

CLÁUDIA OREFICE CAVALLINI

**O BIS IN IDEM QUE OCORRE NO IMPOSTO DE RENDA
INCIDENTE NA COMPLEMENTAÇÃO DE
APOSENTADORIA DAS ENTIDADES FECHADAS DA
PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR**

Brasília

2006

CLÁUDIA OREFICE CAVALLINI

**O BIS IN IDEM QUE OCORRE NO IMPOSTO DE RENDA
INCIDENTE NA COMPLEMENTAÇÃO DE
APOSENTADORIA DAS ENTIDADES FECHADAS DA
PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR**

*Monografia apresentada à banca
examinadora do Instituto Brasiliense de
Direito Público como exigência parcial
para obtenção do grau de especialista
em Direito Tributário e Finanças
Públicas sob a orientação da
Professora Ministra Eliana Calmon*

**Brasília
2006**

CLÁUDIA OREFICE CAVALLINI

**O BIS IN IDEM QUE OCORRE NO IMPOSTO DE RENDA
INCIDENTE NA COMPLEMENTAÇÃO DE
APOSENTADORIA DAS ENTIDADES FECHADAS DA
PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR**

*Monografia apresentada à banca
examinadora do Instituto Brasiliense de
Direito Público como exigência parcial
para obtenção do grau de especialista
em Direito Tributário e Finanças
Públicas sob a orientação da
Professora Ministra Eliana Calmon.*

Aprovado pelos membros da banca examinadora em ____/____/____, com
menção _____ (_____).

Banca Examinadora:

Presidente: Prof. Dr.
Instituição a que pertence

Integrante: Prof. Dr.
Instituição a que pertence

Integrante: Prof. Dr.
Instituição a que pertence

Ao meu idolatrado pai, que sempre me apoiou em todos os momentos.

À minha querida mãe, amiga de todas as horas, que eu amo tanto.

*Agradeço a Roberto Mohamed Amin
Júnior, por tudo.*

RESUMO

CAVALLINI, Cláudia Orefice. *O bis in idem que ocorre no Imposto de Renda incidente na Complementação de Aposentadoria das Entidades Fechadas da Previdência Complementar*. 2006. 57 fls. Dissertação (Pós-Graduação em Direito) – Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2006.

Pesquisa sobre o *bis in idem* que ocorre no imposto de renda incidente na complementação de aposentadoria das entidades fechadas de previdência complementar. Constata-se que durante todos os anos em que uma pessoa contribui para o fundo de pensão, há incidência do imposto de renda sobre a parcela da contribuição destinada ao custeio da futura aposentadoria e no momento que a mesma passa a perceber mensalmente tal complementação de aposentadoria, novamente há incidência de imposto de renda. Há anos esse tema é motivo de inúmeras ações judiciais e recentemente o Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento no sentido de que aquelas pessoas que recolheram imposto de renda sobre as contribuições que efetuavam para as entidades fechadas, efetivamente não podem sofrer nova tributação no momento do recebimento da complementação de aposentadoria, pois esse dinheiro já sofreu a tributação na fonte anteriormente.

Palavras-chave: *bis in idem*. Complementação de Aposentadoria. Entidades Fechadas. Previdência Complementar. Imposto de Renda. Fundo de Pensão. Tributação. Superior Tribunal de Justiça.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
Capítulo 1 - A Previdência Privada	10
1.1 Conceito e Natureza Jurídica	10
1.1.1 Entidades Abertas	14
1.1.2 Entidades Fechadas	15
1.2 Diferenças entre as Entidades Abertas e Fechadas	16
1.3 As Receitas das Entidades Fechadas de Previdência Privada	18
Capítulo 2 - O que é a Complementação de Aposentadoria paga pelas Entidades Fechadas da Previdência Complementar?	20
2.1 Do Conceito Jurídico dos Fundos de Pensão	21
2.2 Diferença entre Resgate, Rateio e Complementação de Aposentadoria	22
Capítulo 3 - O bis in idem	23
3.1 Conceito	23
3.2 O bis in idem do Imposto de Renda incidente na Complementação de Aposentadoria	24
Capítulo 4 - A Ação Judicial	27
4.1 Objetivo da Ação	27
4.2 Entendimento Predominante dos nossos Tribunais	27
4.3 Prazo Prescricional	29
Capítulo 5 - Posicionamentos Jurisprudenciais	37
CONCLUSÃO	50
REFERÊNCIAS	51

INTRODUÇÃO

A presente monografia tem por objetivo a análise do *bis in idem* que ocorre no imposto de renda incidente na Complementação de Aposentadoria paga pelos Fundos de Pensão.

