] O imposto incide sobre: I – A transmissão *causa mortis* de quaisquer bens ou direitos”.

A definição corresponde exatamente ao texto constitucional e acaba por afastar a consideração de que a exigência do imposto fere o art. 110 do CTN, pois não haverá, em nenhuma medida, a alteração da definição, do conteúdo e do alcance dos institutos, dos conceitos e das formas de direito privado.

Essa opção foi implementada pelo Estado de Minas Gerais que, visando reduzir os pontos de atrito para a cobrança do imposto, alterou a Lei Estadual n. 14.941/2003 para prever o seguinte:

Art. 1º O Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos (ITCD) incide:
I – na transmissão da propriedade de bem ou direito, **por ocorrência do óbito**;
Efeitos de 1º/01/2006 a 31/12/2013 – Redação dada pelo art. 1º e vigência estabelecida pelo art. 6º, ambos da Lei n. 15.958, de 29/12/2005:
I – na transmissão da propriedade de bem ou direito, **por sucessão legítima ou testamentária**; (grifos nossos)

Outro ponto a ser analisado é a frequente afirmação de que deve haver inventário para se configurar a transmissão *causa mortis* sujeita à incidência do ITCMD, em vista do que contém o art. 155, § 1º, II, da CF/1988:

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:
[...] I – transmissão causa mortis e doação, de quaisquer bens ou direitos;
[...] § 1º O imposto previsto no inciso I:
[...] II – relativamente a bens móveis, títulos e créditos, compete ao Estado **onde se processar o inventário ou arrolamento**, ou tiver domicílio o doador, ou ao Distrito Federal; (grifo nosso)

Ocorre que a disposição constitucional não faz uma qualificação da hipótese de incidência, mas, ao mencionar o inventário ou o arrolamento, estabelece critério espacial, ou seja, define o local do fato gerador para autorizar a atuação do sujeito ativo.

Pensar que, para qualificar determinado fato como sujeito à tributação pelo ITCMD, é necessário a presença do inventário, induziria a uma série de problemas práticos que inviabilizariam a cobrança do tributo, além de conceder superpoderes ao legislador infraconstitucional federal.

Uma primeira distorção seria derivada de que o fato imponível ocorre inexoravelmente antes do inventário e o procedimento mencionado não é requisito para tal. A transmissão que poderia fazer surgir o dever de pagar o imposto ocorre independentemente de qualquer ato dos sucessores a qualquer título, com base no *droit de saisine*.

É que o direito brasileiro, como dito com base do entendimento do STJ e no escólio de César Fiúza, não admite a existência de patrimônio acéfalo. Extinta a personalidade jurídica pela morte, os direitos devem passar automaticamente à esfera jurídica de outro sujeito de direitos. A partir de então, opera-se a transmissão *causa mortis*.

Observe-se que o signo presuntivo de riqueza demonstrado pelo sucessor, a saber o seu acréscimo patrimonial e a efetiva possibilidade de uso, gozo e fruição dos bens sucedidos, existe independentemente de qualquer ato jurídico a ser praticado *post mortem*¹⁵⁰. Diante dessa noção, o papel do inventário, ato jurídico posterior à transmissão, não está vinculado à ocorrência ou à eficácia da transmissão, mas se limita a ultimar a partilha e, se necessário para tanto, à liquidação do patrimônio transmitido. Logo, sua função é dissolver o condomínio, que recebe o nome de espólio na seara do direito das sucessões.

Um outro problema de se condicionar a ocorrência do fato gerador ITCMD ao processamento do inventário é que dá ao contribuinte, nos termos da legislação processual vigente, o poder de escolher se, quando e para quem pagar o tributo.

Quanto ao local (para quem pagar), é que a propositura de inventário, nos termos do art. 48 c/c art. 65 do CPC¹⁵¹, é orientada pelo critério territorial, que determina competência relativa

¹⁵⁰ Cite-se, por exemplo, o artigo que viabiliza a transmissão de direito à sucessão aberta por escritura pública: BRASIL. Código Civil (2002). Art. 1.793. O direito à sucessão aberta, bem como o quinhão de que disponha o co-herdeiro, pode ser objeto de cessão por escritura pública.

¹⁵¹ BRASIL. Código de Processo Civil (2015): [...] Art. 48. O foro de domicílio do autor da herança, no Brasil, é o competente para o inventário, a partilha, a arrecadação, o cumprimento de disposições de última vontade, a impugnação ou anulação de partilha extrajudicial e para todas as ações em que o espólio for réu, ainda que o óbito tenha ocorrido no estrangeiro. [...] Art. 65. Prorrogar-se-á a competência relativa se o réu não alegar a incompetência em preliminar de contestação.

do juízo, competência esta que admite prorrogação¹⁵². Portanto, a ação poderia ser proposta em qualquer lugar do território nacional. Assim, seria dado ao contribuinte a possibilidade de escolher para qual estado da Federação pagar o tributo.

Quanto ao tempo (quando pagar), tem-se que o Poder Judiciário age por provocação, então, somente diante do exercício da faculdade do ajuizamento é que o imposto seria devido. O contribuinte poderia adiar a propositura conforme o seu interesse, ou seja, poderia escolher quando pagar o imposto.

Quanto à escolha de pagar ou não (se paga ou não), ante à função do inventário, é sabido que em algumas hipóteses ele sequer é necessário. Tome-se como exemplo uma transmissão *causa mortis* de dinheiro em espécie, cujo sucessor seja uma única pessoa e que não existam obrigações do *de cujus* a saldar. Nesse caso, não haveria um condomínio a ser desfeito (partilha), nem, tampouco, a necessidade de liquidação. Logo, se um inventário fosse requisito para a ocorrência do fato gerador, estar-se-ia diante ou de uma hipótese de não incidência, ou da absurda hipótese em que o tributo se convolaria em prestação facultativa, já que o contribuinte, somente se quisesse pagar o imposto proporia a ação de inventário, do contrário, permaneceria inerte e somente usufruiria do bem herdado.

Há, ainda, um outro problema. Quisesse o legislador ordinário dispensar determinados bens recebidos em herança da liquidação por inventário, estaria ele criando uma não incidência de tributo estadual, ou seja, seria um caso de legitimação da isenção heterônoma, em franca violação ao pacto federativo.

Convém, por fim, apontar que todos os problemas relacionados à consideração do inventário como requisito para a incidência do ITCMD têm sido utilizados por este autor para tecer fortes críticas à Súmula 114 do STF, cujo enunciado é: “O imposto de transmissão *causa mortis* não é exigível antes da homologação do cálculo da partilha”¹⁵³. O conteúdo da súmula merece ser objeto de detidas pesquisas, para que a Suprema Corte possa revisá-lo e cancelá-lo,

¹⁵² NERY JUNIOR, N.; NERY, R. M. de A. **Comentário ao Código de Processo Civil**. Novo CPC – Lei n. 13.105/2015. São Paulo: RT, 2015, p. 397 (*ebook*).

¹⁵³ Por ocasião do Parecer DOLT/SUTRI n. 029/2019, identificaram-se os fundamentos da Súmula n. 144 do STF, a qual derivou de um voto de 1961, proferido pelo Min. Pedro Chaves, que invoca a hierarquia das leis federais sobre as leis estaduais, com base no Decreto Lei n. 1.608/1939, para aplicar um de seus dispositivos que dava ao Poder Judiciário a competência para calcular e determinar o pagamento do ITCMD. Ressalta-se que na ocasião que tal decreto fora concebido sob a égide da Constituição de 1937, documento conhecido como “Carta Autoritária”, que instituiu o “Estado Novo”. Essa Constituição dava ao Executivo Central o poder de nomear os dirigentes dos Estados Membros da Federação, contexto em que fazia sentido enxergar a citada hierarquia entre governo central e os regionais. Diante disso, considera-se que o entendimento do STF precisa ser revisto urgentemente, para que atenda ao princípio federativo e para que se permita a evolução dos sistemas de arrecadação estaduais relacionados ao tributo objeto deste estudo.

pois, além de estar dissociado dos fundamentos da incidência tributária, representa atualmente um grande entrave à modernização da administração tributária quanto ao ITCMD, como também para a adoção de medidas no sentido de reduzir a quantidade de processos que tramitam no Poder Judiciário¹⁵⁴.

Por tudo isso, concluímos que a Constituição Federal de 1988 não condicionou a ocorrência do fato gerador do ITCMD ao inventário. A menção a este tipo de processo foi somente um critério de definição de aspecto espacial com base na realidade jurídica de 1988, data da promulgação constitucional. Os limites e a correta interpretação do dispositivo, neste último sentido, serão abordados mais adiante, quando a sujeição ativa do imposto for tratada especificamente.

4.2.1.2 Elemento quantitativo

O elemento quantitativo é composto pelas definições que permitem calcular o imposto devido, quais sejam, a alíquota e a base de cálculo.

A CF/1988 dá ao Senado Federal o poder de estabelecer a alíquota máxima a ser adotada, nos termos do art. 155, § 1º, IV¹⁵⁵. Dentro do limite fixado, os estados federados podem definir a alíquota desejada, sem qualquer especificidade relativa aos direitos acumulados em planos de previdência complementar.

Já, no que toca à definição da base de cálculo do imposto, é preciso ter clareza sobre a correta quantificação dos direitos, que dependerá não só do tipo de direito a ser transmitido, mas também da fase em que ocorre o óbito do participante e, se ocorrido na fase de benefício, da espécie de renda que estiver em curso.

Conforme apontado ao se demonstrar a transmissão *causa mortis*, se o óbito ocorrer na fase de diferimento, a base de cálculo será o valor do saldo da conta do participante. No caso das EAPC, corresponderá ao valor da “provisão matemática de benefício a conceder” e da “provisão de excedentes financeiros”. Já no caso das EFPC, o saldo corresponderá ao “saldo de contas individualizado”.

¹⁵⁴ A vinculação da arrecadação do ITCMD ao inventário acaba por impedir a exigibilidade do imposto e impede que os estados federados criem rotinas automatizadas para identificar o patrimônio transmitido e proceder a cobrança a partir do óbito do sucedido. Além disso, a necessidade de homologação da partilha para exigibilidade do tributo, muitas vezes, incentiva os sucessores, que não querem ou não têm o interesse de efetuar o pagamento, a deixarem paralisados os processos de inventário, o que provoca um grande acúmulo de casos sem desfecho. Se não bastasse, há ainda mais uma atividade que demanda a ação do juízo, que é a determinação de comprovação do pagamento ao final do processo, o que poderia inexistir caso o fisco pudesse agir antecipadamente.

¹⁵⁵ BRASIL. Constituição Federal (1988). Art. 155 [...] I [...] § 1º[...] IV – terá suas alíquotas máximas fixadas pelo Senado Federal;

Atente-se para o fato de que poderão existir valores redutores desse montante, que serão descontados do saldo disponível antes que os sucessores possam lhe ter acesso. São obrigações do participante originadas antes da data do óbito, como parcelas de coberturas de risco, taxa de carregamento e/ou administração, ou de empréstimos contraídos junto à entidade de previdência complementar, todos incorridos, porém não pagos até a data do óbito. Esses valores são dívidas do *de cujus* e, normalmente, saldados por meio de abatimento do montante disponível para resgate.

As administrações tributárias nacionais, de forma geral, têm aceitado que se abatam da base de cálculo do ITCMD as obrigações do sucedido sujeitas a serem suportadas pelos sucessores, ante a consideração que se transferem *mortis causa* tanto bens e direitos, quanto as obrigações da pessoa falecida. Assim, o montante efetivamente recebido pelos sobreviventes corresponderia ao saldo resultante do confronto entre esses direitos e obrigações.

Seguindo essa linha de raciocínio, é correto admitir o abatimento das obrigações contraídas pelo participante junto à entidade de previdência complementar, sobretudo porque estas serão efetivamente liquidadas antes que os sucessores se apossam dos montantes provisionados.

Convém ressaltar que, pessoalmente, este autor tem restrições ao entendimento de que as obrigações do *de cujus* sejam obrigatoriamente abatidas da base de cálculo do ITCMD, porque a Constituição não se referiu à “transmissão patrimonial”, mas à “transmissão de bens e direitos”. Se utilizada a primeira expressão, seria possível admitir que o texto constitucional pretendia tributar o saldo do confronto entre direitos e obrigações do falecido, ou seja, tributar o patrimônio. Todavia, a CF/1988 somente tratou dos “bens e direitos”, não trouxe para a incidência os efeitos das obrigações, o que tem repercussões práticas, porque quando se considera que o tributo deve atingir o patrimônio, dá-se a oportunidade de abater da base de cálculo do imposto obrigações que podem nem sequer virem a ser exigidas, ou se exigidas, não serem liquidadas. Dois exemplos ilustram a questão: (i) a obrigação existe, é legítima, mas o credor, por inércia própria, deixa de exigi-la e o seu direito decai; nesse caso, o sucessor poderá ter abatido o respectivo valor da base de cálculo do ITCMD, mas não terá que suportar o respectivo pagamento, ou seja, terá recebido direitos sem a incidência do imposto; (ii) a obrigação existe, é legítima, mas quando o credor a exige, o sucessor pode ter se tornado insolvente, tendo consumido, antes da exigência, todos os direitos recebidos (se recebeu semoventes, por exemplo, pode tê-los vendido e utilizado o dinheiro para custear festas), da mesma forma, o sucessor poderá ter se aproveitado do abatimento e usufruído de uma riqueza recebida *causa mortis* sem pagar o ITCMD.

Nesse contexto, considera-se que a CF/1988, seja pela literalidade do seu texto, seja pelas repercussões possíveis conforme demonstrado, não determinou que obrigações fossem consideradas para quantificar o fato gerador do tributo. O abatimento das obrigações até pode ser adotado pelos estados federados ao estabelecerem os elementos da obrigação tributária, mas por uma questão de política tributária e não por vinculação do mandamento constitucional. Isso permite que, ao se admitir o abatimento de obrigações, estabeleçam-se requisitos para essa finalidade, como, por exemplo, que esteja condicionado ao pagamento da obrigação, ou, no mínimo, que sejam prestadas garantias para tanto.

Admite-se que o abatimento da base de cálculo do ITCMD nesses termos seria razoável e, assim, hábil a capturar, ao máximo possível, a capacidade contributiva representada pelo enriquecimento dos sucessores.

Nos casos dos planos de previdência, as obrigações do participante incorridas até a data do óbito normalmente são efetivamente descontadas da provisão mantida, logo, o seu abatimento da base de cálculo se revela bastante razoável enquanto critério para se atingir a verdadeira capacidade contributiva decorrente da transmissão. Assim, admitir o abatimento é um critério de tributação cuja adoção é recomendável, até como forma de contornar um possível litígio entre os estados e os sujeitos passivos.

Quanto aos descontos da base de cálculo do ITCMD, uma questão interessante diz respeito ao abatimento do Imposto de Renda retido no momento do resgate. Considera-se que o tributo só pode ser abatido caso se refira a fatos geradores anteriores ao óbito, do contrário, se estaria permitindo o abatimento de tributo devido pelo próprio sucessor, ou seja, relativo a fato gerador realizado pelo sucessor. Mesmo que o critério de tributação, alíquotas progressivas do Imposto de Renda, por exemplo, considere atos praticados pelo *de cujus*, isso pode não ser considerado uma dívida dele.

No tocante ao óbito do assistido, ou seja, na hipótese de falecimento do titular do plano durante a fase de benefício, há que se observar qual das modalidades de benefício está em curso.

Se o benefício em pagamento for o denominado “renda mensal por prazo certo”, opera-se a mesma lógica, ou seja, a base de cálculo corresponderá ao saldo acumulado remanescente na data do óbito, que diz respeito à “provisão matemática de benefícios **concedidos**” no caso de planos de EAPC. É que, nesse caso, o direito do assistido é certo a partir do momento em que se inicia a fase de benefício, ou seja, sabe-se qual o valor da renda e por quanto tempo ela será paga. Como é do princípio da previdência privada formar reserva que custeará o benefício, os montantes acumulados na fase de diferimento devem cobrir o valor da renda, logo, o binômio valor da renda/prazo de pagamento será definido no seu exato limite.

De outro modo, se o óbito for de assistido que recebia o benefício denominado “renda mensal vitalícia com prazo mínimo garantido”, há que se aferir o regulamento do plano para se verificar a correspondência entre as rendas devidas pelo prazo mínimo garantido e o saldo acumulado remanescente na data do óbito que, da mesma forma, para os planos de EAPC, corresponderá à integralidade da “provisão matemática de benefícios concedidos” vinculada ao titular. Havendo tal correspondência, o valor desta será a base de cálculo do imposto, do contrário, ela será o valor da renda mensal na data do óbito multiplicada pelo número de meses restantes para o fim do prazo de pagamento garantido.

Para se legislar de forma a abarcar a situação, sugere-se que se estabeleça uma exceção à regra de definição da base de cálculo, nos seguintes termos:

Art. [...] A base de cálculo do imposto é o valor do bem ou direito:

§ [...] – No caso de transmissão de bens ou direitos relativos a plano de previdência privada – cobertura por sobrevivência – estruturado sob o regime financeiro de capitalização, a base de cálculo corresponde ao valor da provisão formada pelas contribuições vertidas e respectivos rendimentos, na data do fato gerador.

§ [...] – Na hipótese do parágrafo anterior, em se tratando de óbito ocorrido durante a fase de benefício, a base de cálculo será o somatório das rendas vincendas até o fim do prazo de pagamento garantido, se este montante não for equivalente ao valor da provisão formada pelas contribuições vertidas e respectivos rendimentos na data do fato gerador.

§ [...] – A base de cálculo se limitará ao valor referido nos dois parágrafos anteriores, quando se referir a plano de previdência privada – cobertura por sobrevivência – estruturado sob o regime financeiro de capitalização, que tenha sido contratado conjuntamente com seguro de vida – cobertura de risco.

§ [...] – Serão deduzidos da base de cálculo do imposto, na hipótese dos §§ [...], os valores sujeitos a cobrança ou retenção pela entidade de previdência complementar ou equiparada, preexistentes à data do fato gerador.

A limitação da base de cálculo à provisão formada pelos aportes feitos ao plano, em caso de existência de contratação conjunta de cobertura de risco e de cobertura por sobrevivência, visa evitar que a incidência do imposto avance para além dos montantes correspondentes ao patrimônio formado pelos aportes realizados em vida pelo *de cujus* e os respectivos rendimentos, para não atingir os montantes derivados de uma relação de natureza securitária estabelecida entre ele e a entidade de previdência complementar (benefícios de risco).

Essa limitação decorre da existência dos denominados planos conjugados¹⁵⁶, nos quais a regulamentação permite que o direito acumulado pelo *de cujus* possa ser usado para compor o valor total pago ao beneficiário, ou seja, a álea da entidade garantidora da cobertura de risco se limita ao que tiver de pagar para além do montante capitalizado pertencente ao falecido.

O recebimento pelos sucessores de montantes relacionados à cobertura por sobrevivência (acumulação patrimonial) e a cobertura de risco (seguro) sob uma única rubrica pode dificultar a identificação da natureza do montante pago.

O raciocínio em questão foi contemplado na legislação do Estado de Minas Gerais, inclusive para prever o abatimento das obrigações preexistentes, o que foi implementado mediante a modificação da Lei Estadual n. 14.941/2003¹⁵⁷ e do regulamento do ITCMD (nesse estado a sigla utilizada é ITCD¹⁵⁸), Decreto Estadual n. 43.981/2005¹⁵⁹, com exceção daquilo que se refere ao óbito de assistido de plano cujo benefício se enquadra na modalidade “renda mensal vitalícia com prazo mínimo garantido”, como também daquilo que se refere ao abatimento das obrigações preexistentes, o que demandará novo aprimoramento legislativo.

¹⁵⁶ Res. CNSP n. 348/2017 e 349/2017 (texto idêntico para os dois institutos): [...] Art. 67. A comunicabilidade deverá estar prevista para caracterizar o plano conjugado e de forma a permitir a utilização de recursos da Provisão Matemática de Benefícios a Conceder, referente à cobertura por sobrevivência, para o custeio de cobertura (ou coberturas) de risco, na forma regulamentada pela Susep.