Serão abordados aspectos doutrinários e processuais, bem como seu reflexo na Jurisprudência.

A isenção do imposto de renda sobre o benefício pago pelas Entidades Fechadas de Previdência Complementar é uma tese que vem sendo discutida há anos nos Tribunais.

O que se objetiva nas ações judiciais é o cessamento do desconto de imposto de renda retido na fonte sobre os proventos pagos pelos Fundos de Pensão desde a data em que o benefício foi concedido, respeitando a prescrição de 10 (dez) anos.

A fundamentação das inúmeras ações existentes atualmente dá-se pelo fato de haver duplicidade na incidência sobre a mesma base tributável, sendo ponderados os seguintes aspectos:

- o valor da contribuição já era tributado;
- o Fundo de Pensão era imune;
- a participação do Fundo de Pensão também se originou de valor que compunha sua base tributável de imposto de renda;

- a aposentadoria é a distribuição e retorno do próprio patrimônio do contribuinte.

Ainda no desenvolvimento desta teceremos considerações a respeito das Leis 7.713/88 e 9.250/95 e a influência das mesmas na tese que cuida o presente estudo.

Capítulo 1

A PREVIDÊNCIA PRIVADA

1.1 Conceito e Natureza Jurídica

As entidades de Previdência Privada ou também chamada de entidades de Previdência Complementar, no Brasil, bem como em outras partes do mundo, possuem características de serem complementares à Previdência Social prestada pelo Estado, e em momento algum devem ser confundidas.

Antes, contudo, de ter a sua atividade regulamentada no Brasil, em 1977, através da revogada Lei nº 6.435, poucas eram as alternativas de previdência privada. Existiam apenas algumas entidades abertas organizadas sob a forma de montepios e com pouca penetração no mercado. Eram oferecidos planos individuais, que praticamente deixaram de existir, pela falta de receptividade junto ao público.

No campo dos benefícios oferecidos pelas empresas, conheciam-se somente os fundos contábeis, provisões que os empresários faziam com o objetivo de ajudar na aposentadoria e na pensão de seus funcionários, por mera liberalidade, sem que os mesmos contribuíssem.

Esses valores constavam do passivo das empresas, numa iniciativa exclusiva dos empresários que não encontravam amparo em qualquer tipo de regulamentação do campo previdenciário.

Essa extensão tão remota estaria na versão de uma espécie de fundo de pensão concebido por Brás Cubas e que teria tido o objetivo de amparar os empregados mais antigos da Santa Casa de Misericórdia de Santos – Estado de

São Paulo. Seria esse o primeiro fundo de pensão caracterizável como previdência fechada estabelecido em nosso País.

Há quem identifique a "pré-história" da Previdência Complementar com o "Alvará Português", datado de 22/11/1684, o que seria a primeira versão do seguro privado no Brasil.

Mencionam-se ainda o Montepio dos Órfãos e Viúvas dos Oficiais da Marinha (02/09/1795), a Companhia de Seguro de Boa-Fé (1808) e uma aposentadoria para mestres e professores aos trinta anos de serviços, esta última de lavra de Dom Pedro I, Príncipe Regente.

Wagner Balera, ao discorrer sobre a previdência privada, elucida:

"Servem os entes supletivos, como estruturas de expansão do arcabouço de proteção, formando, como já se costuma dizer na França, segunda rede de seguridade social, em estreita colaboração com o Poder Público, no interior do aparato do bem-estar. Mas não perdem os traços característicos que são peculiares às pessoas privadas.

Por seu turno, a previdência privada é de índole contratual, negocial, engendrada e arrumada pelos interessados, constituída de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social. No negócio jurídico previdenciário privado vigora o princípio da autonomia da vontade".¹

Para regulamentar a atividade da Previdência Complementar, foi editada a Lei nº 6.435, de 15 de julho de 1977, posteriormente regulamentada pelo Decreto nº

¹ BALERA, Wagner. Sistema de Seguridade Social. São Paulo: LTr, 2004, p. 61/62.

81.240. Tais diplomas legais, dividiram a atividade em dois segmentos: previdência aberta e previdência fechada.

Atualmente, essas entidades são regidas pela Lei Complementar nº 109 de 29 de maio de 2001, nos seguintes termos:

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

Art. 2º - O regime de previdência complementar é operado por entidades de previdência complementar que têm por objetivo principal instituir e executar planos de caráter previdenciário, na forma desta Lei Complementar.

As principais características da Previdência Complementar, que permitem circunscrever sua essência e o contorno, compatíveis com a realidade desse instrumental social protetivo, são listadas por Wladimir Novaes Martinez ²:

Facultatividade de ingresso – tanto a patrocinadora quanto a entidade gestora não podem obrigar o empregado;

Subsidiariedade da básica – é de fundamental importância principalmente no segmento fechado, consiste em o exercício do direito do titular estar concretamente condicionado ao estatal;

Complementaridade do valor – além de subordinada à oficial, a importância avançada, quando convencionada, está adstrita ao nível do benefício devido pelo órgão gestor;

² MARTINEZ, Wladimir Novaes. Primeiras Lições de Previdência Complementar. São Paulo: LTr, 1996.

Solidariedade entre as pessoas – é princípio jurídico e instrumental técnico, essência e razão de ser da Previdência Social, básica ou complementar. Sem ela alicerçar os esteios da proteção social, inexistem modalidades securitárias;

Submissão ao Direito Privado – apesar do intervencionismo estatal, a previdência complementar é relação jurídica estabelecida no âmbito do Direito Privado. A adesão ao contrato de seguro firmado entre o participante e o fundo de pensão, no caso da fechada, bem como da aberta, pertence à esfera do Direito Civil, e por ele é regulada.

Observância do cálculo atuarial – desde a instituição, antes da aprovação da entidade, o empreendimento deve ter a assistência técnica do atuário;

Regimes financeiros obrigatórios – consubstanciado no art. 44 da revogada Lei nº 6.435/77 estabeleceu-se os regimes financeiros a serem praticados: I – repartição simples – para o auxílio-doença, auxílio-natalidade, salário-família, salário-maternidade, pecúlio e auxílio-funeral; II – repartição de capital de cobertura – para a pensão por morte, auxílio-reclusão e pecúlio; e III – capitalização – para as aposentadorias de qualquer natureza;

Gestão colegiada transparente – num regime contributivo e protetivo de reservas vultosas e garantidoras do futuro, é absolutamente necessário ao participante ter conhecimento, não só das provisões como de todo o sistema, as contas do fundo de pensão, sua organização, como é gerenciado e por quem, além de tomar ciência do destino e risco das aplicações;

Independência das pessoas jurídicas – são distintas, não se confundindo a provedora, patrocinadora ou mantenedora com o órgão gestor dos recursos

alocados. A entidade criada não faz parte do grupo econômico, não sendo, portanto, holding nem *franchising*, pouca tem com a instituidora, embora esta última, de alguma forma, participe de sua administração. Não há solidariedade de qualquer espécie, civil ou fiscal entre a mantenedora e a mantida;

Supervisão governamental – desde o seu surgimento até a sua extinção, o fundo de pensão é acompanhado pelo Governo Federal, embora goze de iniciativa institucional, é controlado, fiscalizado e auditado, sofrendo intervenção por parte do Ministério da Previdência Social. As abertas, no entanto, são monitoradas pelo Ministério da Fazenda, particularmente pela Superintendência de Seguros Privados – SUSEP.

Muito embora haja nascido primeiro que a previdência oficial, a Previdência Complementar é, sem dúvida, um dos sustentáculos do Sistema de Seguridade Social, sem o qual grande parte dos trabalhadores brasileiros ficariam a mercê de, na velhice, sobreviver com recursos financeiros muito aquém daqueles considerados como mínimos para a sobrevivência.