¹⁵⁷ BRASIL. Lei Estadual n. 14.941/2003: [...] Art. 4º. A base de cálculo do imposto é o valor venal do bem ou direito recebido em virtude da abertura da sucessão ou de doação, expresso em moeda corrente nacional e em seu equivalente em Ufemg. Efeitos de 29/12/2007 a 31/12/2013 – Redação dada pelo art. 1º e vigência estabelecida pelo art. 6º, ambos da Lei n. 17.272, de 28/12/2007: Art. 4º A base de cálculo do imposto é o valor venal do bem ou direito recebido em virtude de sucessão legítima ou testamentária ou de doação, expresso em moeda corrente nacional e em seu equivalente em Ufemg. [...] § 6º – Em se tratando de plano de previdência privada ou outra forma de investimento que envolva capitalização de aportes financeiros, a base de cálculo corresponde ao valor da provisão formada pelos referidos aportes e respectivos rendimentos, na data do fato gerador. § 7º – O disposto no § 6º aplica-se também no caso de o plano de previdência privada ou assemelhado configurar contrato misto que envolva capitalização de aportes financeiros e seguro de vida, hipótese em que não se inclui na base de cálculo a parcela dos valores auferidos pelo beneficiário em decorrência do contrato de seguro, sob a forma de pecúlio ou renda, assim compreendida a parcela que exceder à provisão mencionada no § 6º, §§ 6º e 7º com efeitos a partir de 29/12/2017 – Acrescidos pelo art. 39 e vigência estabelecida pelo art. 93, ambos da Lei n. 22.796, de 28/12/2017.

¹⁵⁸ Quanto às siglas que nominam o Imposto sobre Transmissão *Causa Mortis* e Doação, convém advertir que há uma variação de estado para estado, porquanto aquele que desejar pesquisar sobre o tema deve estar atento à inclusão de todas elas em seus parâmetros de busca. As siglas hodiernamente encontradas são, ITCMD, ITCD e ITD. A opção da utilização da sigla ITCMD decorre de ser essa a que mais precisamente referencia ao campo de competência deferido pelo art. 115, I da CF/88, além de ser a utilizada pelo Estado de São Paulo, local onde se encontra a instituição junto a qual se desenvolveu a presente pesquisa.

¹⁵⁹ BRASIL. Decreto Estadual n. 43.981/2005: [...] Art. 13-B. [...] § 2º – Serão deduzidos da base de cálculo do ITCD os valores de carregamento, de assistência financeira e de imposto de renda sujeitos à cobrança ou retenção pela entidade custodiante e que constituam dívida preexistente à data do fato gerador.

4.2.1.3 Elemento temporal

O direito brasileiro não contempla a possibilidade de patrimônio acéfalo, por isso, ocorrido o óbito, desde logo o patrimônio do *de cujus* ingressa na esfera jurídica dos sucessores. Assim, a data do óbito é o momento de ocorrência do fato gerador.

Ingressado em sua esfera patrimonial, cabe ao sucessor, seja ele beneficiário indicado ou herdeiro, o exercício do seu direito. No caso dos planos de previdência privada, isso se materializa com o resgate dos montantes ou a formalização da opção de recebimento da renda, conforme a fase em que ocorrer o falecimento. Note-se que resgate ou recebimento de renda são meras forma de exercício de um direito, que, como tal, pode se dar à conveniência de seu titular.

Portanto, esse exercício não poderia ser tomado, à primeira vista, como o momento de ocorrência do fato gerador do ITCMD, sob pena de se conferir ao contribuinte a possibilidade de escolher um dos elementos da obrigação tributária, o que retiraria do tributo a sua face de compulsoriedade, em contradição com o art. 3º do CTN.

Diz-se, à primeira vista, porque, ao sentir deste autor, a lei que instituir o tributo poderia diferir o momento de ocorrência do fato gerador para o momento do exercício do direito, como um elemento de política tributária, uma espécie de benefício, com o inconveniente supramencionado, que corresponde a dar ao contribuinte o poder de escolher quando pagará o imposto. Contudo, não seria possível tributar os rendimentos auferidos após a data da abertura da sucessão, pois estes já seriam direito do próprio sucessor e não direito recebido em transmissão. Seria algo similar à postergação da exigibilidade da obrigação tributária. O Estado de Minas Gerais, por exemplo, não adotou essa possibilidade, até porque a disponibilidade financeira no caso é imediata.

Noutra senda, convém recomendar que exigir o imposto somente no momento do exercício deve ser algo previsto em lei, nos moldes postos acima, pois tratar dessa forma sem suporte em texto legal poderia submeter o sujeito ativo ao decurso do prazo decadencial para lançar o tributo.

Não se pode olvidar os entendimentos de que tal prazo corre da data da ocorrência do fato gerador, o que representa um risco para a arrecadação. Nesse sentido, a omissão do sucessor em exercer o direito, se transcorridos cinco anos do óbito, faria decair o poder de formalizar o respectivo crédito tributário, como se vê do acórdão proferido no julgamento do Agravo de Instrumento no Recurso Especial n. 1.665.178 – MG, Rel. Min. Francisco Falcão:

TRIBUTÁRIO. ITCD. LANÇAMENTO. PRIMEIRO DIA DO EXERCÍCIO SEGUINTE AO ANO EM QUE O LANÇAMENTO PODERIA TER SIDO EFETUADO. DECADÊNCIA. DECLARAÇÃO. COMUNICAÇÃO. IRRELEVÂNCIA. ALEGAÇÃO DE NÃO CABIMENTO DE MAJORAÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS IMPROCEDENTE. [...]

II – Nos termos do art. 173 do CTN, somente no primeiro dia do exercício seguinte ao ano em que o lançamento poderia ter sido realizado é que começa a transcorrer o prazo decadencial de 5 anos para a constituição do crédito tributário.

III – A Corte *a quo* considerou que somente mediante as informações encaminhadas pela Receita Federal, em 17/8/2011, teve ciência das doações realizadas em 2007, e a oportunidade de efetuar o lançamento tributário. **Portanto, o acórdão recorrido encontra-se em dissonância com a jurisprudência desta Corte que entende que “a comunicação do fato gerador (doação) ao Fisco não tem o condão de afastar a decadência”, pois “a circunstância de o fato gerador ser ou não do conhecimento da Administração Tributária não foi erigida como marco inicial do prazo decadencial”:** AgRg no AREsp 243.664/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, j. 13-11-2012, DJe 21-11-2012; AgInt no REsp 1.133.030/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, j. 6-12-2016, DJe 15-12-2016 (grifos nossos)

4.2.1.4 Elemento subjetivo

Nos termos do art. 121 do CTN, o sujeito passivo da obrigação tributária principal é a pessoa obrigada ao pagamento do tributo. Há, nesse sentido, duas espécies de sujeito passivo, o contribuinte e o responsável. Diz-se contribuinte aquele que tem relação pessoal e direta com a situação que constitua o fato gerador do tributo, enquanto responsável é aquele que, sem ostentar tal condição, tenha a obrigação de pagar em decorrência de mandamento legal.

Na transmissão *causa mortis*, não resta possibilidade que não a qualificação do sucessor como o sujeito passivo da obrigação tributária na condição contribuinte, tendo em vista que nesse fato jurídico não coexistem os dois polos que teriam relação pessoal e direta com a transmissão de bens e direitos. Isso porque a personalidade jurídica do sucedido deixa de existir no momento do óbito, conforme rege o art. 6º do Código Civil¹⁶⁰, surgindo, então, somente a figura do sucessor ante a inexistência do sucedido.

O termo sucessor, aqui e noutras passagens do texto, é utilizado no sentido mais amplo da palavra, sem se limitar à sucessão legítima e testamentária disciplinada pelo Código Civil, portanto, é a pessoa que irá titularizar um direito antes pertencente à esfera jurídica de outrem.

¹⁶⁰ BRASIL. Código Civil (2002). Art. 6º. A existência da pessoa natural termina com a morte; presume-se esta, quanto aos ausentes, nos casos em que a lei autoriza a abertura de sucessão definitiva.

Então, falecido o titular de um plano de previdência privada, caso tal plano se enquadre nas modalidades apresentadas nessa obra, o beneficiário indicado, ou, em sua falta, os sucessores legítimos serão considerados os sucessores e, assim, serão os contribuintes do ITCMD.

Até aqui, nada mais lógico, motivo pelo qual não carecem maiores delongas sobre a definição.

A questão tocante à definição do contribuinte a ser destacada é a relativa ao costumeiro uso de expressões para qualificá-lo, tais quais, “herdeiro ou legatário”, ou “sucessor legítimo ou testamentário”. O uso dessas expressões, pelo que se percebe, dá-se em razão de, por muito tempo, não se vislumbrar a possibilidade de transmissão *causa mortis* que não estivesse enquadrada nos termos da sucessão legítima ou testamentária disciplinada pelo Código Civil.

Todavia, as expressões podem conduzir à interpretação de que, de fato, limitariam a existência da obrigação tributária à hipótese de transmissão regida pelo Código Civil, o que excluiria aquela que ora se analisa.

Relembre-se, conforme demonstrado no elemento material, que a Lei Complementar n. 109/2001 permite a possibilidade de eleição do sucessor (beneficiário), por ato particular (designação no ato de adesão ao plano de previdência privada), ou seja, é uma sucessão que não decorre de lei, como menciona o art. 1.786 do Código Civil¹⁶¹. Assim, numa interpretação mais restritiva, essa transmissão não se qualificaria como a clássica “sucessão legítima”, nominada e rigidamente regulada pelos arts. 1.829 e seguintes do mesmo diploma legal.

Diante disso, e considerando que o foco dessa obra é estabelecer a melhor prática para a tributação das transmissões *causa mortis* de direitos mantidos junto a planos de previdência privada, entende-se que, também na descrição do contribuinte, há que se usar expressão adequada, que não deixe espaço para dúvidas sobre a inclusão destas hipóteses dentre aquelas referidas pela norma.

Não que este autor se filie a uma linha do direito tributário que tem como único parâmetro a literalidade, para interpretação das normas definidoras dos elementos da obrigação tributária. Pelo contrário, entende-se que o direito, em qualquer de suas searas, precisa ser um sistema vivo, capaz de acompanhar as evoluções sociais, sem, necessariamente, precisar recorrer a alterações legislativas. Nessa direção, a interpretação pode e deve superar a literalidade dos tipos legais para a manutenção de um sistema coerente e isonômico, quando e somente se esta não for suficiente para preservar o espírito que orientou a edição da norma,

¹⁶¹ BRASIL. Código Civil (2002). Art. 1.786. A sucessão dá-se por lei ou por disposição de última vontade.

observados os limites da razoabilidade e da proporcionalidade. Contudo, não se desconhece da tradição do direito tributário brasileiro, muito influenciado pela noção de tipicidade cerrada, pelo que a atuação do legislador, no intuito de prevenir o litígio, deve primar pelo uso de termos que demandem o mínimo esforço interpretativo.

Assim, a recomendação é que se deve utilizar a expressão “sucessor”, como descritiva do contribuinte do ITCMD, tendo em vista a sua generalidade, o que se faria nos seguintes termos: “Art. [...] O contribuinte do imposto é: I – Na transmissão *causa mortis*, o sucessor”.

A lei mineira, que ora se adota como norte, seguiu essa linha e mostrou-se ainda mais específica citando individualmente o beneficiário. A linha seguida primou pelo didatismo, talvez em detrimento da melhor técnica redacional, em vista de estar tratando de matéria pouco explorada. Assim, definiu, nos termos da Lei Estadual n. 14.941/2003¹⁶², art. 12, I, o contribuinte do ITCMD como “o sucessor ou beneficiário”.

Ainda sobre a sujeição passiva, a lei mineira também se utilizou da responsabilidade tributária para a composição do polo passivo.

Diante disso, resta qualificar o sujeito ativo do ITCMD, que é o estado da Federação, nos termos do art. 155, I, da CF/1988. Entretanto, apenas a menção de que o imposto compete aos estados federados é insuficiente, já que nesta designação há 27 entes potencialmente aptos a exercer a competência. Ante ao fato, a Constituição utilizou o critério previsto no seu art. 155, § 1º, II, para definir que, em se tratando de bens móveis, o imposto competirá ao estado onde se processar o inventário.

Ocorre que, no caso em questão, não há inventário, seja pela expressa previsão da Lei n. 11.196/2005, seja pela interpretação que vem sendo admitida pelas entidades do setor previdenciário, conforme demonstrou-se nos termos de regulamentos de planos transcritos como exemplo. Logo, aparentemente, o critério de definição da sujeição ativa é inaplicável.

Sobre a dispensa do inventário, há um campo de pesquisa a ser explorado, já que a definição legal, neste sentido, só existe para os planos de entidades abertas de previdência complementar que observam os comandos da citada lei (planos em que os titulares subscrevem diretamente quotas de FIE e, por isso, existe a segregação patrimonial, conforme seu art. 76). Nos demais, inexistente norma que restrinja a disciplina geral do CC/2002. Seria de se questionar, então, no campo do direito das sucessões, se, nos casos não expressamente tratados na Lei n. 11.196/2005, os direitos recebidos em sucessão relacionados a planos de previdência privada

¹⁶² BRASIL. Lei Estadual n. 14.941/2003. Art. 12. O contribuinte do imposto é: I – o sucessor ou o beneficiário, na transmissão por ocorrência do óbito; Efeitos de 1º/01/2004 a 31/12/2013 – Redação original: I – o herdeiro ou legatário, na transmissão por sucessão legítima ou testamentária.

precisariam ser inseridos em inventário. Por ora, o trabalho se servirá da prática adotada para tratar da questão, ou seja, admitir-se-á que os direitos transmitidos não precisam ser objeto de inventário.

Feito o parêntese, o critério adotado pela CF/1988 é naturalmente problemático e atinge questões que transcendem a matéria discutida. Mesmo nos casos de transmissão *causa mortis* de bens móveis não relacionadas com planos de previdência complementar, em que fosse imperativo o transcurso do processo, assim entendido procedimento judicial submetido ao contraditório¹⁶³⁻¹⁶⁴, o que ocorre em casos que envolvam interesse de incapaz, por exemplo, estar-se-ia diante de matéria de competência territorial e, assim, sujeita à prorrogação, conforme o ensinamento de Humberto Teodoro Júnior, com fundamento no entendimento do STJ¹⁶⁵, e o disposto no art. 65 do CPC/2015. Desta forma, estando de acordo os interessados, o inventário poderia ser proposto em qualquer localidade no território nacional; em razão do que, os sucessores poderiam escolher para qual estado federado seria pago o ITCMD.

A simples possibilidade de o sujeito passivo escolher, ocorrido o fato gerador, algum dos elementos da obrigação tributária, retiraria do imposto a sua natureza de prestação compulsória definida em lei. É que, nesse caso, o contribuinte poderia escolher o ente federado que impusesse uma alíquota menor, ou até que estipulasse hipótese isencional impedindo a constituição do crédito tributário. Assim, no último exemplo, ocorrido o fato gerador, o contribuinte poderia escolher se paga ou não o tributo, ou seja, a prestação tornar-se-ia facultativa ao invés de compulsória, conclusão que subverte o conceito de tributo do art. 3º do CTN¹⁶⁶.

O problema da definição da sujeição ativa não se esgota nisso, pois, com a Lei n. 11.441/2007, instituiu-se a possibilidade de se proceder o inventário por escritura pública, cujo requisito é ter todos os interessados capazes e em concordância.

Dai decorrem duas questões. A primeira delas é que, sendo possível o inventário extrajudicial, não há processo, ou seja, o critério definidor da competência tributária “local onde se processar o inventário” não existirá. O outro decorre de que a lavratura de escritura pública compete ao tabelionato de notas, cuja escolha pode ser exercida livremente pelos interessados,

¹⁶³ CÂMARA, A. de. **O novo processo civil brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Forense, 2017, p. 40.

¹⁶⁴ CINTRA, A. C. de A.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R. **Teoria geral do processo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 295-304.

¹⁶⁵ THEODORO JÚNIOR, H. **Curso de direito processual civil** – teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. v. I. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 242.

¹⁶⁶ BRASIL. Código Tributário Nacional (1966). Art. 3º Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.

segundo a Lei n. 8.935/1994, art. 7º, I, c/c *caput* do art. 8º¹⁶⁷. Logo, o inventário extrajudicial pode ser procedido em qualquer lugar do território nacional; novamente, o contribuinte poderia escolher o sujeito ativo da obrigação tributária, ou até se haverá obrigação a cumprir.

Nesses dois casos, restam três possibilidades interpretativas: (i) que o ITCMD competirá ao estado da Federação eleito pelo contribuinte e, assim, se admite a desnaturação do tributo como prestação compulsória; (ii) que, em razão do uso do termo “processar”, só há a competência tributária (existência de competência é pressuposto para definir hipótese de incidência), se existir processo judicial de inventário (processar no sentido técnico de utilizar do processo como instrumento para realizar ou declarar o direito) e, então, se for adotada a via extrajudicial (que não envolve processo), não haverá a incidência do imposto, posição que também dá ao contribuinte a faculdade de escolher se paga ou não o ITCMD; e (iii) que há de se interpretar o dispositivo do art. 155, § 1º, II da CF/1988, para extrair dele definição objetiva excluindo a possibilidade de se transformar o tributo em prestação facultativa.

Parece absurda qualquer proposição que dê ao tributo, ainda que potencialmente, a natureza de prestação facultativa, por isso, não se pode acolher interpretação que conduza à conclusão de que o constituinte adotou o critério inventário como parâmetro para tributar determinado fato.

Se tiver o tributo natureza de prestação facultativa, além de ferir o art. 3º do CTN, que não existe por simples opção legislativa, mas por lógica, acredita-se que o contribuinte, em regra, escolheria o caminho do não pagamento, o que causaria uma posição de desigualdade entre os indivíduos perante o financiamento do Estado e poderia conduzir até ao não financiamento.

A adoção da interpretação de que a existência de um inventário seria necessária para a incidência seria um critério totalmente desprovido de justificativa, porque o procedimento, por si só, não configura um signo presuntivo de riqueza, nem é suficiente para vincular a fruição dos direitos recebidos a determinado território. De outro lado, essa interpretação produziria uma espécie de imunidade constitucional extremamente peculiar, já que toda e qualquer transmissão *causa mortis*, que não desse ensejo à instauração de inventário, estaria fora do campo de incidência tributária, mesmo inexistindo qualquer tipo de destinação social da riqueza a qual se relaciona (os bens transmitidos *causa mortis*), ou seja, haveria uma hipótese de imunidade

¹⁶⁷ BRASIL. Lei n. 8.935/1994: Art. 7º. Aos tabeliães de notas compete com exclusividade: I – lavrar escrituras e procurações, públicas; Art. 8º. É livre a escolha do tabelião de notas, qualquer que seja o domicílio das partes ou o lugar de situação dos bens objeto do ato ou negócio.

tributária sem vinculação ao interesse público, ou à preservação de direitos e garantias individuais.

Por outro lado, em vista de uma perspectiva histórica, em 1988, quando da promulgação da Constituição, não existia inventário extrajudicial, previdência complementar obrigatoriamente estruturada sob o regime financeiro de capitalização e facilidade de comunicação e de deslocamento no território nacional que viabilizasse ajuizar um inventário em comarca distante, devido a critérios de conveniência tributária. Assim, o critério espacial vinculado ao local de processamento do inventário fazia sentido. Na época, em razão desses fatores, o local de processamento do inventário coincidia com o do domicílio do *de cujus*, foro competente para o ato, nos termos do art. 96 do CPC/1973¹⁶⁸. Assim, a definição do ente competente para impor a tributação estava, ao que parece, vinculada ao local onde, presumidamente, o sucedido fruía da riqueza ora transmitida, por ter ali fixado domicílio. Havia, pois, uma vinculação razoável entre riqueza transmitida e o território fixado para o exercício da competência impositiva. Parece ter sido esse o raciocínio que orientou o constituinte, qual seja, de, no caso de bens móveis, atribuir o tributo ao estado federado do domicílio do *de cujus*, justamente para dar ao referido ente federado parte da riqueza exercida em seu território.

Todavia, o contexto atual é outro. Primeiramente, porque o inventário judicial, em alguns casos, pode ser substituído pelo inventário extrajudicial, que, por sua vez, pode ser instaurado em qualquer tabelionato de notas do país. Depois, porque o processo judicial eletrônico (PJ-e), somado às normas processuais que admitem prorrogar a competência territorial, também facilita significativamente o ajuizamento do inventário em qualquer comarca do Brasil, basta os herdeiros estarem de acordo. Portanto, o critério do processamento do inventário, visto de forma literal, tornou-se inapropriado para estabelecer a citada vinculação entre território e riqueza.

Assim, para dar uma interpretação ao texto constitucional que não cause distorções ao sistema tributário, é preciso superar a interpretação meramente literal e alcançar o verdadeiro querer do contribuinte, que foi exatamente utilizar o domicílio do *de cujus* para definir a competência tributária, porque esse é o local originariamente competente para conhecer do inventário judicial.