1.1.1 Entidades Abertas

Na esteira da Lei Complementar nº 109/2001, as entidades abertas, com finalidade lucrativa, são constituídas unicamente sob a forma de sociedades anônimas e têm por objetivo instituir e operar planos de benefícios de caráter previdenciários concedidos em forma de renda continuada ou pagamento único, acessíveis a quaisquer pessoas físicas (artigo 36). Têm, portanto, caráter comercial e não são órgãos previdenciários. São um segmento do Sistema Nacional de

Seguros Privados, devendo ser reguladas, no que couber, pela legislação aplicável às entidades de seguro privado.

As entidades abertas de previdência complementar, foram enquadradas na área de competência do Ministério da Fazenda, através da Superintendência Nacional de Seguros Privados – SUSEP, embora seja interessante notar que à época da edição da Lei nº 6.435/77, tenham sido elas enquadradas na área de competência do Ministério do Comércio e Indústria.

1.1.2 Entidades Fechadas

As entidades fechadas, sem fins lucrativos, se constituem sob forma de fundação ou de sociedade simples, e são acessíveis apenas aos empregados de uma empresa ou grupo de empresas, aos associados ou membros de pessoas jurídicas de caráter profissional, classista ou setorial, consoante especifica a Lei Complementar nº 109/2001, em seu art. 31. Têm por finalidade essencial a complementação, através de uma ação subsidiária, dos programas previdenciários oficiais, em face da insuficiência de seus respectivos serviços.

O legislador, considerando as entidades fechadas de previdência complementar como complementares do sistema geral de previdência social, enquadrou suas atividades na área de competência do Ministério da Previdência Social, através da Secretaria de Previdência Complementar.

O regime financeiro utilizado pela entidade fechada de previdência complementar é o de capitalização, segundo o qual a acumulação dos recursos, bem como a rentabilidade auferida, financia o pagamento dos benefícios dos

participantes. Mantém, por conseguinte, relação estreita entre a contribuição paga e o benefício ganho, ou seja: recebe-se pelo que se paga, coroando a chamada verdade previdenciária. Isso significa dizer que o trabalhador associado a uma entidade fechada de previdência complementar não depende da geração de trabalhadores que substitui a sua geração na atividade; tampouco depende do equilíbrio de orçamentos futuros para receber seu benefício. O próprio trabalhador e a empresa onde trabalha é que irão acumular as reservas que garantirão a sua qualidade de vida futura.

Objetiva a entidade fechada de previdência complementar oferecer aos empregados de uma empresa, denominada patrocinadora, a capitalização de recursos para, após determinado período, possam esses empregados auferir uma renda que lhes ofereça um padrão de vida superior àquele possível de se obter apenas com o benefício do regime geral de Previdência Social.

1.2 Diferenças entre as Entidades Abertas e Fechadas

A distinção entre os dois grupos de previdência complementar, aberta e fechada, reside na obrigatoriedade desta última de vínculo empregatício entre o participante e a empresa patrocinadora do fundo, ou então de vínculo associativo entre o participante e a entidade de classe instituidora do fundo (associações, cooperativas, sindicatos etc), no fato de que não pode possuir finalidade de lucro e, finalmente, na universalidade da oferta do plano de benefícios, que obrigatoriamente deve ser oferecido a todos os empregados, associados ou membros da patrocinadora.

A entidade fechada de previdência complementar é, pois, uma universalidade de ativos econômicos que vêm garantir os benefícios previdenciários de seus participantes. Desta constatação decorrem várias regras e princípios que individualizam essas entidades, tais como o princípio da solidariedade, uma vez que a garantia previdenciária pretendida determina a geração de benefício de risco, mediante o pagamento de poucas prestações.