¹⁶⁸ BRASIL. Código de Processo Civil (1973). Art. 96. O foro do domicílio do autor da herança, no Brasil, é o competente para o inventário, a partilha, a arrecadação, o cumprimento de disposições de última vontade e todas as ações em que o espólio for réu, ainda que o óbito tenha ocorrido no estrangeiro.

É pertinente dizer que a evolução tecnológica e da própria legislação infraconstitucional, todas no sentido de atender às demandas de celeridade, de eficiência e de redução dos custos da atividade jurisdicional, acabaram tornando o critério de definição de competência “estado onde se processar o inventário ou arrolamento” extremamente vulnerável.

Diante disso, mesmo sem se pensar na transmissão de bens e direitos acumulados junto a planos de previdência complementar, revela-se necessária uma releitura do art. 155, § 1º, II, da CF/1988, de forma a resgatar o objetivo do constituinte originário, que, ao que resta evidenciado, era permitir a imposição do ITCMD no domicílio do *de cujus*, local que, ainda hoje, continua sendo o fator determinante para definir o foro competente para o inventário, nos termos do CPC/2015, art. 48.

Sem prejuízo da adoção da interpretação acima, seria conveniente proceder-se a uma reforma do texto constitucional, para estabelecer textualmente o domicílio do *de cujus* como o critério determinante da sujeição ativa. Isso, não só porque a interpretação aqui defendida é a que melhor preserva a coerência do sistema tributário brasileiro, à medida que impede que o contribuinte, depois de realizado o fato gerador, venha a escolher os elementos da obrigação tributária, mas também porque impede que leis ordinárias federais estabeleçam hipóteses modificativas à distribuição de competência tributária ou até impeçam o seu exercício, em franca ofensa ao pacto federativo (basta se imaginar que o CPC/2015 poderia prever outro critério, ou até nenhum, para definir o foro competente para o ajuizamento do inventário). Nada obstante, a alteração do texto constitucional também seria conveniente para que não se dependesse de pronunciamento do STF, tendo em vista que, em regra, este não ocorre em compasso temporal com as demandas da sociedade.

Isto posto, vê-se que a necessidade de reinterpretação do art. 155, § 1º, II, da CF/1988 não é casuística, para acomodar a hipótese de incidência do ITCMD ora identificada. Ao contrário, é um problema que antecede essa discussão e provoca, ao menos potencialmente, problemas de ordem prática. Vale relatar que são comuns no GT-51 da COTEPE, que trata do ITCMD no âmbito do CONFAZ, debates sobre o potencial do dispositivo em estimular uma guerra fiscal entre os entes da federação, a partir de medidas voltadas a incentivar que o inventário se dê em um determinado território, em detrimento de outro que naturalmente seria o competente para tributar.

Nesse contexto, defende-se que o estado do domicílio do *de cujus* é o competente para tributar as transmissões *causa mortis*, dentre as quais aquelas relativos a planos de previdência complementar.

4.3 Deslocamento da responsabilidade tributária como forma eficiente de controle fiscal e arrecadação do ITCMD

Conforme foi apontado, este autor tem lidado com o tema desde o ano de 2012, época em que, no Estado de Minas Gerais, ainda que de forma incipiente, já existia o entendimento de que os planos de previdência privada representavam forma de acumulação patrimonial. A posição mineira derivava de decisões judiciais que admitiam a penhora dos valores aportados, conforme noticiou o jornal *Valor Econômico* em reportagem de 25-07-2012¹⁶⁹, e em consonância com o ensinamento de Eduardo Fortuna, segundo o qual os planos de previdência privada constituem uma espécie de investimento financeiro.

Nessa linha, foram traçados entendimentos internos e alterações legislativas que os fizessem evidentes, materializadas pela nova redação dada à Lei Estadual n. 14.981/2003, pela Lei Estadual n. 20.000/2011, que obrigava as entidades de previdência a prestarem informações ao fisco, e pela respectiva regulamentação nos termos do Decreto Estadual n. 43.981/2005, com redação dada pelo Decreto Estadual n. 46.118/2012, que condicionou a obrigatoriedade à intimação do fisco.

Entretanto, a estratégia revelou-se de baixíssima efetividade, já que, em regra, o controle fiscal do ITCMD baseava-se nas declarações de bens recebidos em transmissões feitas pelos contribuintes, que, geralmente, não mencionavam planos de previdência. A omissão dos referidos planos nas declarações derivava da desnecessidade de comprovar o pagamento do ITCMD, para que os sucessores tivessem acesso aos valores referentes a planos de previdência complementar, diversamente do ocorrido com os diversos bens que devem ser objeto de processo de inventário. Cabe dizer, em virtude desse contexto, que, até 2019, não se teve notícias de ações fiscais voltadas a identificar transmissões *causa mortis* relativas a planos de previdência privada, exceto em casos isolados que chegavam ao conhecimento do fisco, ou por iniciativa do contribuinte, ou por haver alguma disputa judicial envolvendo os respectivos valores.

Embora Minas Gerais viesse avançando nos estudos e reformulando entendimentos pretéritos que limitavam a incidência do ITCMD aos casos de óbitos ocorridos na fase de diferimento, a efetividade da cobrança não se consolidou, por três motivos: (i) baixa quantidade de mão de obra fiscal alocada no tratamento do tributo, cuja receita é inexpressiva frente ao ICMS, que, por seu turno, acaba sendo tratado como prioridade e, por isso, absorvendo

¹⁶⁹ VALOR ECONÔMICO. **Justiça aceita a penhora de PGBL e VGBL de devedores.** Legislação. Disponível em: <https://valor.globo.com/legislacao/noticia/2012/07/25/justica-aceita-a-penhora-de-pgbl-e-vgbl-de-devedores.ghtml>. Acesso em: 9 fev. 2021.

a força de trabalho disponível; (ii) sistema de controle fiscal e arrecadação do imposto unicamente reativo, ou seja, sustentado apenas no tratamento de informações espontaneamente apresentadas pelos contribuintes¹⁷⁰, sem dispor de rotina organizada para, por meio de mineração de dados, identificar a ocorrência, ou os indícios de ocorrência de fato gerador do ITCMD; e (iii) baixíssima compreensão por parte do corpo fiscal sobre os conceitos relacionados ao instituto da previdência privada, o que tornava extremamente difícil identificar o fato gerador, quantificar o tributo devido e fundamentar o respectivo lançamento.

Com base no que se via junto ao GT n. 51 da COTEPE/CONFAZ, que trata da coordenação da atuação dos estados federados relativamente ao ITCMD, e no conteúdo das respectivas legislações estaduais, verificava-se que os demais estados da federação encontravam-se em situação análoga à constatada em Minas Gerais até o ano de 2019, o que se mantém ainda hoje.

Diante disso, Minas Gerais começou a atuar em duas frentes. Inicialmente, intensificou os estudos internos, no âmbito da Diretoria de Orientação e Legislação Tributária (DOLT) da Superintendência de Tributação (SUTRI) e buscou nivelar o conhecimento dos demais estados, para instituir uma ação coordenada em âmbito nacional. Em ambos os casos, este autor foi designado para conduzir o trabalho.

Na condução da tarefa, ante aos estudos formulados e à experiência na fiscalização tributária, havia a percepção de que o tratamento do ITCMD precisava ser baseado em estratégia que minimizasse a alocação de mão de obra fiscal, dada a sua pequena participação na receita tributária estadual¹⁷¹. Ou seja, o controle fiscal do imposto precisaria ter como baliza o recolhimento espontâneo dos valores devidos e o tratamento de informações de forma automatizada.

Conforme se sabe, é tradicionalmente utilizado como instrumento de otimização da fiscalização do ICMS a atribuição de responsabilidade denominada substituição tributária (ST), cujo princípio é centralizar a fiscalização em uma quantidade menor de estabelecimentos e, assim, ter melhor controle fiscal e uma arrecadação mais eficiente. Fazendo uma comparação entre o universo de contribuintes do ICMS e do ITCMD, enxergava-se que o número de

¹⁷⁰ Sobre a necessidade de modernizar o sistema de controle fiscal e arrecadação do ITCMD, vide trabalho deste autor, que recebeu menção honrosa no 2º Prêmio Inova Minas, em 2017: ANDREATA, C. dos S. **Novo procedimento padrão de controle e arrecadação do imposto sobre transmissão *causa mortis* e doação de quaisquer bens e direitos** – ITCD, 2017. Disponível em: http://www.planejamento.mg.gov.br/sites/default/files/documentos/gestao-de-pessoas/premio-inova-minas-gerais/amencao_honrosa_ideias_processos.pdf. Acesso em: 9 fev. 2021.

¹⁷¹ O ITCMD em Minas Gerais corresponde a 1,6% da receita tributária, enquanto o ICMS corresponde a 85%, segundo dados disponíveis pela SEF/MG.

potenciais titulares e de beneficiários de planos de previdência complementar (qualquer pessoa física) estava para o ITCMD, assim como o número de estabelecimentos varejistas estava para o ICMS, bem como, o de entidades de previdência complementar estava para o ITCMD, assim como o número de indústrias estava para o ICMS.

Além disso, no caso do ITCMD, essas entidades detinham a posse dos valores transmitidos na forma de recurso de liquidez imediata, dado que realizavam pagamento em espécie aos sucessores.

Neste cenário, foi concebida a ideia de atribuir a responsabilidade tributária pelo recolhimento do ITCMD devido nas transmissões *causa mortis*, às entidades de previdência complementar, o que ocorreu em meados de 2015, baseado na disposição do art. 128 do CTN:

Art. 128. Sem prejuízo do disposto neste capítulo, **a lei** pode atribuir de modo expresso a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-a a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação (grifo nosso).

A ideia foi levada ao GT-51, em que foi muito bem recebida, razão pela qual, até antes de o Poder Executivo mineiro ter condição de encaminhar o projeto de lei pertinente ao parlamento local, o Estado de Rio de Janeiro aprovou a Lei Estadual n. 7.174/2015, que, em seu art. 13, II, atribuiu às entidades de previdência complementar a responsabilidade por reter e recolher o tributo.

Em março de 2016, Minas Gerais encaminhou o Projeto de Lei n. 3.397/2016, que, dentre outros, também propunha a atribuição de responsabilidade tributária às entidades de previdência complementar por reter e recolher o imposto incidente sobre as transmissões *causa mortis* de direitos mantidos junto aos respectivos planos, o que, depois de mais de um ano de tramitação, foi aprovado, transformando-se na Lei Estadual n. 22.549/2017.

Diante disso, a Lei Estadual n. 14.941/2003 passou a prever o seguinte:

Art. 20-A. As entidades de previdência complementar, seguradoras e instituições financeiras são responsáveis pela retenção e pelo recolhimento do ITCD devido a este Estado, na hipótese de transmissão *causa mortis* ou doação de bem ou direito sob sua administração ou custódia, inclusive aquele relativo aos planos de previdência privada e seguro de pessoas nas modalidades de Plano Gerador de Benefício Livre – PGDL –, Vida Gerador de Benefício Livre – VGBL – ou semelhante, observados a forma, os prazos e as condições previstos em regulamento.

§ 1º – A responsabilidade pelo cumprimento total ou parcial da obrigação de que trata o *caput* fica atribuída ao contribuinte em caráter supletivo.

§ 2º – O responsável apresentará à Secretaria de Estado de Fazenda declaração de bens e direitos contendo, ao menos, a discriminação dos respectivos valores e a identificação dos participantes e dos beneficiários.

§ 3º – Sem prejuízo do disposto no § 2º, as entidades de previdência complementar, seguradoras e instituições financeiras prestarão informações sobre os planos de previdência privada e seguro de pessoas nas modalidades de PGBL, VGBL ou semelhante sob sua administração.

Meses depois, o Estado do Sergipe, por intermédio da Lei Estadual n. 8.348/2017, implementou responsabilidade análoga. Contudo, a norma sergipana que fazia incidir o ITCMD sobre as transmissões objeto desta obra foi julgada inconstitucional pelo Tribunal de Justiça local, o que também ocorreu no Estado de Rio de Janeiro, entretanto, neste caso, somente em relação ao VGBL. Muito embora essas decisões estejam pendentes de recurso, em ambos os estados a atribuição de responsabilidade tributária prevista em lei não foi regulamentada, portanto, em termos práticos, não chegou a ser aplicada.

Já em Minas Gerais, depois de aproximadamente um ano e meio da previsão legal da responsabilidade das entidades de previdência, e após algumas reuniões com as respectivas entidades representativas, o Decreto n. 47.599/2018, criou os instrumentos necessários para fazer o recolhimento conforme a determinação legal.

Ante a ausência de regulamentação, não houve como comparar os resultados da legislação mineira com os das legislações do Rio de Janeiro e de Sergipe. Também não foi possível documentar o contexto de arrecadação dos demais estados, porque, aparentemente, não há, de forma generalizada, um controle de arrecadação especificamente relacionada aos planos de previdência.

Ressalta-se também que, no Estado de Minas Gerais, não havia controle do que era arrecadado com as referidas transmissões e, somente após a implementação prática da responsabilização tributária, foram apuradas informações para a avaliação da sistemática implementada.

Quanto aos demais estados, conforme as interfaces junto aos representantes no GT-51, pode-se afirmar que não há uma ação coordenada implementada para cobrar o ITCMD neste caso, exatamente pelos mesmos motivos elencados anteriormente, quando se apontaram as premissas que inspiraram a mudança da forma de arrecadar o imposto mineiro. Contudo, grande parte deles se movimentam para adotar sistemas inspirados nessa experiência.

A despeito da impossibilidade de comparação com a realidade de outros estados, verificou-se a efetividade do modelo adotado em Minas Gerais, porque, regulamentada a cobrança e informadas as entidades de previdência complementar sobre a sua obrigação de reter

e recolher o imposto, o resultado foi a alavancagem da receita relativa a direitos mantidos junto a planos de previdência privada na ordem de 560% de fevereiro a dezembro de 2019, o que significou a saída de um patamar arrecadatário de R\$ 4,5 milhões por ano, para R\$ 30 milhões por ano.

O resultado obtido em 2019 comprova a eficácia do modelo de atribuição de responsabilidade tributária, especialmente porque, até então, não havia sido promovida nenhuma ação fiscal no sentido de compelir as entidades previdenciárias ao recolhimento, mas apenas o monitoramento para identificar as entidades que o realizavam.

Assim, o modelo resultou em expressivo incremento de arrecadação, com baixíssimo custo de controle fiscal. O resultado obtido decorre, além da facilitação da ação fiscal em razão da redução do universo de sujeição passiva, do fato de que o responsável tributário eleito como sujeito passivo possui liquidez para saldar o crédito tributário, ou seja, o Estado de Minas Gerais trocou devedores muitas vezes insolventes, por devedores com ampla capacidade de pagamento e, por isso, sensíveis à atuação fiscal.

A regulamentação da atribuição de responsabilidade às entidades de previdência complementar pela retenção e recolhimento do ITCMD prevista na lei mineira, para tecer detalhes de como e quando tal obrigação deveria ser adimplida, baseou-se em três premissas: (i) simplicidade; (ii) prestação de informações exclusivamente por meio digital; e (iii) controle fiscal *a posteriori*.

Uma obrigação de simples cumprimento e de simples verificação é fundamental. A simplicidade, do ponto de vista do sujeito passivo, impede que a obrigação de cunho instrumental se torne um fardo, muitas vezes tão pesado quanto o do pagamento do próprio tributo e funcione como mais um incentivo ao inadimplemento. Já na ótica do fisco, ela evita que a relação custo/benefício da verificação fiscal a torne inviável. Não basta, neste último enfoque (o do fisco), que a receita supere o custo do controle fiscal, é necessário haver uma proporcionalidade entre os fatores. Se o mesmo dispêndio pode ser alocado em outra atividade que trará maior arrecadação, determinada fonte de receita pode e deve deixar de ser trabalhada, até que o custo seja reduzido a ponto de se tornar proporcional a receita decorrente, sob pena de prejuízo aos cofres públicos. Esse contexto se agrava quando se trata de uma fonte de receita pequena como é a do ITCMD, quando comparada com a de outros tributos estaduais. Se forem estabelecidos controles complexos, a tendência é de que a administração tributária não possa alocar recursos (tecnológicos, mão de obra fiscal, etc.) suficientes para tratar a obrigação, que se torna apenas um custo para os contribuintes, sem nenhuma efetividade para o fisco.

Seguindo nessa direção, atualmente, tratar de obrigação tributária simples é, necessariamente, cuidar de prestação cumprida, exclusivamente, em meio digital e em formato que permita o fácil tratamento de dados, justamente para viabilizar o manejo massivo das informações, sem necessidade, ou com o mínimo, de intervenções humanas, o que reduz custos e proporciona celeridade no atendimento das demandas sociais.

Com o mesmo norte, a obrigação atribuída deve ser delineada para permitir o controle fiscal posterior, pois somente assim o fisco poderá trabalhar dados relativos a diversos fatos geradores em conjunto e, se necessário, cobrar em grandes lotes, com valor global proporcional ao respectivo custo, o que garante o aumento da eficiência das ações fiscais.

Sob essas premissas, a legislação mineira regulamentou a responsabilidade tributária, estruturando obrigações acessórias necessárias para instrumentalizar o recolhimento e o seu respectivo controle. Num primeiro momento, ante a ausência de funcionalidades no sistema de informática utilizado para o controle fiscal do ITCMD, que viabilizassem receber as informações sobre as retenções e os recolhimentos feitos pelas entidades de previdência, adotou-se um procedimento um tanto rudimentar, porém simples e efetivo.

A Secretaria de Estado de Minas Gerais (SEF/MG) disponibilizou *link* em seu *site* para emitir documentos de recolhimento do imposto e obrigou as entidades à entrega de declaração mensal englobando todos os fatos geradores relativos a direitos sob sua custódia (cada linha da planilha corresponderia ao imposto relativo a um óbito), tudo conforme modelo disponível no mesmo canal. O documento deveria ser gerado em formato *excel* e transmitido a um *e-mail* institucional indicado. Contra a vontade deste autor, mas por exigência das instâncias decisórias da SEF/MG, obrigou-se também a entrega das declarações em meio impresso nas unidades indicadas, para comprovar o protocolo.

As entidades representativas do setor de previdência privada, após analisarem a proposta de regulamentação da atribuição de responsabilidade tributária, informaram acerca da dificuldade dos responsáveis tributários em identificarem o óbito do titular do plano por conta própria. Ante a ponderação, o fisco mineiro decidiu que a obrigação de reter e recolher o ITCMD ficaria condicionada à ciência das entidades da ocorrência do referido falecimento.

Esse modelo de cumprimento do dever de reter e recolher o ITCMD funcionou de 1º/02/2019 a 30/09/2019, nos termos do Decreto Estadual n. 47.599/2018, que alterou o Regulamento do imposto – Decreto Estadual n. 43.981/2005¹⁷².

¹⁷² BRASIL. Decreto Estadual n. 43.981/2005. Art. 35-A. As entidades de previdência complementar, abertas e fechadas, as seguradoras e as instituições financeiras são responsáveis pela retenção e pelo recolhimento do

O período de vigência destas normas foi utilizado pela SEF/MG como uma fase de testes das obrigações impostas, razão pela qual, durante o seu decurso, foram desenvolvidas novas funcionalidades no sistema de arrecadação para tornar possível receber as declarações em formato totalmente eletrônico.

Desenvolvidas e testadas as funcionalidades e diante dos excelentes resultados arrecadatórios que estavam sendo obtidos, o Estado de Minas Gerais editou o Decreto Estadual n. 47.215/2019, alterando o Decreto Estadual n. 43.981/2005, para eliminar a geração da declaração em formato Excel e sua entrega impressa, sem, entretanto, alterar o respectivo conteúdo.

Daí em diante, as declarações passaram a ser prestadas diretamente pelo sistema de arrecadação estadual, denominado SIARE, pelo qual, em regra, é feita toda a interface da Receita Estadual com os particulares. Nesse contexto, o art. 35-A do Decreto Estadual n. 43.981/2005 passou a vigorar com a seguinte redação:

Art. 35-A. As entidades de previdência complementar, abertas e fechadas, as seguradoras e as instituições financeiras são responsáveis pela retenção e pelo recolhimento do ITCD devido a este Estado, na hipótese de transmissão causa mortis ou doação de bem ou direito sob sua administração ou custódia, inclusive aquele relativo aos planos de previdência privada e seguro de

ITCD devido a este Estado, na hipótese de transmissão causa mortis ou doação de bem ou direito sob sua administração ou custódia, inclusive aquele relativo aos planos de previdência privada e seguro de pessoas nas modalidades de Plano Gerador de Benefício Livre (PGBL), Vida Gerador de Benefício Livre (VGBL) ou assemelhado. § 1º – As responsáveis tributárias a que se refere o *caput* deverão preencher Declaração de Responsável Tributário (DRT), conforme modelo e *layout* disponíveis no endereço eletrônico da Secretaria de Estado de Fazenda na internet, no *link* <http://www.fazenda.mg.gov.br/empresas/formularios/itcd/>, com as seguintes informações, por contrato: I – nome do titular; II – número do Cadastro de Pessoa Física do Ministério da Fazenda (CPF) do titular; III – número do contrato; IV – data do fato gerador do ITCD; V – saldo existente na data do fato gerador; VI – deduções a que se refere o § 2º do art. 13-B; VII – base de cálculo do ITCD; VIII – valor do ITCD devido; IX – data do aviso ou comunicação do óbito ou da doação; e X – número do Documento de Arrecadação Estadual (DAE), relativo ao recolhimento do ITCD. § 2º – A DRT deverá contemplar **todos os avisos ou comunicações de óbitos ou doações que forem feitos às responsáveis tributárias durante o mês civil e será entregue até o dia vinte do mês subsequente, na sede da DGF/SUFIS ou nos NCONEXT/RJ, SP e DF, cujos endereços estão disponíveis em <http://www.fazenda.mg.gov.br/secretaria/enderecos/>, bem como, no mesmo prazo, enviada em formato “Excel”, via mensagem eletrônica, para o endereço dgfoutrasreceitas@fazenda.mg.gov.br, prevalecendo como data oficial de recebimento a do protocolo em uma das repartições fazendárias indicadas.** § 3º – Caso não haja aviso ou comunicação de óbitos ou doações em determinado mês civil, a responsável tributária deverá entregar a DRT com a expressão “não houve aviso ou comunicação de ocorrência de fato gerador do ITCD neste mês”, indicando o mês e ano a que se refere. § 4º – As responsáveis tributárias deverão efetuar a retenção e o recolhimento do ITCD relativamente aos fatos geradores declarados nas DRT, até o dia vinte do mês subsequente ao da ciência dos avisos ou comunicações de óbitos ou doações, por meio de DAE avulso emitido pelo *link* https://www2.fazenda.mg.gov.br/arrecadacao/ctrl/ARRECADA/ARRECADA/DOCUMENTO_ARRECADACAO?ACAO=VISUALIZAR, por contrato. § 5º – Na hipótese de as responsáveis tributárias efetuarem a retenção e o recolhimento em data posterior ao vencimento do ITCD, deverão ser acrescidos juros e multas moratórios. § 6º – **Considera-se aviso ou comunicação a que alude o § 1º, qualquer meio que importe na ciência da ocorrência do fato gerador do ITCD pelas responsáveis tributárias, inclusive quando promovida pelo Fisco** (grifos nossos).

pessoas nas modalidades de Plano Gerador de Benefício Livre (PGBL), Vida Gerador de Benefício Livre (VGBL) ou assemelhado.

§ 1º – As responsáveis tributárias a que se refere o *caput*, relativamente à totalidade de avisos ou comunicações de óbitos ou doações que a elas forem feitos, deverão, até o dia vinte do mês subsequente, entregar a Declaração de Responsável Tributário (DRT), **por meio do SIARE**, observado o seguinte:

I – considera-se aviso ou comunicação qualquer meio que importe na ciência da ocorrência do fato gerador do ITCD pelas responsáveis tributárias, inclusive quando promovida pelo Fisco;

II – a DRT deverá ser entregue ainda que não haja aviso ou comunicação de óbitos ou doações em determinado mês, hipótese em que a responsável tributária fará constar a expressão: “não houve aviso ou comunicação de ocorrência de fato gerador do ITCD neste mês”, indicando o mês e o ano a que se refere.

§ 2º Revogado.

§ 3º Revogado.

§ 4º – As responsáveis tributárias deverão efetuar a retenção e o recolhimento do ITCD relativamente aos fatos geradores declarados nas DRTs, até o dia vinte do mês subsequente ao da ciência dos avisos ou comunicações de óbitos ou doações, por meio de DAE gerado pelo SIARE após o preenchimento da DRT.

§ 5º – Na hipótese de as responsáveis tributárias efetuarem a retenção e o recolhimento em data posterior ao vencimento do ITCD, deverão ser acrescidos juros e multas moratórios.

§ 6º Revogado.

A legislação mineira exige, ainda, que o contribuinte (quem recebe os direitos mantidos junto a planos de previdência complementar), declare o patrimônio recebido por transmissão *causa mortis*. A obrigação se justifica pela necessidade de se individualizar os montantes recolhidos e viabilizar o ajuste dos valores devidos por cada sucessor a título de ITCMD. O ajuste é necessário por dois motivos: (i) o responsável tributário não tem, em todos os casos, óbitos comunicados pelo fisco por exemplo, como atribuir individualmente os montantes recolhidos nas hipóteses em que há mais de um sucessor e (ii) para aferir o montante devido individualmente, afim de certificar o pagamento (emitir certidão de pagamento), restituir ou cobrar diferenças, tendo em vista a existência de normas isençionais e de normas que permitem abatimentos da base de cálculo do tributo tudo em consonância com o art. 35, parágrafo único, do CTN¹⁷³.

Quanto à necessidade de ajuste entre o montante de ITCMD devido e o recolhido pelas responsáveis tributárias, tendo como foco apresentar a melhor prática de controle fiscal e não só a experiência deste autor no Estado de Minas Gerais, salienta-se que viabilizá-lo é

¹⁷³ O dispositivo define que ocorrem tantos fatos geradores quantos forem os sucessores, logo, tendo sido feita a retenção e o recolhimento considerando todo o montante transmitido, há que se identificar o crédito tributário individualmente, não só para aferir e certificar a sua extinção, mas também para calcular o montante devido de acordo com a peculiaridade de cada sucessor.

importantíssimo para que a técnica de deslocamento da responsabilidade tributária não provoque distorções que resultem na majoração ou redução de carga tributária, sem autorização em lei. Cite-se o caso de estados federados que praticam a alíquota progressiva, cujo critério pode depender da situação pessoal do sucessor e do valor do patrimônio recebido individualmente.

Para ilustrar, apresenta-se exemplo hipotético em que determinada pessoa falece tendo acumulado R\$ 300 mil em um plano de previdência estruturado sob o regime financeiro de capitalização, entretanto, não há beneficiário indicado e os três herdeiros legítimos passam a fazer jus ao recebimento do valor. O estado competente pratica alíquotas progressivas que vão de 1 a 3% a cada R\$ 100 mil recebido pelo sucessor, a entidade de previdência foi comunicada do óbito pelo fisco e os sucessores ainda não tinham se apresentado para receber o valor que lhes cabe. A entidade, então, recolherá o imposto mediante a aplicação da alíquota de 3% sobre o valor total transmitido (*droit de saisine*), portanto, será pago ITCMD no importe de R\$ 9 mil.

Após a retenção e o recolhimento do ITCMD, os herdeiros identificam-se e recebem os montantes que lhes são devidos, descontados do imposto recolhido. Ocorre que houve três fatos geradores distintos, cada um de R\$ 100 mil, portanto, cada sucessor deveria ter pago ITCMD, exclusivamente considerando o referido montante, mediante a aplicação da alíquota de 1%, logo, cada um deveria ter pago R\$ 1 mil.

Adicionalmente, cada um deles recebeu outros bens no valor de mais R\$ 50 mil e devem recolher o imposto também sobre essa quantia. Então, em todo o caso, cada sucessor recebeu no total R\$ 150 mil e deveriam pagar o imposto à alíquota de 2%, que geraria um crédito tributário no valor de R\$ 3.000. Individualizando os recolhimentos, (R\$ 9 mil/3) para cada um foi recolhido o valor de R\$ 3 mil, logo, quanto aos bens adicionais, não há mais imposto a recolher.

Foi nesse sentido que caminhou o art. 31 do Decreto Estadual n. 43.981/2005, ao determinar que o contribuinte acrescentasse em sua declaração o patrimônio relativo a planos de previdência privada e previu que os valores recolhidos pelas entidades deveriam ser abatidos do montante total devido¹⁷⁴.

¹⁷⁴ BRASIL. Decreto Estadual n. 43.981/2005. Art. 31. O contribuinte apresentará à AF, até o vencimento do prazo para pagamento do imposto previsto na Seção I do Capítulo VIII, Declaração de Bens e Direitos, em modelo disponível no endereço eletrônico da Secretaria de Estado de Fazenda na internet (www.fazenda.mg.gov.br), **contendo a totalidade dos bens e direitos transmitidos**, atribuindo individualmente os respectivos valores, acompanhada dos seguintes documentos: [...] II – documento que identifique o bem e permita a verificação do seu valor, observado o seguinte: [...] g) se plano de previdência privada e seguro de pessoas nas modalidades de Plano Gerador de Benefício Livre – PGBL, Vida Gerador de Benefício Livre – VGBL – ou outra semelhante, cópia do respectivo contrato; [...] § 6º A Declaração de Bens e Direitos a que se

Baseado nos parâmetros apresentados neste capítulo, é possível traçar, em termos práticos, toda a sistemática da exigência do ITCMD incidente sobre as transmissões relativas a planos de previdência complementar no Estado de Minas Gerais e na forma que se considera a melhor prática para a arrecadação desse imposto.

O dever de retenção e de recolhimento do ITCD surge a partir da ciência da ocorrência do fato gerador do tributo. Tal ciência, tendo em vista que **as entidades não estão obrigadas a promover nenhum tipo de ação para verificar a ocorrência do fato gerador**, acontecerá exclusivamente por duas formas: (i) **informação do sucessor**, que procura a entidade de previdência para receber os montantes em que sucedeu o titular, ou (ii) **comunicação do fisco**, que, por meio das informações as quais dispõe, noticiará a ocorrência do fato gerador, informando, ainda, **todos os detalhes necessários** para o correto recolhimento do tributo, **inclusive aqueles relativos ao domicílio do *de cujus***, para fixar o sujeito ativo do imposto incidente. Em se tratando de informação pelo beneficiário, a entidade poderá solicitar a comprovação do domicílio *de cujus* ao receber a reivindicação dos montantes.

De posse da informação, identificado o domicílio no Estado de Minas Gerias, por exemplo, as entidades declararão a ocorrência do fato gerador e deverão calcular e recolher o ITCD devido, que terá por base a totalidade dos montantes mantidos junto ao plano e caberá ao fisco sua individualização, se houver mais de um sucessor.

Após o cálculo do imposto, parte-se para a certificação do pagamento do tributo devido pelo contribuinte (beneficiário), substituído em sua obrigação de recolhimento do ITCMD. Nessa fase, o recolhimento feito pelo responsável será imputado ao contribuinte individualmente, tanto no caso de existir um único beneficiário, quanto no caso de existirem vários deles.

A informação sobre o recebimento de valores relativos a planos de previdência privada prestada pelo contribuinte será confrontada com a declaração e o recolhimento feito pela responsável, a entidade previdenciária. Identificado o recolhimento, será expedida a certidão ao beneficiário.

Como o responsável recolheu o ITCMD calculado sobre a integralidade dos montantes mantidos junto ao plano de previdência, não haverá qualquer tipo de repercussão ou de

refere este artigo poderá ser gerada e transmitida por meio do Sistema Integrado de Administração da Receita Estadual (SIARE) disponibilizado no sítio da Secretaria de Estado de Fazenda no endereço www.fazenda.mg.gov.br, hipótese em que será observado o seguinte: [...] § 10 – Do imposto calculado sobre o valor da totalidade dos bens e direitos, será abatido o montante recolhido em decorrência do art. 35-A (grifos nossos).

difículdade relativa à quantidade de beneficiários, pois todos que se apresentarem legitimamente terão o seu pagamento certificado.

Caso o beneficiário tenha recebido outros bens em sucessão ao titular do plano, a parcela do tributo recolhido que lhe for correspondente será abatida do valor devido pela totalidade dos bens, podendo até, conforme o caso, resultar valor a restituir.

Cabe comentar que, embora a inspiração para conceber a sistemática tenha sido a substituição tributária relativa ao ICMS, o modelo de controle fiscal, na verdade, é análogo ao praticado pela Receita Federal do Brasil (RFB) para ajustar a arrecadação do Imposto de Renda, quando este tiver sido, no todo ou em parte, retido e recolhido pela fonte pagadora.

Nesse caso, confronta-se o que foi retido e recolhido por um responsável tributário, com o que é declarado pelo contribuinte. Ao final, poderá existir uma diferença a recolher, ou a restituir, caso seja comprovado que, em razão de deduções de base de cálculo, normas isençionais, ou até recolhimentos feitos pelo próprio contribuinte, por exemplo, o montante “retido na fonte” foi maior que o devido.

Não há, portanto, qualquer dificuldade prática, nem, tampouco, a sistemática aqui apresentada é novidade no sistema tributário brasileiro, além de ter o seu êxito comprovado na prática, porque vem sendo observada pelas entidades do setor de previdência complementar desde fevereiro de 2019, no Estado de Minas Gerais.

Importa citar que a retenção e o recolhimento do ITCMD pela entidade de previdência complementar, à luz do entendimento desposado na Solução de Consulta n. 601 (COSIT), de 21 de dezembro de 2017, gera repercussões análogas àquelas próprias de um resgate parcial, especialmente no que toca à incidência do IR calculado sobre todo ou parte do montante do valor recolhido.

Tal questão foi oposta ao método de controle fiscal ora demonstrado pelo representante das entidades de previdência complementar¹⁷⁵, em razão de, em tese, poder causar prejuízo ao sucessor, não só devido ao pagamento do imposto federal, mas pela possibilidade de se fazer aplicar uma alíquota superior do referido tributo.

Todavia, a retenção de parcelas do valor acumulado em planos de previdência privada para adimplemento de obrigações não é uma novidade criada pela tributação do ITCMD, ao contrário, é prática costumeira das próprias entidades de previdência complementar. A citada Solução de Consulta, por exemplo, deriva de sua atuação, ao fazer descontos do montante

¹⁷⁵ Vide Mandado de Segurança n. 5029730-95.2019.8.13.0024 impetrado pela Federação Nacional de Previdência Privada e Vida (FENAPREVI).

acumulado, relativo à cobertura por sobrevivência (previdência privada), para pagar o valor devido pela cobertura de risco (seguro).

Na oportunidade, a RFB considerou que os descontos para pagamento de prêmio de seguro correspondiam ao resgate parcial, assim, haveria a incidência do IR calculado na proporção dos valores resgatados.

Acrescente-se que a realização de descontos do montante acumulado para saldar obrigações do participante e/ou beneficiários não se limita à hipótese de pagamento de prêmios relativos à cobertura de risco, podendo derivar da cobrança de taxas de carregamento ou de administração, e até de parcelas de empréstimos concedidos pela entidade ao titular dos recursos (o que se denomina assistência financeira).

Diante disso, nos termos da Solução de Consulta n. 601 (COSIT), de 21 de dezembro de 2017, é um fato que a retenção e o recolhimento do ITCMD importará em resgate parcial, com todas as suas decorrências, entretanto, é algo que o contribuinte pode evitar, se entender que sairá prejudicado. Basta pagar o imposto estadual antes que a entidade de previdência atue nesse sentido. Extinto o crédito tributário mediante o pagamento, não subsistirá a obrigação do responsável e não precisaria ocorrer a retirada do montante formado pelos aportes do participante. Para tanto, realizado o pagamento pelo contribuinte, seria suficiente que este cientificasse o responsável tributário acerca da extinção do crédito tributário e, assim, a retenção e o recolhimento não seriam devidos.

De tudo, resta demonstrada a melhor prática para a efetiva arrecadação do ITCMD incidente sobre a transmissão *causa mortis* de bens ou direitos relativos a planos de previdência complementar.

5 CONCLUSÕES

Demonstrou-se que a correta qualificação da natureza do plano de previdência complementar depende da verificação de diversos fatores que envolvem o regime financeiro no qual se estruturam, a fase em que se encontra o plano, e, estando este na fase de benefício, a característica do benefício que está em curso.

Nos planos estruturados sob o regime financeiro de capitalização, o capital formado pelos aportes feitos pelo titular do plano e, eventualmente, por patrocinadores ou instituidores, é que custeará o benefício contratado. Esses montantes capitalizados estão sujeitos a saques, o que tecnicamente se denomina resgate, e podem ser transferidos de uma entidade de previdência privada para outra, sejam elas abertas ou fechadas, por meio de um expediente denominado portabilidade.

Referido capital, quando aplicado em fundos de investimento, pode se sujeitar a riscos do mercado mobiliário, gerar rendimentos, ou sofrer desvalorização, além de, a par de corresponderem a um crédito do titular perante a entidade, poderem ser reconhecidos como propriedade direta deste.

Dessa forma, os montantes acumulados nessas condições, em planos de previdência complementar, assemelham-se a investimentos e, como tal, são transferidos aos sucessores, que podem ser beneficiários indicados ou sucessores legítimos, em razão do evento morte.

Essas características decorrem das expressas previsões da legislação que disciplina o instituto da previdência complementar, ou seja, em síntese, os planos estruturados sob o regime financeiro de capitalização não têm natureza securitária e devem ser considerados forma de acumulação patrimonial passível de transmissão *causa mortis*, tal qual qualquer outra forma de acumulação patrimonial.

Entretanto, não se pode afirmar que ocorre a transmissão de direitos em toda e qualquer hipótese em que faleça um titular ou assistido de um plano de previdência complementar.

É necessário separar-se o joio do trigo.

A ocorrência da transmissão de bens ou direitos, como dito, depende da existência de pressupostos, cuja apuração só é possível a partir de detida verificação das características do plano previdenciário.

Há planos cuja relação com a incidência do ITCMD não se concebe (planos estruturados sob o regime de repartição). Existem outros nos quais, embora sejam relativos a planos estruturados sob o regime financeiro de capitalização, em razão da natureza do benefício cujo pagamento está em curso, a incidência também não se verifica.

Diante disso, é possível sintetizar os casos nos quais é possível ocorrer a incidência do ITCMD. O primeiro pressuposto é o de que o plano seja estruturado sob o regime financeiro de capitalização. Não sendo esse o regime, não haverá incidência em nenhuma hipótese, em razão da inexistência de acumulação de um direito pelo *de cujus*. O segundo pressuposto é a fase em que se encontra o plano quando do óbito do seu titular. Se estiver na fase de diferimento, ou seja, naquela que antecede a data de sobrevivência preestabelecida, em que se está formando a reserva que custeará o benefício pretendido, sempre haverá a incidência. É dizer, sempre que falecer o participante, os beneficiários indicados ou herdeiros legítimos deverão pagar o tributo. Entretanto, se o óbito do titular ocorrer na fase de benefício, outros dois pressupostos precisam ser observados. Seguindo essa direção, o terceiro deles é o benefício em curso se enquadrar nas modalidades “renda mensal por prazo certo” ou “renda mensal vitalícia com prazo mínimo garantido”. Se o benefício se enquadrar na primeira modalidade, incidirá o ITCMD. Se o encaixe for no segundo modelo, há um quarto pressuposto, que é não ter ocorrido o decurso do prazo mínimo de pagamento. Se o prazo mínimo não se esvaiu, incide o imposto, se ele se esgotou, não haverá a incidência.

Frente à conclusão, passa-se às recomendações práticas para aplicar a teoria ora construída.

Com enfoque tanto no fisco, quanto nos contribuintes, foram demonstrados os requisitos legislativos necessários para haver cobrança do tributo. Quanto ao fato gerador, demonstrou-se inviável a respectiva descrição que o restrinja às hipóteses de sucessão previstas no Código Civil e recomendou-se sua tipificação mediante uma descrição mais genérica. Quanto à definição do contribuinte, na mesma linha de raciocínio, recomendou-se substituir terminologia própria do Código Civil, para adotar outra mais genérica que pudesse abarcar todas as formas de sucessão, seja ela disciplinada pelo citado Código ou determinada por legislação especial.

No que toca à base de cálculo, apontou-se a conveniência de especificá-la de forma a identificar o que corresponde ao direito do sucessor, no âmbito dos complexos contratos de previdência complementar.

Relativamente à determinação do ente federado competente para exercer a tributação, apontou-se a necessidade de se interpretar a Constituição Federal, extraíndo-lhe o raciocínio que animou o respectivo texto. Nesse sentido, restou demonstrado que o estado de domicílio do *de cujus* seria o titular do direito de exigir o ITCMD.