O custo do risco realizado recai sobre o patrimônio poupado dos demais trabalhadores, e não sobre o lucro, como ocorre nas entidades abertas de previdência complementar. Veja-se, portanto, que ao realizarem as contribuições para a entidade fechada de previdência complementar, estabelecem, a patrocinadora e os empregados, um pacto em prol da segurança coletiva, razão pela qual a Constituição Federal de 1988, em seu art. 202 (com as alterações da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998), reconhece a natureza social das tarefas desempenhadas pela entidade fechada de previdência complementar.

A diferenciação entre as entidades fechadas e as entidades abertas (seguradoras) de previdência privada é muito bem indicada por Sacha Calmon Navarro Coelho:

a) o contrato de seguro das seguradoras privadas compreende relações de direito privado, que almejam lucro, ao passo que as relações jurídicas formadas nas instituições fechadas são despidas de interesse econômico e comercial; em regra, a relação de seguro privado se instala por meio de um contrato com livre escolha da seguradora por parte do segurado, enquanto nas entidades fechadas, o acesso depende de uma pré-qualificação prisional e estatutária, servidor público, empregado da empresa, parlamentar, militar etc;

b) o financiamento das empresas privadas é comercial e obedece ao princípio da equivalência geral e individual, representado pelo pagamento de prêmios, combinados contratualmente, enquanto o das entidades fechadas se dá por meio de contribuições dos interessados e das empresas patrocinadoras, orientando-se antes pela capacidade econômica do segurado do que pela natureza do risco;

c) nas seguradoras privadas, que são empresas mercantis, interessa o pagamento do prêmio para a obtenção do lucro almejado, inexistindo o espírito de solidariedade inerente às caixas de empresa que unem profissionais de um mesmo setor, indústria ou profissão.³

1.3 As Receitas das Entidades Fechadas de Previdência Privada

Quando se reconhece que as Entidades Fechadas de Previdência Privada não têm nenhuma finalidade lucrativa, posto que são as que realmente complementam o sistema oficial de previdência social, verifica-se a incompatibilidade deste conceito, com a tentativa de subsumir receitas financeiras para estas Entidades.

No modelo brasileiro de previdência privada, pode-se afirmar que os fundos necessários para financiar as prestações complementares, no caso das entidades fechadas, sucedem principalmente: da patrocinadora; do participante e dos investimentos.

³ COELHO, Sacha Calmon Navarro. Pis/Cofins - Lei 9.718/98 - Entidades Fechadas de Previdência Privada. São Paulo: Revista Dialética de Direito Tributário nº 55.

Existem ainda outros meios, menos expressivos, como: o depósito prévio, espécie de antecipação; a jóia; a taxa de inscrição; taxa de retorno; subvenções; legados; rendas patrimoniais; resultado da prestação de serviços etc.

As empresas, analisadas sob a ótica pecuniária, são as principais gestoras dos meios necessários à implementação dos benefícios, sendo as obrigações comuns e excepcionais.

As contribuições provenientes dos participantes são muito importantes, por constituírem as reservas garantidoras dos benefícios a serem usufruídos. Tal como ocorre na previdência oficial, o participante sofre descontos em sua remuneração, destinados ao fundo de pensão.

As entidades de previdência privada são instituições de cunho assistencial, obedientes ao princípio da solidariedade, não tendo como escopo, o lucro. Os valores aplicados para o custeio do plano previdenciário são provenientes das contribuições dos participantes e de suas provedoras, desta feita, os valores relativos aos rendimentos outros percebidos, não se caracterizam como receita disponível, lucro ou faturamento. Os seus ativos compõem o patrimônio financeiro da entidade, constituindo-se na verdade, em reservas técnicas que devem estar sempre disponíveis para cobertura do cumprimento de suas obrigações institucionais assumidas contratualmente com os participantes e provedoras.

Capítulo 2

O QUE É A COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA PAGA PELAS ENTIDADES FECHADAS DA PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR?

A Complementação de aposentadoria paga pelas entidades fechadas (Fundos de Pensão), nada mais são que o recebimento mensal de um valor que foi custeado pelos empregados por suas próprias contribuições e contribuições patronais ao Fundo de Pensão, a fim de complementar os proventos da aposentadoria paga pela Previdência Oficial, tornando-os compatíveis com os valores que vinham sendo percebidos em atividade.