Em segundo lugar, aí com um enfoque mais direcionado à administração tributária, demonstrou-se o método de controle fiscal mais eficaz para o caso, a atribuição da responsabilidade por reter e recolher o ITCMD às entidades de previdência complementar,

tendo como paradigma a bem-sucedida experiência do Estado de Minas Gerais ao tratar a questão.

Por fim, diante de tudo o que fora apresentado, considerando que entidades abertas de previdência complementar vêm colocando ao mercado seus planos como possibilidade de planejamento tributário, visando ilidir a incidência do ITCMD, é preciso dizer que tal estratégia é inviável. De um lado, viu-se que já há dentre os fiscos estaduais, no Estado de Minas Gerais, uma estrutura normativa vigente e eficaz para proceder à arrecadação e ao controle fiscal relativos ao tributo, ressalte-se, de forma muito simples e pouco custosa. De outro lado, ante o resultado obtido no estado, e o trabalho por ele realizado, com o objetivo de disseminar a experiência bem-sucedida, assegura-se que as demais unidades federadas caminham a passos largos para a implementação de estruturas análogas, de forma a viabilizar mais essa importante fonte de arrecadação.

Nesse contexto, não resta outra recomendação que não seja a de desaconselhar o uso dos referidos planos como estratégia de economia tributária, pois utilizá-la com esse intuito importaria a assunção dos custos da contratação, ou seja, o pagamento das taxas cobradas pelas entidades de previdência complementar, além de colocar os eventuais sucessores em rota direta de colisão com os fiscos estaduais.

Como se ressaltou, as decisões judiciais que estão reconhecendo a natureza securitária em determinados tipos de planos não se aprofundaram em seus caracteres e tiveram como orientação apenas o *nomen iuris* dado a uma das modalidades de planos previdenciários, o VGBL, que só foi tido sob tal nomenclatura para viabilizar o mercado previdenciário para aqueles que não tinham interesse em deduzir os aportes vertidos ao plano, da base de cálculo do Imposto de Renda.

Tendo o VGBL e o PGBL, principais modalidades à disposição no mercado, natureza idêntica, a ponto de serem chamados pela doutrina da área de finanças de “clones”, a tendência é de que o conhecimento acerca de todos os seus caracteres vá se sedimentando no meio jurídico a ponto de ambos passarem a receber igual tratamento do Poder Judiciário.

Dito isso, espera-se ter colaborado com a evolução do Sistema Tributário Nacional, por meio de uma abordagem inovadora e com aplicabilidade prática imediata de um instituto extremamente complexo e pouco conhecido pelo fisco e pelos contribuintes, , de maneira a contribuir tanto com as administrações tributárias estaduais, como também com as pessoas sujeitas à tributação patrimonial.

REFERÊNCIAS

ABRAPP – Associação Brasileira das Entidades Fechadas de Previdência Complementar. **Mandado de Segurança n. 5012786-18.2019.8.13.0024**, 15 nov. 2019. Disponível em: <https://pje.tjmg.jus.br/pje/ConsultaPublica/listView.seam>. Acesso em: 25 jan. 2020.

ABRAPP. Associação Brasileira das Entidades Fechadas de Previdência Complementar. **Empréstimos**: novas reflexões. Disponível em: <http://www.abrapp.org.br/Paginas/Noticia.aspx?NoticiaID=803>. Acesso em: 20 jan. 2020.

AFONSO, J. R. R. *et al.* Guerra fiscal do ICMS: organizar o desembarque. **Revista de Direito Internacional Econômico e Tributário**, v. 12, n. 1, p. 413-416, jun. 2017.

AFONSO, J. R. R.; FUCK, L. F.; CORREIA NETO, C. de Barros; SZELBRACILKOWSK, D. C. **Revista Internacional de Direito Econômico e Tributário (RDIET)**, Brasília, v. 12, n.1, p. 427, jan.-jun. 2017. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/19717/guerra-fiscal-do-ICMS.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 07 jul. 2019.

ANDREATA, C. dos S. **Novo procedimento padrão de controle e arrecadação do imposto sobre transmissão *causa mortis* e doação de quaisquer bens e direitos** – ITCD, 2017. Disponível em: http://www.planejamento.mg.gov.br/sites/default/files/documentos/gestao-de-pessoas/premio-inova-minas-gerais/amencao_honrosa_ideias_processos.pdf. Acesso em: 9 fev. 2021

ANDREATA, C. dos S; SOUZA, R. L. O. **Parecer DOLT/SUTRI n. 029/2019** – Documento interno da SEF/MG.

ARRUDA, M. da G. C. **A previdência privada aberta como relação de consumo**. São Paulo: LTr, 2004.

BANCO ITAÚ. **Investimentos Previdência** – Previdência Motivos – motivo sucessão – Feito para Você. Disponível em: <https://www.itaub.com.br/investimentos-previdencia/previdencia-motivos/motivo-sucessao/>. Acesso em: 9 fev. 2021.

BRADESCO. **O que é previdência**. Disponível em: https://banco.bradesco/html/classic/novo-educacao-financeira/previdencia/template_oqueeprevidencia.shtm. Acesso em: 16 fev. 2020.

BRASILPREV. **Fundos e rentabilidade**. Disponível em: <https://www1.brasilprev.com.br/fundos-e-rentabilidade.html>. Acesso em: 18 fev. 2020.

BUENO, S. **Minidicionário da língua portuguesa**. 2. ed. São Paulo: FTD, 2007.

CALDAS, G.; CURVELLO, R.; RODRIGUES, A. **Contabilidade dos contratos de seguro**. Rio de Janeiro: Fundação Escola Nacional de Seguros (Funenseg), 2016.

CALDAS, G.; CURVELLO, R.; RODRIGUES, A. **Contabilidade dos produtos de previdência complementar aberta**. Rio de Janeiro: Fundação Escola Nacional de Seguros (Funenseg), 2018.

CÂMARA, A. de. **O novo processo civil brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Forense, 2017.

CAMPANI, C. H. *et al.* Planos PGBL e VGBL de Previdência privada: uma análise do mercado brasileiro. **Sociedade, Contabilidade e Gestão**, Rio de Janeiro, v. 15, n. 1, jan.-abr., 2020. Versão preliminar – edição em andamento. Disponível em <https://revistas.ufrj.br/index.php/scg/article/view/18360/pdf>. Acesso em: 07 jan. 2020.

CARLINI, A. **Livreto do mutualismo** [s. l.] Confederação Nacional das Empresas de Seguros Gerais, Previdência Privada e Vida, Saúde Suplementar e Capitalização (CNseg), 2020.

CASSA, I. **Contrato de previdência privada**. São Paulo: MP, 2009.

CHAN, B. L.; SILVA, F. L. da; MARTINS, G. de A. **Fundamentos da previdência complementar: da atuária à contabilidade**. 2. ed. São Paulo: Atlas: FIPECAFI/USP, 2010.

CINTRA, A. C. de A.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R. **Teoria geral do processo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

CNseg. **Estatísticas de reservas por unidade da federação**. Confederação Nacional das Empresas de Seguros Gerais, Previdência Privada e Vida, Saúde Suplementar e Capitalização. Disponível em: <http://cnseg.org.br/fenaprevi/estatisticas/>. Acesso em: 6 mar. 2018.

CONJUR. **Proposta de adicional de ITCMD da União é inconstitucional**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-ago-31/proposta-adicional-itcmd-uniao-inconstitucional>. Acesso em: 9 fev. 2021.

CONTI, B. D. Os fundos brasileiros de previdência complementar: segmentações analíticas e estudos preliminares sobre a alocação de seus recursos. *In: Características estruturais do sistema financeiro brasileiro: um registro da reflexão do Ipea no biênio 2014-2015*, v. 1. [s.l.] Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), [s.d.].

COSIT. **Solução de Consulta n. 601, de 21 de dezembro de 2017**. 20 jan. 2020. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=89093&visao=anotado>. Acesso em: 20 jan. 2020.

DICIONÁRIO de termos e conceitos mais usados no Regime de Previdência Complementar. Secretaria de Políticas de Previdência Complementar (SPPC), maio 2011. Disponível em: http://sa.previdencia.gov.br/site/arquivos/office/3_111006-094552-172.pdf. Acesso em: 20 jan. 2020.

DINIZ, M. H. **Tratado teórico e prático dos contratos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

FELIPE, J. F. A. **Previdência Complementar Fechada e Planejamento Sucessório**, 20 jan. 2020. Disponível em: https://amagis.com.br/uploads/noticias/plusfiles/496_0.pdf. Acesso em: 20 jan. 2020.

FENAPREVI. Federação Nacional de Previdenciária Privada e Vida. **Mandado de Segurança n. 5029730-95.2019.8.13.0024**, 15 nov. 2019. Disponível em: <https://pje.tjmg.jus.br/pje/ConsultaPublica/DetalheProcessoConsultaPublica/listView.seam?ca=3b7e6733378b52de597507c5e18c698d21983bbb885681ec>. Acesso em: 25 jan. 2020.

FENASEG. **Federação Nacional das Empresas de Seguros Privados, de Capitalização e de Previdência Complementar Aberta**. Disponível em: <https://cnseg.org.br/conheca-a-cnseg/confederacao/o-que-e-a-fenaseg.html>. Acesso em: 29 maio 2021.

FGV. **Fundação Getúlio Vargas**. Observatório de Política Fiscal. O imposto sobre herança. Disponível em: <https://observatorio-politica-fiscal.ibre.fgv.br/posts/o-imposto-sobre-heranca>. Acesso em: 9 fev. 2021.

FIGUEIREDO, S. **Contabilidade de seguros**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

FINANCEIROS, P. A. B. de P. **Dinheiro em PGBL fica fora do inventário?** Disponível em: <https://www.planejar.org.br/previdencia/dinheiro-em-pgbl-fica-fora-do-inventario/>. Acesso em: 9 fev. 2021.

FIUZA, C. **Direito civil** – curso completo. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

FLEXPREV PERSONNALITÉ VGBL RF. 20 jan. 2020. Disponível em: http://ww28.itaubr.com.br/personnalitevidaeprevidencia/individual/regulamentos/regul_vgblrf_personnalite.pdf. Acesso em: 20 jan. 2020.

FORTUNA, E. **Mercado financeiro**: produtos e serviços. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2008.

FUNDOS DE PENSÃO. **Coletânea de Normas**. Atualizada até junho 2019. Disponível em: <http://sa.previdencia.gov.br/site/2019/07/Coletanea-de-Normas-Junho2019.pdf>. Acesso em: 14 jan. 2020.

FUNPRESP-JUD. Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal do Poder Judiciário. **Regulamento do Plano de Benefícios do Judiciário da União, do Ministério Público da União e do Conselho Nacional do Ministério Público**, 20 jan. 2020. Disponível em: https://www.funprespjud.com.br/wp-content/uploads/2018/10/Plano-de-Beneficios-FunpresJud_2018.pdf. Acesso em: 20 jan. 2020.

GOVERNO FEDERAL. Ministério da Economia, Subsecretaria do Regime de Previdência Complementar, 2019. **Fundos de Pensão**: coletânea de normas. 2019. Disponível em: <http://sa.previdencia.gov.br/site/2019/07/Coletanea-de-Normas-Junho2019.pdf>. Acesso em: 14 jan. 2020.

GOVERNO FEDERAL. **Fundos de Pensão**: coletânea de normas. 2020. Ministério da Economia, Subsecretaria do Regime de Previdência Complementar, 2019.

HARADA, K. **Direito tributário e financeiro**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

ICATU BLOG. **Como a previdência pode ajudar na transmissão de bens?** Disponível em: <https://blog.icatuseguros.com.br/previdencia-privada/como-previdencia-pode-ajudar-na-transmissao-de-bens-pinheiro-neto-advogados>. Acesso em: 9 fev. 2021.

INFOMONEY. **Brasil tem dos menores impostos sobre herança do mundo mas cenário deve mudar**, [s.d.]. Disponível em: <https://www.infomoney.com.br/conteudo-patrocinado/seguro-de-vida/noticia/6418271/brasil-tem-dos-menores-impostos-sobre-heranca-mundo-mas-cenario>. Acesso em: 7 jul. 2019.

INFOMONEY. **O que é VGBL? Vale a pena?** Disponível em: <https://www.infomoney.com.br/guias/vgbl/>. Acesso em: 9 fev. 2021.

LUTERPREV. **Plano com remuneração garantida e performance (PRGP) Modalidade de contribuição variável** – regulamento de plano individual [s.d.]. Disponível em: <http://www.luterprev.com.br/arquivo/governanca/03486e45b11c9c.pdf>. Acesso em: 29 maio 2021.

MACHADO, H. de B. **Curso de direito tributário**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MANO, C. C. A.; FERREIRA, P. P. **Aspectos atuariais e contábeis das provisões técnicas**. Rio de Janeiro: Escola Nacional de Seguros (Funenseg), 2009.

MENDES, G. M.; BRANCO, P. G. G. **O controle da constitucionalidade no Brasil**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

NERY JÚNIOR, N.; NERY, R. M. de A. **Comentário ao Código de Processo Civil**. Novo CPC – Lei n. 13.105/2015. São Paulo: RT, 2015 (*ebook*).

OCDE. **Statistical tables** [s.d.]. Disponível em: <https://www.oecd.org/pensions/private-pensions/pensionmarketsinfocus.htm>. Acesso em: 6 jul. 2019.

PESSOA, M. M. Y. A. de C. E. S.; SANTOS, C. H. M. dos (org.); MARTINS, F. dos S. **Carta de Conjuntura n. 14** – 4º Trimestre de 2018 – Seção V – Finanças Públicas Estaduais, [s.d.]. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/conjuntura/181126_cc41_secao_financas_publica.pdf. Acesso em: 9 fev. 2021.

PORTO, R. V. **Teoria geral do risco social**. Revista Brasileira de Previdência. 8ª ed. – Semestre II. 2018.

PREVIDÊNCIA SOCIAL. **Dicionário de termos e conceitos mais usados no Regime de Previdência Complementar**. Secretaria de Políticas der Previdência Complementar. Brasília, maio 2011. Disponível em: http://sa.previdencia.gov.br/site/arquivos/office/3_111006-094552-172.pdf. Acesso em: 17 dez. 2019.

SABBAG, E. **Manual de direito tributário**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SANTOS, C. H. M. dos (org.) **Características estruturais do sistema financeiro brasileiro: um registro da reflexão do Ipea no biênio 2014-2015**, v. 1. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br>. Acesso em: 29 maio 2021.

SILVA, J. C. **Práticas contábeis das operações de seguro**: análise comparativa entre as normas brasileiras e o projeto proposto pelo IASB. v. 10. Rio de Janeiro: Fundação Escola Nacional de Seguros (Funenseg), 2005.

SUSEP. Superintendência de Seguros Privados. **6º Relatório de análise e acompanhamento dos mercados supervisionados**. Coord. de apoio à gestão estratégica (Coget). 31 jul. 2018. Disponível em:
http://www.susep.gov.br/menuestatistica/SES/6b0%20Relat_Acomp_Mercado_2018.pdf. Acesso em: 20 jan. 2020

SUSEP. Superintendência de Seguros Privados. **7º Relatório de análise e acompanhamento dos mercados supervisionados**. Coord. de apoio à gestão estratégica (Coget). 30 maio 2019. Disponível em:
http://www.susep.gov.br/menuestatistica/SES/Relat_Acomp_Mercado_2019.pdf. Acesso em: 20 jan. 2020

SUSEP. Superintendência de Seguros Privados. **8º Relatório de análise e acompanhamento dos mercados supervisionados**. Coord. de apoio à gestão estratégica (Coget). 30 maio 2020. Disponível em: <http://www.susep.gov.br/menuestatistica/SES/relat-acomp-mercado-2020.pdf>. Acesso em: 29 maio 2020.

SUSEP. **Apresentação**. Disponível em: <http://www.susep.gov.br/menu/a-susep/apresentacao>. Acesso em: 20 jan. 2020.

SUSEP. **Previdência Complementar Aberta**. Disponível em:
<http://www.susep.gov.br/menu/informacoes-ao-publico/planos-e-produtos/previdencia-complementar-aberta#TBR>. Acesso em: 20 jan. 2020.

SUSEP. **Parecer normativo n. 5, de 11 de março de 2003**. Disponível em:
<https://www2.susep.gov.br/safe/scripts/bnweb/bnmap.exe?router=upload/3761>. Acesso em: 29 maio 2021.

SUSEP. **Perguntas mais frequentes sobre Planos por Sobrevivência (PGBL e VGBL)**. Disponível em: <http://www.susep.gov.br/setores-susep/seger/coate/perguntas-mais-frequentes-sobre-planos-por-sobrevivencia-pgbl-e-vgbl>. Acesso em: 9 fev. 2021.

SUSEP. **Superintendência de Seguros Privados**. Disponível em:
<http://www.susep.gov.br/menu/informacoes-ao-publico/planos-e-produtos/previdencia-complementar-aberta#planorisco>. Acesso em: 14 jan. 2020.

TARTUCE, F. **Direito civil** – direito das sucessões. v. 6. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

THEODORO JÚNIOR, H. **Curso de direito processual civil** – teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. v. I. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TORRES, M. C. S.; BECHARA FILHO, I. J. B. **Independência patrimonial dos planos de previdência complementar**, 7 dez. 2016. Disponível em: http://www.previdencia.gov.br/arquivos/office/3_081024-103924-572.pdf. Acesso em: 7 dez. 2016.

VALOR ECONÔMICO. **Justiça aceita a penhora de PGBL e VGBL de devedores**. Legislação. Disponível em: <https://valor.globo.com/legislacao/noticia/2012/07/25/justica-aceita-a-penhora-de-pgbl-e-vgbl-de-devedores.ghml>. Acesso em: 9 fev. 2021.

Julgados

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.125.510-RS. Min. Massami Uyeda, 19 out. 2011. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1094659&num_registro=200901315880&data=20111019&formato=PDF. Acesso em: 29 maio 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.676.801-MG. Min. Moura Ribeiro, 22 fev. 2019. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/deciso/es/doc.jsp>. Acesso em: 25 jan. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.822.675-MG. Min. Assusete Magalhães, 19 ago. 2019. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/deciso/es/doc.jsp>. Acesso em: 25 jan. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial Repetitivo n. 1.435.837-RS**. Min. Ricardo Villas Boas Cueva, 7 maio 2019. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1777472&num_registro=201400313793&data=20190507&formato=PDF. Acesso em: 3 fev. 2020

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário com Agravo n. 1.109.530-RS**. Min. Gilmar Mendes, 5 abr. 2018. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho847802/false>. Acesso em: 29 maio 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário com Agravo n. 1.155.463-SP**. Min. Dias Toffoli, 13 set. 2018. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho905368/false>. Acesso em: 29 maio 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário com Agravo n. 901.278-SC**, 9 nov. 2015. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho580999/false>. Acesso em: 29 maio 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 1.190.372-SC**. Min. Luiz Fux, 31 maio 2019. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho984695/false>. Acesso em: 29 maio 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário n. 949.297-CE**. Min. Edson Fachin, 24 mar. 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10947666>. Acesso em: 29 maio 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Sergipe. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 0002038-85.2018.8.25.0000**. Des. Luiz Antônio Araújo Mendonça, 12 set. 2018a.

Disponível em:

https://www.tjse.jus.br/tjnet/jurisprudencia/relatorio.wsp?tmp_numprocesso=201800106463&tmp_numacordao=201820993&tmp.expressao=previd%C3%Aancia%20ITCMD. Acesso em: 20 jan. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Sergipe. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 0002064-83.2018.8.25.0000**. Des. Luiz Antônio Araújo Mendonça, 3 out. 2018b.

Disponível em:

https://www.tjse.jus.br/tjnet/jurisprudencia/relatorio.wsp?tmp_numprocesso=201800106497&tmp_numacordao=201823330&tmp.expressao=previd%C3%Aancia%20ITCMD. Acesso em: 20 jan. 2020

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 0008135-40.2016.8.19.0000**. Des. Ana Maria Pereira de Oliveira, 10 jun. 2019. Disponível em:

<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00045C890C5C476737C855844A372DBD0406C50A352E3F57&USER=>. Acesso em: 29 maio 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.0000.18.000930-0/000**. Des. Belizário de Lacerda, 25 jan. 2020a. Disponível em:

https://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_complemento2.jsp?listaProcessos=1000018000930000. Acesso em: 25 jan. 2020

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.0000.18.000933-4/000**. Des. Belizário de Lacerda, 25 jan. 2020b. Disponível em:

https://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_complemento2.jsp?listaProcessos=10000180009334000. Acesso em: 25 jan. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência em Recurso Especial n. 1.121.719 - SP. Min. Raul Araújo, 4 abr. 2014. Disponível em:

https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201102414192&dt_publicacao=04/04/2014

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.624-5** Minas Gerais. Min. Marco Aurélio, 2001 12DC. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347171>. Acesso em: 29 maio 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2995-9** Pernambuco. Min. Celso de Mello, 28 set. 2007. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=488652>. Acesso em: 29 maio 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no Agravo em Recurso Especial n. 871.405-RJ**. Min. Marco Aurélio Belizze, 24 nov. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no Agravo em Recurso Especial n. 981.924**. Min. Luis Felipe Salomão, 21 maio 2018. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201602406961&dt_publicacao=21/05/2018. Acesso em: 25 jan. 2020

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no Recurso Especial n. 1.665.178-MG**. Min. Francisco Falcão, 21 set. 2017. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1637752&num_registro=201700750567&data=20171004&formato=PDF. Acesso em: 20 jan. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt nos EDcl no Agravo em Recurso Especial n. 947.006-SP**. Min. Lázaro Salomão, 21 maio 2018. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1711494&num_registro=201601718427&data=20180521&formato=PDF. Acesso em: 25 jan. 2020

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Agravo de Instrumento n. 2169568-19.2019.8.26.0000**. Des. Maia da Rocha, 26 nov. 2019. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/sg/abrirConferenciaDocumento>. Acesso em: 29 maio 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo em Recurso Especial n. 1.521.647 – SP**. Min. Francisco Falcão, 18 nov. 2019. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201901691713&dt_publicacao=18/11/2019. Acesso em: 29 maio 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível n. 1.0000.16.083620-1/001. Des. Moreira Diniz, 13 fev. 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível n. 1.0145.08.473222-4/001. Des. Luciano Pinto, 29 nov. 2012. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=2&totalLinhas=2&paginaNumero=2&linhasPorPagina=1&numeroUnico=1.0145.08.473222-4/001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar&>. Acesso em: 20 jan. 2020

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível n. 0315180-53.2015.8.19.0001, 25 nov. 2019. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004844D9AF27CDDC2D1E04B2ECD5459BA27C50B3F356361>. Acesso em: 29 maio 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ARE 901278-SC**. Min. Dias Toffoli, 27 out. 2015. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho580999/false>. Acesso em: 22 jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ARE 1155463-SP**. Min. Dias Toffoli, 10 set. 2018. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho905368/false>. Acesso em: 22 jul. 2020;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 1190372-SC**. Min. Luiz Fux, 31 maio 2019. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho984695/false>. Acesso em: 22 jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ARE 1109530-RS**. Min. Gilmar Mendes, 23 mar. 2018. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho847802/false>. Acesso em: 22 jul. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Ag. n. 000.154.406-3/00**. Primeira Câmara Cível, Des. Garcia Leão, Doe 29-10-1999.

RASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.125.510-RS (2009/0131588-0)**, 3ª Turma, Rel. Min. Massami Uyeda, DJe: 19-10-2011.

LEGISLAÇÃO CONSULTADA

Circular SUSEP n. 219, de 13 de dezembro de 2002.
Circular SUSEP n. 563, de 24 de dezembro de 2017.
Circular SUSEP n. 564, de 24 de dezembro de 2017.
Circular SUSEP n. 600, de 13 de abril de 2020.
Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988.
Decreto do Estado de Minas Gerais n. 43.981, de 3 de março de 2005.
Decreto do Estado de Minas Gerais n. 47.599, de 28 de dezembro de 2018.
Decreto do Estado de Minas Gerais n. 47.715, de 20 de setembro de 2019.
Emenda Constitucional n. 103, de 12 de novembro de 2019.
Instrução Previc n. 06, de 14 de novembro de 2018.
Instrução Previc n. 7, de 14 de novembro de 2018.
Instrução SPC n. 05, de 09 de novembro de 2003.
Lei Complementar n. 101, de 4 de maio de 2000.
Lei Complementar n. 108, de 29 de maio de 2001.
Lei Complementar n. 109, de 29 de maio de 2001. 109.
Lei do Estado de Minas Gerais n. 14.941, de 29 de dezembro de 2003.
Lei do Estado de Minas Gerais n. 20.824, de 31 de julho de 2013. 20.824.
Lei do Estado de Minas Gerais n. 22.549, de 30 de junho de 2017.
Lei do Estado de Minas Gerais n. 22.796 de 28 de dezembro de 2017.
Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916. 3.071.
Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966. 5.172.
Lei n. 8.935, de 18 de novembro de 1994. 8.935.
Lei n. 9.532. de 10 de dezembro de 1997. 9.532.
Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. 10.406.
Lei n. 11.053, de 29 de dezembro de 2004. 11.053.

Lei n. 11.196, de 21 de novembro de 2005. 11.196.
 Lei n. 11.441, de 4 de janeiro de 2007. 11.441.
 Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015.
 Resolução CGPC n. 06, de 30 de outubro de 2003.
 Resolução CGPC n. 16, de 22 de novembro de 2005.
 Resolução CGPC n. 17, de 30 de março de 2015.
 Resolução CGPC n. 29, de 31 de agosto de 2009.
 Resolução CMN n. 4.661, de 25 de maio de 2018.
 Resolução CNPC n. 30, de 10 de outubro de 2018.
 Resolução CNPC n. 32, de 04 de dezembro de 2019.
 Resolução CNSP n. 117, de 2004.
 Resolução CNSP n. 201, de 2008.
 Resolução CNSP n. 344, de 26 de dezembro de 2016.
 Resolução CNSP n. 345, de 02 de maio de 2017.
 Resolução CNSP n. 348, de 25 de setembro de 2017.
 Resolução CNSP n. 349, de 25 de setembro de 2017.
 Resolução CNSP n. 385, de 09 de junho de 2020.

Referências normativas

(Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT)

ABNT NBR 6028: 2021 – Informação e documentação – resumo, resenha e recensão – Apresentação

ABNT NBR 6023: 2018 – Informação e documentação – Referências – elaboração

ABNT NBR 6022:2018 – Informação e documentação – Artigo em publicação periódica técnica e/ou científica – Apresentação

ABNT NBR 6027: 2012 – Informação e documentação – Informação e documentação – Sumário – Apresentação

ABNT NBR 14724: 2011 – Informação e documentação – Trabalhos acadêmicos – Apresentação

ABNT NBR 15287: 2011 – Informação e documentação – Projetos de pesquisa – Apresentação

ABNT NBR 6034: 2005 – Informação e documentação – Índice – Apresentação

ABNT NBR 12225: 2004 – Informação e documentação – Lombada – Apresentação

ABNT NBR 6024: 2003 – Informação e documentação – Numeração progressiva das seções de um documento escrito – Apresentação

ABNT NBR 10520: 2002 – Informação e documentação – Citações em documentos – Apresentação

APÊNDICE

Demonstração contábil da diferença entre seguro e previdência complementar estruturada sob o regime financeiro de capitalização¹⁷⁶

Sumário – 1 Introdução. 2 Do reconhecimento contábil da contratação à liquidação das obrigações da entidade de previdência e da entidade seguradora, referentes a contratos de seguro e de plano de previdência complementar estruturado sobre o regime financeiro de capitalização (LC n. 109/2001). 2.1 Contrato de previdência complementar. 2.2 Contrato de seguro. 3 Conclusões.

1 Introdução

No curso deste trabalho, comprovou-se que os planos de previdência complementar estruturados sob o regime financeiro de capitalização envolvem a acumulação patrimonial, independentemente de serem comercializados por entidades de previdência complementar ou por companhias seguradoras. Por isso, as reservas formadas pelos aportes feitos pelo participante integram o seu patrimônio, tal qual o investimento em imóveis, semoventes e títulos mobiliários, dentre outros.

Sendo assim, o óbito do titular, na condição de participante ou de assistido (este em determinadas hipóteses), importa em transmissão de bens e direitos *causa mortis*, fato que atrai a incidência do ITCMD.

Contra a imposição tributária, insurgem-se contribuintes e algumas representantes do setor econômico, que adotam o seguinte fundamento: tais planos seriam uma modalidade de contrato de seguro, portanto, os montantes recebidos pelos beneficiários não poderiam ser considerados herança, nos termos do art. 794 do Código Civil.

Esse entendimento, no que tange ao plano denominado VGBL, oferecido por companhias seguradoras, tem sido encampado pelo STJ, resultando na peculiar situação de se admitir a incidência do ITCMD se o plano em questão for um PGBL, mas não admiti-la quando for um VGBL.

¹⁷⁶ Adaptação de texto apresentado como trabalho final para a conclusão da Disciplina Direito e Contabilidade do Mestrado Profissional em Direito Tributário da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (FGV).

E é exatamente nesse contexto que se revela fundamental a utilização da contabilidade como ferramenta para traçar a distinção entre um contrato securitário e um contrato relativo à previdência complementar estruturada sob o regime financeiro de capitalização.

Conforme consta da “Estrutura Conceitual para Elaboração e Divulgação de Relatório Contábil-Financeiro”, do Pronunciamento Contábil Básico (RI) – o conhecido CPC 00 – do Comitê de Pronunciamentos Contábeis (CPC), as demonstrações contábeis destinam-se a possibilitar que os respectivos usuários tomem decisões econômicas, como se vê:

As demonstrações contábeis são elaboradas e apresentadas para usuários externos em geral, tendo em vista suas finalidades distintas e necessidades diversas. Governos, órgãos reguladores ou autoridades tributárias, por exemplo, podem determinar especificamente exigências para atender a seus próprios interesses. Essas exigências, no entanto, não devem afetar as demonstrações contábeis elaboradas segundo esta estrutura conceitual.

Demonstrações contábeis elaboradas dentro do que prescreve esta Estrutura Conceitual objetivam fornecer informações que sejam úteis na tomada de decisões econômicas e avaliações por parte dos usuários em geral, não tendo o propósito de atender finalidade ou necessidade específica de determinados grupos de usuários¹⁷⁷ (grifo nosso).

Como corolário da função da demonstração contábil, os fatos relevantes ao patrimônio da entidade que reporta a informação devem ser reconhecidos conforme a sua essência, uma vez que dela derivarão os efeitos econômicos capazes de gerar repercussões de interesses dos relatórios contábeis.

Essa assertiva corresponde ao que determina o princípio da essência sob a forma, que, embora não mais esteja expressamente listado nas normas contábeis como um dos critérios a serem observados pelas demonstrações contábeis, continua a ser obrigatório, porque está implícito na imposição de que estas contenham *representação fidedigna* dos fatos econômicos.¹⁷⁸

Não por outro motivo, o Manual de Contabilidade Societária da FIPECAFI, em diversas passagens, invoca o princípio para deslinde de questões atinentes ao reconhecimento contábil de fatos relevantes¹⁷⁹.

Desses trechos, destaca-se:

¹⁷⁷ CPC 00 (RI). Introdução. Disponível em: http://static.cpc.aatb.com.br/Documentos/147_CPC00_R1.pdf. Acesso em: 10 fev. 2019.

¹⁷⁸ CPC 00 (RI). Prefácio. Disponível em: http://static.cpc.aatb.com.br/Documentos/147_CPC00_R1.pdf. Acesso em: 10 fev. 2019.

¹⁷⁹ GELBCKE, E.R.; SANTOS, A. dos; IUDÍCIBUS, S. de; MARTINS, E. **Manual de contabilidade societária**: aplicável a todas as sociedades: de acordo com as normas internacionais e do CPC. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 124; 129; 571; 783.

Nas novas normas sendo adotadas no Brasil não há qualquer menção específica, por enquanto, a respeito dessa matéria. **Todavia, como é determinada a adoção da essência sobre a forma como a regra mais importante para a elaboração das demonstrações contábeis (vejam-se os parágrafos – ou itens, como denominados pelo CPC, de número 19 a 24 do Pronunciamento Técnico CPC 26 (R1) – Apresentação das Demonstrações Contábeis [...])¹⁸⁰ (grifos nossos)**

Portanto, a contabilidade tem como objeto a repercussão prática dos fatos e atos, que, sob os seus auspícios, são chamados de fatos contábeis, na medida em que são aptos a impactar o patrimônio da entidade. Nessa linha, a tendência é que, sendo o contrato de seguro algo diverso do contrato firmado para constituir um plano de previdência complementar, eles tenham repercussões contábeis também diversas e que essas diferenças sejam capazes de desnudar sua natureza econômica.

Então, espera-se que a demonstração do impacto patrimonial decorrente da celebração dos referidos negócios pela contabilidade, ciência orientada pela essência e não pela forma do fato, não seja influenciada pelo *nomen iuris* dado aos institutos jurídicos, mas pela sua natureza jurídica¹⁸¹, natureza essa que, pelo que se percebe, está ligada de forma íntima e indissociável à sua natureza econômica, ou seja, à sua essência.

Demonstrou-se nesta obra que a distinção entre aos planos VGBL e PGDL, aquele instituído e comercializados por companhias seguradoras e este por entidades de previdência complementar propriamente ditas, é apenas de natureza tributária, no que toca ao Imposto de Renda, mas que, tanto pelas suas características fundamentais, quanto por determinação legal, ambos são planos de previdência privada, pois têm por objeto “oferecer cobertura por sobrevivência”, que deve observar os ditames do art. 202 da CF/1988 e da Lei Complementar n. 109/2001.

Demonstrou-se também que os planos relativos à EFPC têm a mesma natureza, já que também obedecem aos requisitos das citadas normas jurídicas.

¹⁸⁰ GELBCKE, E.R.; SANTOS, A. dos; IUDÍCIBUS, S. de; MARTINS, E. **Manual de contabilidade societária**: aplicável a todas as sociedades: de acordo com as normas internacionais e do CPC. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 1.243.

¹⁸¹ No que tange ao conceito de natureza jurídica, sem aprofundamento em delongas sobre temas periféricos, considera que reflita as características fundamentais do instituto, das quais decorrerá a sua correta qualificação jurídica. Assim, considera-se que a natureza jurídica não decorre do nome ou da classificação dada a determinado instituto pela lei, isso seria o que se chama de *nomen iuris*. A natureza jurídica será aferida a partir da identificação de todos os efeitos jurídicos decorrentes do negócio, identificando-se o caráter principal que lhe permita o agrupamento junto de outros que produzam efeitos análogos. A qualificação que se der a esse conjunto de institutos, que comungam de caracteres análogos, é que será a natureza jurídica.

Bem assim, apontou-se que tal cobertura por sobrevivência, estruturada sob o regime financeiro de capitalização, e por isso, envolvendo a formação de reservas individuais que podem ser sacadas ou transferidas pelo participante do plano, não se confundem com a cobertura de risco, esta sim apta a representar uma forma de seguro de vida, motivo pelo qual é paga em separado.

Daí que, no contrato de seguro de vida (cobertura de risco), o segurado paga para que terceiro (o segurador) garanta um interesse representado pela indenização, ou capital segurado.

Já no contrato de previdência complementar, o próprio participante é quem garante o montante que pretende receber, o que se dá por meio da capitalização de seus aportes. O custo, a despesa, o pagamento que se faz a terceiro é para que este apenas administre a reserva financeira acumulada e não para que tenha de suportar, às suas expensas, o benefício a ser concedido.

Assim, na previdência, acumula-se direito, já no seguro paga-se pela garantia de uma expectativa de direito, condicionada a um evento futuro e incerto chamado de sinistro.

No seguro, uma vez pago o prêmio, o segurado não tem direito a reavê-lo, pois a seguradora estará obrigada a prestar a garantia no período de cobertura, tendo dado assim a sua contraprestação, já na previdência, até a data preestabelecida (data de sobrevivência), é possível se resgatar o montante acumulado.

Diante disso, constatou-se que a entidade que oferece o plano de previdência, seja ela companhia seguradora ou não¹⁸², não se expõe ao risco de pagar o benefício, pois os montantes a que o participante faz jus devem advir dos aportes que ele mesmo realizou. Não há, portanto, neste contrato, em regra, uma natureza aleatória, vez que nenhuma das partes se expõe, geralmente, ao risco de perda.

Já no seguro, a característica marcante é o risco de perda a que se expõe segurado e segurador. Este se expõe ao risco de pagar indenização superior aos valores recebidos a título de prêmio e, aquele, ao risco de pagar o prêmio e, esgotado o prazo da cobertura, sem que haja ocorrido o sinistro, não poder reaver a integralidade dos montantes pagos.

Por isso, os planos de previdência privada estruturados sob o regime financeiro de capitalização não podem ser enquadrados no conceito de seguro. Contudo, a legislação permitiu que entidades seguradoras atuassem no ramo de previdência e nomeia os planos por elas oferecidos como seguro de vida.

¹⁸² Diz-se *a priori*, pois, em alguns casos, atingida a fase de benefício, os planos de previdência complementar podem assumir a feição securitária, a depender da modalidade de benefício que for escolhido pelo participante.

A nomenclatura atribuída aos planos oferecidos pelas companhias seguradoras induz a conclusões em sentido distinto da lógica demonstrada, fazendo com que alguns planos, nominados de seguro, no que tange aos efeitos decorrentes do óbito do respectivo titular, recebam tratamento próprio deste contrato, sem se revestirem de suas características nucleares.

Se do ponto de vista jurídico foi demonstrada a inexistência de natureza securitária, à primeira vista, dos contratos de previdência (cobertura por sobrevivência), a contabilidade, orientada pela proeminência da essência sobre a forma, deveria refletir a mesma posição, conforme se demonstrará a seguir.

2 Do reconhecimento contábil da contratação à liquidação das obrigações da entidade de previdência e da entidade seguradora, referentes a contratos de seguro e de plano de previdência complementar estruturado sobre o regime financeiro de capitalização (Lei Complementar n. 109/2001)

Aqui serão adotados os critérios de reconhecimento contábil constantes das obras *Contabilidade dos Produtos de Previdência Complementar Aberta* e *Contabilidade dos Contratos de Seguro*, ambas de autoria de Gabriel Caldas, Rodrigo Curvello e Adriano Rodrigues, cuja publicação foi executada pela Escola Nacional de Seguros.

2.1 Contrato de previdência complementar

Inicia-se pela demonstração do reconhecimento contábil dos fatos relacionados aos planos de previdência complementar. Em razão da existência de planos de previdência nomeados pela legislação como seguros, os citados autores esclarecem:

Como o foco desta obra é auxiliar as entidades de previdência completar e sociedades seguradoras (as quais chamaremos, a partir deste ponto de *entidades de previdência*) e a maior diferença entre esses produtos é o tratamento tributário que será dado ao consumidor, abordaremos, para fins didáticos, como um produto único, alertando apenas quando existirem peculiaridades entre eles [...]

Pelo motivo exposto, para fins didáticos, usaremos a nomenclatura produtos de previdência complementar aberta, de modo a englobar os produtos regulamentados como previdência e como seguro com cobertura de sobrevivência¹⁸³.

¹⁸³ CALDAS, G.; CURVELLO, R.; RODRIGUES, A. **Contabilidade dos produtos de previdência complementar aberta**. Rio de Janeiro, Escola Nacional de Seguros, 2018, p. 40.

Daí, pela semelhança já mencionada, os lançamentos relativos a PGBL e VGBL serão tratados como uma só modalidade, até porque ambos carregam idêntica natureza fática.

A primeira característica do reconhecimento contábil da contratação do plano de previdência é relativa ao regime de competência. Nesse caso, o regime é mitigado, pois só se admite contabilmente a operação quando há o efetivo ingresso de recurso no caixa da entidade. Isso porque, o participante não está obrigado a fazer os aportes periodicamente, e tal aporte não representa, em contrapartida, um direito da entidade¹⁸⁴. Essa definição se dá com base no art. 121 da Circular SUSEP n. 517/2015.

Importante, nessa mesma linha, é a caracterização atribuída pelos citados autores ao ingresso de recursos na entidade em decorrência do contrato previdenciário: “Como já explicado, em verdade, a maior parte dessa contribuição nem mesmo é uma genuína receita contábil, **sendo um componente de depósito**, um recurso que será **acumulado e devolvido** ao participante no futuro. [...]”¹⁸⁵ (grifos nossos).

Isto posto, serão demonstrados o reconhecimento do aporte; a constituição da provisão matemática de benefícios a conceder – PMBAC; o reconhecimento do excedente financeiro; o resgate e a liquidação do benefício em pagamento único. Apenas para fins didáticos, foram desconsideradas outras repercussões periféricas que não prejudicarão nas conclusões a serem extraídas.

Quadro 1 – Reconhecimento do aporte – Ingresso do recurso no caixa.