Não se trata do recebimento mensal de uma aposentadoria paga pelo empregador, sem qualquer contrapartida financeira do empregado, mas sim de contribuições pagas pelos próprios participantes para a formação do fundo previdenciário da entidade fechada, que retornam ao seu patrimônio jurídico, na forma de complementação de aposentadoria

Só podem participar dos Fundos de Pensão ou entidades fechadas de previdência complementar, os empregados das empresas que as patrocinam. Tais empresas são chamadas de "Patrocinadoras", e os empregados de "Participantes".

Como exemplos de entidade fechada de previdência privada temos a PREVI, que é o Fundo de Pensão dos funcionários do Banco do Brasil; a PETROS, que é o Fundo de Pensão dos funcionários da Petrobrás; PORTUS, que é o Fundo de Pensão dos funcionários da Codesp etc.

2.1 Do Conceito Jurídico dos Fundos de Pensão

Regulados pelo Decreto n.º 81.240/78, os Fundos de Pensão tem natureza jurídica diversa das demais instituições privadas de previdência privada. Suas suplementações ou complementações obedecem a disposições estatutárias aprovadas e controladas pela Secretaria de Previdência Complementar do Ministério da Previdência e Assistência Social – SPC/MPAS. Os valores pagos aos segurados são calculados de maneira diversa das instituições privadas ligadas a instituições financeiras. Enquanto estas se baseiam em resultados financeiros calculados a partir de uma poupança programada, paga mensalmente pelo cliente, os Fundos de Pensão baseiam seus pagamentos complementares ou suplementares, nos fundos formados pelas contribuições de seus associados, de maneira global, não necessariamente vinculados à poupança individual de cada um.

São vinculados, em verdade, aos salários dos últimos 12 meses dos participantes, no momento da aposentadoria pelo órgão oficial, não havendo assim, incidência pura e simples de ganhos de capital obtidos pelo Fundo. Além disso, os ganhos aferidos pelos Fundos de Pensão, em suas aplicações na Bolsa, ou na capitalização dos valores a seu cargo, são tributados na forma da lei, o que impede qualquer nova incidência fiscal do mesmo tributo, quando do pagamento das complementações ou suplementações.

Assim, jamais poderiam ser comparadas as suplementações ou complementações pagas pelos Fundos de Pensão com os valores pagos pelas Instituições de Previdência Privada, ligadas a instituições financeiras, eis que estas funcionam como administradoras de fundos de poupança programada, pura e

simplesmente, enquanto aquelas se subordinam à legislação previdenciária, de forma subsidiária.

2.2 Diferença entre Resgate, Rateio e Complementação de Aposentadoria

O resgate e o rateio decorrem do desligamento do beneficiário do plano de previdência privada. A diferença entre os dois é que, no rateio, o desligamento se dá como consequência da extinção da entidade de previdência, de modo que todo o seu patrimônio é distribuído entre os associados.

No resgate apenas é devolvido ao beneficiário o que foi por ele recolhido ao fundo de pensão. Ou seja, no momento do desligamento do beneficiário da entidade previdenciária, somente o que foi por ele recolhido ao fundo é devolvido – com a devida remuneração do capital. Portanto, há uma perfeita identidade daquilo que foi recolhido e do que será devolvido ou resgatado. Por exemplo, se foram recolhidos 12 parcelas ao fundo, essas 12 parcelas serão resgatadas com os rendimentos obtidos.

Quanto ao recebimento da aposentadoria complementar, o vínculo contratual permanece e o direito do beneficiário existe exatamente em virtude do cumprimento do contrato firmado.

Capítulo 3

O BIS IN IDEM

3.1 Conceito

Ocorre *bis in idem* toda vez que uma mesma entidade tributante institui dois ou mais tributos com o mesmo fato gerador. Nesse sentido Bernardo Ribeiro de Moraes ⁴, in verbis:

"São elementos configurativos do *bis in idem* os seguintes:

a) uma única entidade tributante. As exigências fiscais partem de uma única entidade tributante;

b) identidade de causa jurídica. As exigências fiscais são decorrentes da ocorrência de um único fato da respectiva obrigação, in idem quer dizer "sobre o mesmo" fato;

c) identidade de contribuinte. O sujeito passivo das exigências fiscais é um único, sendo o contribuinte da primeira exigência fiscal o mesmo da segunda;

d) duas normas jurídicas. O *bis in idem* exige a presença de duas normas jurídicas, que deverão recair (incidir) sobre o mesmo fato.