D/C	Código	Subgrupo/Conta/Subconta/ Desdobramentos da Subconta	Valor
D	11131	Disponível/ <u>Bancos Conta Depósitos/Bancos</u> <u>Conta Depósitos – Movimento – País (A)</u>	
C	21551	<u>Depósitos de Terceiros/Valores a Reclassificar</u> <u>– Previdência Complementar/Valores a</u> <u>Reclassificar – Previdência Complementar (P)</u>	Valor do crédito em conta não identificado

Fonte: CALDAS, G.; CURVELLO, R.; RODRIGUES, A. **Contabilidade dos produtos de previdência complementar aberta**. Rio de Janeiro, Escola Nacional de Seguros, 2018, p. 97.

¹⁸⁴ CALDAS, G.; CURVELLO, R.; RODRIGUES, A. **Contabilidade dos produtos de previdência complementar aberta**. Rio de Janeiro, Escola Nacional de Seguros, 2018, p. 95.

¹⁸⁵ CALDAS, G.; CURVELLO, R.; RODRIGUES, A. **Contabilidade dos produtos de previdência complementar aberta**. Rio de Janeiro, Escola Nacional de Seguros, 2018, p. 95.

Quadro 2 – Reconhecimento do aporte – Reversão da contrapartida do ingresso do recurso no caixa.

D/C	Código	Subgrupo/Conta/Subconta/ Desdobramentos da Subconta	Valor
D	21551	<u>Depósitos de Terceiros/Valores a Reclassificar</u> <u>– Previdência Complementar/Valores a</u> <u>Reclassificar – Previdência Complementar (P)</u>	
C	331281 ou 311111*	<u>Rendas de Contribuições/Receitas de</u> <u>Contribuições – Planos Não Bloqueados/</u> <u>Planos de Contribuição</u> <u>Variável/Riscos Recebidos (R)</u> ou <u>Prêmios Ganhos/Prêmios Emitidos/Prêmios de</u> <u>Seguros/Diretos/Prêmios – Riscos Emitidos (R)*</u>	Valor do aporte identificado

* Utilizar esta conta contábil para os produtos classificados como seguros.

Fonte: CALDAS, G.; CURVELLO, R.; RODRIGUES, A. **Contabilidade dos produtos de previdência complementar aberta**. Rio de Janeiro, Escola Nacional de Seguros, 2018, p. 98.

Nesse lançamento, foi reconhecido o ingresso do recurso no caixa (débito em caixa - ativo) decorrente do recebimento da contribuição e a obrigação de redirecionar esse recurso conforme a sua classificação (crédito em valores a reclassificar-passivo).

Em seguida, identificada a natureza do recebimento, reclassificou-se o ingresso, mediante o estorno do lançamento no passivo (débito em valores a reclassificar), passando para uma receita (crédito em conta de resultado).

Quadro 3 – Reconhecimento do aporte - Aplicação do aporte em quotas de fundo de investimento.

D/C	Código	Subgrupo/Conta/Subconta/ Desdobramentos da Subconta	Valor
D	11261111	<u>Aplicações/Quotas de Fundos de</u> <u>Investimentos/Vinculadas à Cobertura</u> <u>de Provisões Técnicas/Quotas de</u> Fundos de Investimentos Especialmente Constituídos/Fundos Especialmente Constituídos – Garantidoras de Planos de Benefícios/Valor Original	
C	11131	<u>Disponível/Bancos Conta Depósitos/</u> <u>Bancos Conta Depósitos – Movimento –</u> <u>País (A)</u>	Valor da contribuição menos carregamento cobrado

Fonte: CALDAS, G.; CURVELLO, R.; RODRIGUES, A. **Contabilidade dos produtos de previdência complementar aberta**. Rio de Janeiro, Escola Nacional de Seguros, 2018, p. 99.

Reconhecida a receita, a contribuição é aplicada em aquisição de cotas de fundos de investimentos especialmente constituídos, mediante a retirada do recurso do caixa (crédito de caixa e débito em quotas de fundo de investimento – mudança de valores em conta do ativo). Importante lembrar que estes fundos são compostos por uma gama de ativos, cujo valor corresponderá ao valor da reserva individual do contratante, que poderá aumentar ou diminuir, conforme o desempenho da carteira.

Quadro 4 – Constituição da PMBAC – Reversão da receita e constituição da provisão.

D/C	Código	Subgrupo/Conta/Subconta/ Desdobramentos da Subconta	Valor
D	3322181	<u>Variação das Provisões Técnicas/Variação das Provisões Técnicas – Planos Não Bloqueados/Provisão Matemática de Benefícios a Conceder/Planos de Contribuição Variável/P.G.B.L</u>	
	ou 31183221*	ou <u>Prêmios Ganhos/Variação das Provisões Técnicas/Provisão Matemática de Benefícios a Conceder/Vida Individual e com Cobertura de Sobrevivência/Pagamento por Sobrevivência – Renda – Capitalização/Renda Vitalícia (R)*</u>	
C	2172181	<u>Provisões Técnicas – Previdência Complementar/Planos Não Bloqueados/Provisão Matemática de Benefícios a Conceder/Planos de Contribuição Variável/P.G.B.L. (P)</u>	Valor da contribuição pura
	ou 2163151*	ou <u>Provisões Técnicas – Seguros e Resseguros/Provisões Técnicas – Vida Individual e com Cobertura de Sobrevivência/Provisão Matemática de Benefícios a Conceder/Vida Gerador de Benefícios/Vida Gerador de Benefícios (P)*</u>	

* Utilizar esta conta contábil para os produtos classificados como seguros. No caso da conta 31183221, o último dígito será diferente para as diversas formas de renda, sendo "1" para renda vitalícia, "2" para renda temporária e "3" para renda por prazo certo.

Fonte: CALDAS, G.; CURVELLO, R.; RODRIGUES, A. **Contabilidade dos produtos de previdência complementar aberta**. Rio de Janeiro, Escola Nacional de Seguros, 2018, p. 100.

A entidade é remunerada somente por parte do valor da contribuição vertida, em razão disso, a maior parte do aporte deve ser direcionado a formar a reserva individual do participante, a qual ele tem o direito de sacar e de transferir, logo, não é receita da entidade e deve ser reconhecido como uma obrigação, pois será devolvida ao participante.

Procede-se, então, à reversão do resultado (débito em conta de resultado) e a constituição da provisão matemática de benefícios a conceder, que é a reserva individual do participante (crédito em conta do passivo).

Verifica-se, pela reversão, que existe uma redução do patrimônio líquido da entidade (débito no resultado), já que o passivo cresce, sem um novo ingresso de ativo (contrapartida do débito no resultado em crédito no ativo).

Quadro 5 – Reconhecimento do excedente financeiro

D/C	Código	Subgrupo/Conta/Subconta/ Desdobramentos da Subconta	Valor
D	362711	<u>Despesas Financeiras/Despesas Financeiras com Provisões Técnicas – Previdência Complementar – Planos Não Bloqueados/ Provisão Matemática de Benefícios a Conceder/Juros (R)</u>	
	ou 362411*	ou <u>Despesas Financeiras/Despesas Financeiras com Provisões Técnicas – Vida Individual e Vida com Cobertura de Sobrevida/ Provisão Matemática de Benefícios a Conceder/Juros (R)*</u>	
C	2172181	<u>Provisões Técnicas – Previdência Complementar/Planos Não Bloqueados/ Provisão Matemática de Benefícios a Conceder/Planos de Contribuição Variável/ P.G.B.L. (P)</u>	Remuneração da PMBAC conforme rentabilidade do FIE
	ou 2163151*	ou <u>Provisões Técnicas – Seguros e Resseguros/ Provisões Técnicas – Vida Individual e com Cobertura de Sobrevida/Provisão Matemática de Benefícios a Conceder/Vida Gerador de Benefícios/Vida Gerador de Benefícios (P)*</u>	

* Utilizar esta conta contábil para os produtos classificados como seguros. No caso da conta 31183221, o último dígito será diferente para as diversas formas de renda, sendo "1" para renda vitalícia, "2" para renda temporária e "3" para renda por prazo certo.

Se o fundo de investimento render, haverá um aumento do valor do ativo, que, conforme visto nos lançamentos anteriores, corresponde a um direito do participante e não da entidade, razão pela qual, em contrapartida à majoração do ativo (direito), ocorrerá o aumento da obrigação da entidade (maior o direito do participante, maior a obrigação da entidade).

Também como apresentado nos lançamentos acima, os ingressos de recursos na entidade são reconhecidos, inicialmente, como uma receita, para só depois serem reclassificados, o que também ocorre com os rendimentos.

Então, a transferência dessa receita para o direito do participante (uma obrigação para a entidade) é feita por meio do reconhecimento de uma despesa (débito no resultado) com contrapartida no aumento da provisão matemática de benefícios a conceder (crédito em passivo).

Mais uma vez, foi revertido o aumento patrimonial da entidade para aumentar o seu passivo. Omitiu-se a majoração do ativo, pois sua forma de reconhecimento já está descrita no lançamento demonstrado no quadro de número 1.

Quadro 6 – Resgate.

D/C	Código	Subgrupo/Conta/Subconta/ Desdobramentos da Subconta	Valor
D	217294	Provisões Técnicas – Previdência Complementar/ <u>Planos Não Bloqueados/Outras Provisões</u> <u>Técnicas – Previdência Complementar/Provisão</u> de Resgates e Outros Valores a Regularizar (P)	
	ou 216394*	ou Provisões Técnicas – Seguros e Resseguros/ <u>Provisões Técnicas – Vida Individual e com</u> <u>Cobertura de Sobrevivência/Outras Provisões/</u> Provisão de Resgates e Outros Valores a Regularizar (P)*	
C	11131	Disponível/ <u>Bancos Conta Depósitos/Bancos</u> <u>Conta Depósitos – Movimento – País (A)</u>	Montante resgatado

* Utilizar esta conta contábil para os produtos classificados como seguros.

Fonte: CALDAS, G.; CURVELLO, R.; RODRIGUES, A. **Contabilidade dos produtos de previdência complementar aberta**. Rio de Janeiro, Escola Nacional de Seguros, 2018.

No resgate, o participante acessa o montante acumulado na provisão matemática de benefícios a conceder, o que demonstra ser ela a expressão de um direito seu e, em contrapartida, de uma obrigação da entidade para consigo.

Então, a entidade faz a ele um pagamento, reduzindo-se o valor de suas disponibilidades (crédito em caixa), diminuindo, em contrapartida, também a sua obrigação, já que ela foi paga (débito no passivo).

Nesse caso, o pagamento do resgate é precedido de uma troca de valores entre provisões, em razão da liquidação das contas do fundo de investimento mencionado. Omitiu-se o lançamento apenas para facilitar o entendimento.

O importante é entender que a entidade de previdência, no resgate, paga uma obrigação a um credor, ou seja, o participante que recebe a quantia tinha um direito junto à entidade. Note-se que houve uma redução do ativo, mas também, de maneira equivalente, do passivo, ou seja, o patrimônio da entidade permaneceu inalterado.

Quadro 7 – Liquidação de benefício em pagamento único – Reversão da PMBC e constituição da provisão para pagamento de benefícios

D/C	Código	Subgrupo/Conta/Subconta/ Desdobramentos da Subconta	Valor
D	2172181	Provisões Técnicas – Previdência Complementar/ <u>Planos Não Bloqueados/Provisão Matemática de</u> <u>Benefícios a Conceder/Planos de Contribuição</u> Variável/P.G.B.L.	
	ou 2163151**	ou Provisões Técnicas – Seguros e Resseguros/ <u>Provisões Técnicas – Vida Individual e com</u> <u>Cobertura de Sobrevivência/Provisão Matemática</u> <u>de Benefícios a Conceder/Vida Gerador de</u> <u>Benefícios/Vida Gerador de Benefícios*</u>	
C	2172617*	Provisões Técnicas – Previdência Complementar/ <u>Planos Não Bloqueados/Provisão de Sinistros</u> <u>a Liquidar/Administrativos/Plano de Renda –</u> <u>Aposentadoria – Capitalização (P)</u>	Saldo da PMBAC do participante
	ou 2163811**	ou Provisões Técnicas – Seguros e Resseguros/ <u>Provisões Técnicas – Vida Individual e com</u> <u>Cobertura de Sobrevivência/ Provisão de</u> <u>Sinistros a Liquidar/Administrativa/Seguros (P)*</u>	

* Renda vitalícia, renda temporária ou renda por prazo certo.

** Utilizar esta conta contábil para os produtos classificados como seguros.

Fonte: CALDAS, G.; CURVELLO, R.; RODRIGUES, A. **Contabilidade dos produtos de previdência complementar aberta**. Rio de Janeiro, Escola Nacional de Seguros, 2018, p. 113.

Quadro 8 – Liquidação de benefício em pagamento único – Pagamento ao assistido.

D/C	Código	Subgrupo/Conta/Subconta/ Desdobramentos da Subconta	Valor
D	2172617*	Provisões Técnicas – Previdência Complementar/ <u>Planos Não Bloqueados/Provisão de Sinistros a Liquidar/Administrativos/Plano de Renda – Aposentadoria – Capitalização (P)</u>	
	ou 2163811**	ou Provisões Técnicas – Seguros e Resseguros/ <u>Provisões Técnicas – Vida Individual e com Cobertura de Sobrevivência/ Provisão de Sinistros a Liquidar/Administrativa/Seguros (P)*</u>	
C	11131	Disponível/Bancos Conta Depósitos/ <u>Bancos Conta Depósitos – Movimento – País (A)</u>	Saldo da PMBAC do participante

* Renda vitalícia, renda temporária ou renda por prazo certo.

** Utilizar esta conta contábil para os produtos classificados como seguros.

Fonte: CALDAS, G.; CURVELLO, R.; RODRIGUES, A. **Contabilidade dos produtos de previdência complementar aberta**. Rio de Janeiro, Escola Nacional de Seguros, 2018, p. 114.

De forma análoga ao resgate, há um pagamento ao participante, agora assistido, e, portanto, um desembolso da entidade, com redução proporcional de seu passivo. Igualmente, verifica-se que o patrimônio da entidade se manteve inalterado.

Nesse caso, há um lançamento prévio ao desembolso, que é a alteração das provisões relativas a cada fase do plano de previdência complementar. É que a reserva do participante é chamada de provisão matemática de benefício a conceder somente antes da data determinada para o pagamento do benefício.

Da mesma forma apontada sobre o resgate, o primordial é perceber a relação existente entre o participante credor e a entidade devedora, denotando que houve uma acumulação de direito e que o patrimônio da entidade nada sofreu em razão do pagamento.

Além disso, importante notar que, mesmo transcorrida a data de sobrevivência (também chamada data de aposentadoria), a entidade de previdência (incluindo as seguradoras) continua tendo um passivo, cuja liquidação se dá mediante pagamento ao participante.

Demonstrados os lançamentos principais relativos aos planos de previdência, conforme verificado nos quadros acima, que contemplam também aqueles administrados por companhias

seguradoras, percebe-se claramente a existência de um direito acumulado do participante (obrigação da entidade) e que, por estar assim reconhecido, sua realização não impacta o patrimônio líquido desta. Ou seja, os pagamentos ao titular de um plano de previdência privada não importam em despesa para a entidade.

Logo, verifica-se que a entidade não se expôs a risco patrimonial, já que precisou pagar apenas o que recebeu e estava provisionado. Dessa forma, não se verifica contabilmente a ocorrência de álea, o que comprova a hipótese acima de que previdência complementar estruturada sob o regime financeiro de capitalização não pode ter natureza securitária.

Em outras palavras, não é possível afirmar ter havido qualquer assunção de risco por parte da entidade de previdência, o que, conforme colocado, seria característica própria do contrato de seguro.

2.2 Contrato de seguro

O primeiro apontamento relevante é aquele em que os autores da obra *Contabilidade dos Contratos de Seguro* delimitam o objeto de sua análise: “No que se refere aos produtos de seguro estruturados nos regimes financeiros de repartição simples e de repartição de capitais de cobertura, por vezes denominados **produtos de risco**, foco desta obra, [...]”¹⁸⁶ (grifo nosso). Aqui, já se tem um indício da dificuldade de, economicamente, caracterizar-se um contrato de capitalização, em que o próprio contratante é quem garante a indenização devida pela ocorrência de um sinistro, como seguro.

Relembre-se que o objetivo aqui é diferenciar do seguro os planos de previdência estruturados sob o regime financeiro de capitalização. Assim, a premissa adotada para os lançamentos contábeis já demonstra que os “produtos de risco”, contratos aleatórios, é que são seguro, ou seja, uma espécie distinta da previdência complementar.

Tendo em vista que a diferença conceitual já fora demonstrada, pretende-se agora verificar as repercussões dos conceitos, se existirem, no patrimônio das entidades.

E, para isso, serão apresentados os seguintes fatos: emissão do prêmio (preço cobrado pela seguradora para assumir a responsabilidade de um determinado risco relativo a fato futuro predeterminado e incerto), com a definição de prazo de cobertura e com o recebimento parcelado do prêmio, bem como a ocorrência, o aviso e o pagamento de sinistros

¹⁸⁶ CALDAS, G.; CURVELLO, R.; RODRIGUES, A. **Contabilidade dos contratos de seguro**. Escola Nacional de Seguros: Rio de Janeiro. 2015, p. 108.

Quadro 9 – Recebimento do prêmio

D/C	Código	Subgrupo/Conta/Subconta/ Desdobramentos da subconta	Valor
D	113111	Crédito das Operações/ <u>Prêmios a Receber/ Direto</u> /Prêmios – Riscos Vigentes Emitidos (A)	Prêmio bruto (-) IOF
C	3111111	Prêmios Ganhos/ <u>Prêmios Emitidos/ Prêmios de Seguros/Diretos</u> /Prêmios – Riscos Emitidos (R)	Prêmio comercial
C	113113	Crédito das Operações/ <u>Prêmios a Receber/ Direto</u> /Juros a Apropriar (A*)	Juros do fracionamento

Fonte: CALDAS, G.; CURVELLO, R.; RODRIGUES, A. **Contabilidade dos contratos de seguro**. Escola Nacional de Seguros: Rio de Janeiro. 2015, p. 113.

Reconhece-se o direito da entidade seguradora de receber o prêmio relativo ao seguro contratado, e dos juros relacionados ao parcelamento do pagamento do prêmio¹⁸⁷. Verifica-se, então, um aumento dos direitos da entidade (débito no ativo) e o reconhecimento de uma receita que resulta em aumento patrimonial (crédito em resultado).

Quadro 10 – Reversão da receita e constituição da provisão de prêmios não ganhos.

D/C	Código	Subgrupo/Conta/Subconta/ Desdobramentos da subconta	Valor
D	3118111	<u>Prêmios Ganhos/Variação das Provisões Técnicas/Provisão de Prêmios Não Ganhos/Prêmios Não Ganhos/Direto</u> (R)	–
C	2161111	Provisões Técnicas – Seguros e Resseguros/Provisões Técnicas – Danos (ou Pessoas)/ <u>Provisão de Prêmios Não Ganhos/Direto/Riscos Emitidos</u> (P)	Prêmio comercial (-) parcela destinada a custos iniciais

Fonte: CALDAS, G.; CURVELLO, R.; RODRIGUES, A. **Contabilidade dos contratos de seguro**. Escola Nacional de Seguros: Rio de Janeiro. 2015, p. 117

¹⁸⁷ Os juros são um redutor do ativo, pois eles só serão devidos caso o pagamento não seja antecipado. Assim, eles precisam ser reconhecidos pelas demonstrações contábeis, mas não podem ser considerados um direito da entidade. É como se fossem reconhecidos como uma expectativa de recebimento, com grande probabilidade de ocorrer.

Contudo, a receita ainda não foi de fato obtida, pois no exato momento da contratação, “dia zero”, não foi prestada nenhuma garantia ao segurado, o que só ocorrerá com o transcorrer do tempo e o contratante passar a estar exposto ao risco cuja cobertura esteja pagando.

Então, nessa situação, reverte-se a receita (débito no resultado), mediante a constituição de uma provisão para prêmios não ganhos (crédito no passivo), ou seja, prêmios que são devidos, mas cuja garantia ainda não foi entregue.

Trata-se, no entanto, de uma obrigação da entidade, pois caso não se preste a garantia, o valor recebido deverá ser devolvido. O patrimônio da entidade somente aumentará caso garantia seja prestada e for sendo reduzida a obrigação de devolver os prêmios reconhecidos no ativo.

Quadro 11 – Apropriação do prêmio devido, conforme decurso do prazo de prestação da garantia.

D/C	Código	Subgrupo/Conta/Subconta/ Desdobramentos da subconta	Valor
D	2161111	Provisões Técnicas – Seguros e Resseguros/ <u>Provisões Técnicas – Danos (ou Pessoas)/Provisão de Prêmios Não Ganhos/Direto/Riscos Emitidos (P)</u>	–
C	3118111	<u>Prêmios Ganhos/Variação das Provisões Técnicas/Provisão de Prêmios Não Ganhos/Prêmios Não Ganhos/Direto (R)</u>	Base de cálculo da PPNG x (período de vigência decorrido / prazo de vigência do risco)

Fonte: CALDAS, G.; CURVELLO, R.; RODRIGUES, A. **Contabilidade dos contratos de seguro**. Escola Nacional de Seguros: Rio de Janeiro. 2015, p. 117.

Com o decurso do tempo e a exposição do segurado ao risco, a garantia vai sendo prestada e a receita é reconhecida, por meio de reversão da provisão de prêmios não ganhos, para o resultado.

A cada momento em que a garantia é prestada, a obrigação de devolver os prêmios reconhecidos proporcionalmente diminui. Ou seja, o passivo diminui sem uma perda de ativos, pelo que o resultado é novamente reconhecido. Há aqui um imediato aumento do patrimônio da entidade (redução de passivo sem redução de ativo).

Quadro 12 – Recebimento do aviso de ocorrência do sinistro, com criação da provisão para pagamento da indenização.

D/C	Código	Subgrupo/Conta/Subconta/ Desdobramentos da subconta	Valor
D	3131111	Sinistros Ocorridos/ <u>Sinistros/Indenizações</u> <u>Avisadas/Administrativas (ou Judiciais)/</u> Direto (R)	–
C	2161511	Provisões Técnicas – Seguros e Resseguros/ <u>Provisões Técnicas – Danos (ou Pessoas)/</u> <u>Provisão de Sinistros a Liquidar/</u> Administrativas (ou Judiciais)/Direto (P)	Estimativa da indenização

Fonte: CALDAS, G.; CURVELLO, R.; RODRIGUES, A. **Contabilidade dos contratos de seguro**. Escola Nacional de Seguros: Rio de Janeiro. 2015, p. 131.

Com o aviso da ocorrência de um sinistro, é criada uma provisão para o seu pagamento, mediante a estimativa do montante a ser pago. Diversamente da previdência complementar, o montante para o pagamento da indenização não sai de uma provisão formada por aportes do segurado, nem de uma fonte que represente direito de terceiros. No caso do seguro, é reconhecida uma despesa (débito no resultado) e, então, a partir desse momento, uma nova obrigação da entidade para com o segurado (crédito no passivo). Ou seja, há uma redução patrimonial (aumenta passivo sem ingresso de ativo).

Importante ressaltar que não há nenhuma equivalência entre prêmios recebidos e o montante provisionado para o pagamento do sinistro, o que demonstra que a entidade, ao firmar um contrato de seguro, está exposta ao risco de perda.

Quadro 13 – Complementação do valor da indenização.

D/C	Código	Subgrupo/Conta/Subconta/ Desdobramentos da subconta	Valor
D	3131131	<u>Sinistros Ocorridos/Sinistros/Indenizações</u> <u>Avisadas/Variação de Sinistros IBNER –</u> ajuste PSL/Direto (R)	–
C	21615511	<u>Provisões Técnicas – Seguros e Resseguros/</u> <u>Provisões Técnicas – Danos (ou Pessoas)/</u> <u>Provisão de Sinistros a Liquidar/IBNER/</u> Administrativo (ou Judicial)/Direto (P)	IBNER calculado

Fonte: CALDAS, G.; CURVELLO, R.; RODRIGUES, A. **Contabilidade dos contratos de seguro**. Escola Nacional de Seguros: Rio de Janeiro. 2015, p. 132.

Se após a verificação do montante a pagar for apurado um valor maior do que o estimado, há o reconhecimento de uma nova despesa, em contrapartida ao reconhecimento de uma provisão, o que representa um complemento da obrigação surgida perante o segurado. Nesse momento, se consolida a despesa final e, por consequência, a redução final do patrimônio da entidade seguradora.

Quadro 14 – Pagamento da indenização e liquidação do respectivo passivo.

D/C	Código	Subgrupo/Conta/Subconta/ Desdobramentos da subconta	Valor
D	2161511	<u>Provisões Técnicas – Seguros e Resseguros/</u> <u>Provisões Técnicas – Danos (ou Pessoas)/</u> <u>Provisão de Sinistros a Liquidar/</u> Administrativas (ou Judiciais)/Direto (P)	–
C	11131	<u>Disponível/Bancos Conta Depósitos/Bancos</u> <u>Conta Depósitos – Movimento – País (A)</u>	Indenização paga

Fonte: CALDAS, G.; CURVELLO, R.; RODRIGUES, A. **Contabilidade dos contratos de seguro**. Escola Nacional de Seguros: Rio de Janeiro. 2015, p. 133.

Feita a verificação do valor, procede-se à liquidação, com o desembolso de caixa (crédito de caixa) e a baixa do passivo (débito de passivo).

Repita-se, finalizando a obrigação da entidade seguradora com o segurado, não há qualquer contrapartida do pagamento em conta de passivo relativa ao provisionamento dos prêmios, pelo que não há uma simetria entre recebimentos e pagamentos. O direito do segurado surge na demonstração contábil devido ao reconhecimento de uma despesa da entidade.

Assim, se não houvesse o sinistro e nada fosse devido ao segurado, não haveria a baixa de um passivo (débito no passivo) já que, conforme demonstrado, o direito do segurado perante a entidade só surge com a sua ocorrência; também não haveria o reconhecimento de uma receita (crédito no resultado), visto que inexistindo uma obrigação da entidade equivalente à indenização contratada, ela nada ganharia para além dos prêmios que lhe foram pagos.

Isso demonstra a álea a que se submetem as partes, pois a indenização não guarda relação de equivalência com o prêmio pago (por parte do segurado), nem, tampouco, o pagamento do prêmio garante ao segurado o recebimento de qualquer montante¹⁸⁸.

3 Conclusões

Dos apontamentos aqui colocados, verifica-se que tanto conceitualmente, quanto em sua expressão econômica e patrimonial, o contrato de previdência não se confunde com o contrato de seguro. Nem mesmo no caso em que a legislação nomeie como seguro determinada modalidade de previdência privada, esta não assume tal condição, já que a simples nomenclatura não importa nos efeitos econômicos e jurídicos do seguro.

A contabilidade esclareceu que nos contratos de previdência estruturados sob o regime financeiro de capitalização, a entidade que administra os aportes do participante não se expõe a risco decorrente de estipulação contratual, tanto que não suporta qualquer perda no pagamento feito ao contratante, em razão da cobertura por sobrevivência. Na previdência privada, o benefício pretendido pelo participante será custeado por seus próprios aportes e, *a priori*, estará a eles limitados¹⁸⁹.

Já no contrato de seguro, em que não há capitalização de aportes, o pagamento do sinistro não se vincula a qualquer direito acumulado pelo segurado. Nesse caso, as provisões formadas a partir do pagamento do prêmio são somente uma maneira de se fazer reconhecer a receita à medida que seja prestada a garantia ao segurado. A ocorrência do sinistro e,

¹⁸⁸ CALDAS, G.; CURVELLO, R.; RODRIGUES, A. **Contabilidade dos produtos de previdência complementar aberta**. Rio de Janeiro, Escola Nacional de Seguros, 2018, p. 111-136

¹⁸⁹ Como se apontou no decorrer da parte principal deste trabalho, em alguns casos o plano de previdência privada, durante a fase de benefício, pode assumir natureza securitária, hipótese em que a conclusão aqui descrita não se aplica.

consequentemente, o reconhecimento do dever de indenizar importam em uma despesa para a seguradora, equivalente ao valor da indenização que passa a ser devida a partir de então, e, como tal, impacta negativamente o seu patrimônio, o que não ocorre com os produtos de previdência.

Por todo o exposto, considera-se que a contabilidade corrobora os conceitos jurídicos invocados para diferenciar previdência complementar estruturada sob o regime financeiro de capitalização dos contratos de seguro.

Sendo assim, restou demonstrado, mais uma vez, que as alegações de não incidência do ITCMD em transmissões de bens e direitos relativos a plano de previdência complementar, com fundamento em sua natureza securitária, não merecem subsistir.

GLOSSÁRIO

Expressões técnicas do mercado de previdência complementar

Para melhor compreensão deste texto, conhecer alguns termos específicos do mercado de previdência complementar é de grande valia.

Diante disso, para que o leitor não precise buscar material complementar para compreender o conteúdo discutido, foram extraídos de algumas publicações os termos essenciais que identificam a natureza dos planos de previdência complementar.

Este apêndice é uma ferramenta para ser utilizada junto à leitura do texto (não somente antes, nem apenas ao final da leitura). Isto porque, ter precisão conceitual é fundamental para se obter clareza sobre as conclusões extraídas do trabalho.

Com essa finalidade, foi elaborado esse glossário de termos técnicos com base nos estudos já oferecidos pela Superintendência de Seguros Privados (SUSEP)¹⁹⁰, somado à Coletânea de Normas dos Fundos de Pensão de 2019¹⁹¹ e ao material divulgado pela Secretaria de Políticas de Previdência Complementar (SPPC)¹⁹², extraído de cada um deles as definições que, melhor descrevem cada componente do instituto central da obra. São termos que se aplicam tanto aos planos administrados por EAPC, quanto por EFPC.

Assistido: pessoa física em gozo do benefício sob a forma de renda;

Beneficiários: as pessoas indicadas na proposta de inscrição ou em documento específico, para receber o pagamento relativo ao benefício contratado, no caso dos planos cujo evento gerador do benefício seja a morte do participante, ou o próprio participante no caso dos planos cujo evento gerador seja a sobrevivência ou a invalidez. Caso esteja previsto em regulamento e, a estrutura técnica do plano o permita, a provisão matemática de benefícios a conceder será disponibilizada aos beneficiários em caso de óbito do participante durante o período de diferimento;

Benefício: o pagamento recebido pelos beneficiários em função da ocorrência do evento gerador durante o período de cobertura;

Carregamento: o percentual incidente sobre as contribuições pagas pelo participante, para fazer face às despesas administrativas, de corretagem e de colocação do plano;

¹⁹⁰ SUSEP. **Superintendência de Seguros Privados**. Disponível em: <http://www.susep.gov.br/menu/informacoes-ao-publico/planos-e-produtos/previdencia-complementar-aberta#planorisco>. Acesso em: 14 jan. 2020.

¹⁹¹ FUNDOS DE PENSÃO. **Coletânea de Normas**. Atualizada até junho 2019. Disponível em: <http://sa.previdencia.gov.br/site/2019/07/Coletanea-de-Normas-Junho2019.pdf>. Acesso em: 14 jan. 2020.

¹⁹² PREVIDÊNCIA SOCIAL. **Dicionário de termos e conceitos mais usados no Regime de Previdência Complementar**. Secretaria de Políticas der Previdência Complementar. Brasília, maio 2011. Disponível em: http://sa.previdencia.gov.br/site/arquivos/office/3_111006-094552-172.pdf. Acesso em: 17 dez. 2019.

Cobertura de risco: garante o pagamento de benefício aos beneficiários indicados, em caso de morte do participante, ou ao próprio participante, no caso da sua invalidez total e permanente;

Cobertura por sobrevivência: garante o pagamento de benefício pela sobrevivência do participante ao período de diferimento contratado;

Comunicabilidade: instituto que, na forma regulamentada, permite a utilização de recursos da provisão matemática de benefícios a conceder, referente à cobertura por sobrevivência, para o custeio de cobertura (ou coberturas) de risco, inclusive valor de impostos e do carregamento, quando for o caso;

Contribuição: o valor pago à EAPC para o custeio do plano contratado;

Direito acumulado: Corresponde às reservas constituídas pelo participante ou à reserva matemática, o que lhe for mais favorável.

EAPC: é a Entidade Aberta de Previdência Complementar ou Sociedade Seguradora autorizada a instituir planos de previdência complementar aberta;

EFPC: Entidade Fechada de Previdência Complementar. Sociedade civil ou fundação, sem fins lucrativos, que tem por finalidade instituir planos privados de concessão de benefícios. Popularmente conhecida como Fundo de Pensão.

Evento gerador: a morte, a invalidez total e permanente ou a sobrevivência do participante ocorrida durante o período de cobertura do plano;

Excedente financeiro: Diferença positiva entre a rentabilidade exigida pelo plano de benefícios e aquela obtida como resultado no investimento dos recursos garantidores das reservas do plano.

Extratos previdenciários: ao participante receberá, no máximo, anualmente extrato do plano previdenciário, contendo, no mínimo, o valor dos benefícios contratados e/ou o saldo atualizado de sua provisão matemática de benefícios a conceder, se for o caso. Independentemente da emissão do extrato, a entidade deverá prestar informações sempre que solicitadas pelo participante e/ou beneficiários.

FIE: o fundo de investimento especialmente constituído ou o fundo de investimento em quotas de fundos de investimento especialmente constituídos, cujos únicos quotistas sejam, direta ou indiretamente, sociedades seguradoras e entidades abertas de previdência complementar ou, no caso de fundo com patrimônio segregado, segurados e participantes de planos Vida Gerador de Benefício Livre (VGBL) ou Plano Gerador de Benefício Livre (PGBL);

Mutualismo: Princípio pelo qual todos aqueles que contribuem individualmente colaboram para formar um fundo único. Quando um ou mais desses mutuários (ou seus beneficiários) têm a necessidade de recorrer aos recursos previstos em contrato, é exatamente a este fundo comum que os administradores do plano recorrerão para atender às necessidades dos participantes. O mutualismo determina que os riscos inerentes de um plano de benefícios sejam distribuídos entre todos os participantes;

Participante: a pessoa física que contrata o plano;

Plano: o conjunto de direitos e obrigações, conforme descrito no regulamento e na respectiva Nota Técnica Atuarial (NTA);

Plano conjugado: aquele que, no momento da contratação, preveja cobertura por sobrevivência e cobertura (ou coberturas) de risco, com o instituto da comunicabilidade, respeitadas a regulamentação específica e as demais normas complementares a serem editadas pela SUSEP;

Portabilidade: instituto que, durante o período de diferimento, e na forma regulamentada, permite movimentar recursos da provisão matemática de benefícios a conceder;

Prazo de diferimento: período de tempo compreendido entre a data da contratação do plano pelo participante e a data escolhida por ele para o início da concessão do benefício, podendo coincidir com o prazo de pagamento das contribuições;

Provisão matemática de benefícios a conceder: corresponde aos compromissos da EAPC com os participantes dos respectivos planos, relativamente aos benefícios a conceder por rendas e pecúlios sob o regime financeiro de capitalização;

Provisão matemática de benefícios concedidos: constituída pela EAPC, a partir da ocorrência do evento gerador, destinada a garantir o pagamento ao beneficiário da renda contratada;

Regime financeiro de capitalização: a estrutura técnica em que as contribuições são determinadas de modo a gerar receitas capazes de ser capitalizadas durante o período de cobertura, produzir montantes equivalentes aos valores atuais dos benefícios a serem pagos aos beneficiários no respectivo período;

Regime financeiro de repartição de capitais de cobertura: a estrutura técnica em que as contribuições pagas por todos os participantes do plano, em um determinado período, deverão ser suficientes para constituir as provisões matemáticas de benefícios concedidos, decorrentes dos eventos ocorridos neste período;

Regime financeiro de repartição simples: a estrutura técnica em que as contribuições pagas por todos os participantes do plano, em um determinado período, deverão ser suficientes para pagar os benefícios decorrentes dos eventos ocorridos nesse período;

Renda: o benefício representado por uma série de pagamentos mensais ao beneficiário;

Resgate: a restituição ao participante do montante acumulado na provisão matemática de benefícios a conceder relativa ao seu benefício. O resgate é obrigatório nos planos de benefício por sobrevivência (aposentadoria), é concedido ao participante que desistir do plano, no valor correspondente ao montante acumulado em sua provisão matemática de benefícios a conceder. Nos demais planos, deverá ser observado o contrato (regulamento).

Os planos estruturados no regime financeiro de repartição, devido à natureza do regime, não permitem concessão de resgate, de saldamento ou devolução de quaisquer contribuições pagadas, uma vez que cada contribuição é destinada a custear o risco de pagamento de benefício no período. Para planos de benefício por sobrevivência (aposentadoria) com capitalização financeira durante o período de diferimento, no caso de morte do participante, será devido o resgate aos beneficiários indicados.

Pagamento único: no primeiro dia útil seguinte à data prevista para o término do período de diferimento, será concedido ao participante benefício sob a forma de pagamento único, calculado com base no saldo de provisão matemática de benefícios a conceder verificado ao término daquele período.

Renda mensal vitalícia: consiste em uma renda paga vitalícia e exclusivamente ao participante a partir da data de concessão do benefício. O benefício cessa com o falecimento do participante.

Renda mensal temporária: consiste em uma renda paga temporária e exclusivamente ao participante. O benefício cessa com o falecimento do participante ou o fim da temporariedade contratada, o que ocorrer primeiro.

Renda mensal vitalícia com prazo mínimo garantido: consiste em uma renda paga vitaliciamente ao participante a partir da data da concessão do benefício, sendo garantida aos beneficiários da seguinte forma: no momento da inscrição, o participante escolherá um prazo mínimo de garantia que será indicado na proposta de inscrição.

O prazo mínimo da garantia é contado a partir da data do início do recebimento do benefício pelo participante. Se durante o período de percepção do benefício ocorrer o falecimento do participante, antes de ter completado o prazo mínimo de garantia escolhido, o benefício será pago aos beneficiários conforme os percentuais indicados na proposta de inscrição, pelo período restante do prazo mínimo de garantia. No caso de falecimento do participante, após o prazo mínimo garantido escolhido, o benefício ficará automaticamente cancelado sem que seja devida qualquer devolução, indenização ou compensação de qualquer espécie ou natureza aos beneficiários. No caso de um dos beneficiários falecer antes de ter sido completado o prazo mínimo de garantia, o valor da renda será rateado entre os beneficiários remanescentes até o vencimento do prazo mínimo garantido. Não havendo qualquer beneficiário remanescente, a renda será paga aos sucessores legítimos do participante, pelo prazo restante da garantia.

Renda mensal vitalícia reversível ao beneficiário indicado: consiste em uma renda paga vitaliciamente ao participante a partir da data de concessão do benefício escolhida.

Ocorrendo o falecimento do participante, durante a percepção desta renda, o percentual do seu valor estabelecido na proposta de inscrição será revertido vitaliciamente ao beneficiário indicado. Na hipótese de falecimento do beneficiário, antes do participante e durante o período de percepção da renda, a reversibilidade do benefício estará extinta sem direito a compensações ou devoluções dos valores pagos. No caso de o beneficiário falecer, após já ter iniciado o recebimento da renda, o benefício estará extinto.

Renda mensal vitalícia reversível ao cônjuge com continuidade aos menores: Consiste em uma renda paga vitaliciamente ao participante a partir da data de concessão do benefício escolhida. Ocorrendo o falecimento do participante, durante a percepção desta renda, o percentual do seu valor estabelecido na proposta de inscrição será revertido vitaliciamente ao cônjuge e na falta deste, reversível temporariamente aos menores até que completem a idade para a maioridade (18, 21 ou 24) estabelecida no regulamento e conforme o percentual de reversão estabelecido.

Renda mensal por prazo certo: consiste em uma renda mensal a ser paga por um prazo pré-estabelecido ao participante/assistido. Na proposta de inscrição, o participante indicará o prazo máximo, em meses, contado a partir da data de concessão do benefício, em que será efetuado o pagamento da renda. Se, durante o período de pagamento do benefício, ocorrer o falecimento do participante/assistido antes da conclusão do prazo indicado, o benefício será pago ao

beneficiário (ou beneficiários), na proporção de rateio estabelecida, pelo período restante do prazo determinado. O pagamento da renda cessará com o término do prazo estabelecido. Na hipótese de um dos beneficiários falecer, a parte a ele destinada será paga aos sucessores legítimos, observada a legislação vigente. Na falta de beneficiário nomeado, a renda será paga aos sucessores legítimos do participante-assistido, observada a legislação vigente. Não havendo beneficiário nomeado ou, ainda, em caso de falecimento de beneficiário, a renda será provisionada mensalmente, durante o decorrer do restante do prazo determinado, sendo o saldo corrigido pelo índice de atualização de valores previsto no regulamento do plano contratado, até que identificados os sucessores legítimos a quem deverão ser pagos o saldo provisionado e, se for o caso, os remanescentes pagamentos mensais.