⁴ MORAES, Bernardo Ribeiro de. Compêndio de Direito Tributário, 5ª Edição, Primeiro Volume. Rio de Janeiro: Forense, [entre 1996 e 2004], p 283.

3.2 O bis in idem do Imposto de Renda incidente na Complementação de Aposentadoria

Quando em atividade, as contribuições pagas pelos filiados aos Fundos de Pensão, bem como as contribuições pagas pelo empregador, integravam a base de cálculo do Imposto de Renda Pessoa Física e do Imposto de Renda Pessoa Jurídica, respectivamente. Quando passam à inatividade, os mesmos passam a receber suas aposentadorias complementadas, porém derivada de um fundo formado por suas próprias contribuições, diretas e indiretas, que já haviam sido tributadas na fonte, no momento do pagamento.

É forçoso comparar a atitude da Fazenda Nacional, com uma situação fática simples. Imagine-se que a União tributasse os ingredientes de um bolo, a farinha, os ovos, o chocolate, o gás utilizado no forno para seu preparo e o salário do confeitoiro. Após o bolo pronto, novamente a União o tributa, sobre o valor integral resultante da soma dos ingredientes e dos serviços. É exatamente isto o que ocorre com os empregados filiados aos Fundos de Pensão, no momento em que são tributados pelo Imposto de Renda Pessoa Física, sobre seus rendimentos de complementação de aposentadoria.

É importante salientar que em nenhum momento ocorre variação patrimonial ou ganho de capital no momento do recebimento da aposentadoria complementada. Nada mais existe, senão a retirada mensal de um fundo para o qual suas contribuições já foram tributadas na fonte, sem direito a dedução posterior.

O direito à compensação fiscal do valor recolhido na operação anterior àquela que gera o tributo, é consagrado em nosso ordenamento jurídico, em todos

os tributos, independentemente da competência. O princípio da não-cumulatividade não se aplica apenas a tributos distintos, mas também sobre a dupla incidência do mesmo tributo sobre o mesmo fato gerador, o que consubstancia maior absurdo que a possibilidade anterior.

E a própria União Federal, reconhecendo o excessivo apetite fiscal, através do Decreto n.º 3.000 de 26 de março de 1999, isenta do Imposto de Renda Pessoa Física, o resgate das contribuições pagas aos Fundos de Pensão:

Decreto n.º 3.000/99

Art. 39. Não entrarão no cômputo do rendimento bruto:

...
XXXVIII – o valor de resgate de contribuições de previdência privada, cujo ônus tenha sido da pessoa física, recebido por ocasião de seu desligamento do plano de benefício da entidade, que corresponder às parcelas de contribuições efetuadas no período de 1º de janeiro de 1989 a 31 de dezembro de 1995.

Ora, se o resgate das contribuições, com a devida correção atuarial, é isento de tributação, qual a razão e o fundamento para que se tribute a parcela recebida mensalmente de complementação, se a origem é a mesma? Claro que a resposta é simples: a fome tributária do Estado não poderia resistir jamais, à tentação de tributar os rendimentos de mais de 150.000 aposentados complementados por Fundos de Pensão, mesmo com a descarada dupla incidência do Imposto de Renda.

Vejamos, pois, que durante a vigência da Lei nº 7.713/88, a incidência do referido tributo já estava prevista no artigo 31, inciso I, *in verbis*:

Art. 31. Ficam sujeitos à tributação exclusiva na fonte, à alíquota de 25% (vinte e cinco por cento), relativamente à parcela correspondente às contribuições cujo ônus não tenha sido do beneficiário:

I – as importâncias pagas ou creditadas a pessoas físicas, sob a forma de resgate, pecúlio ou renda periódica, pelas entidades de previdência privada.

Por isso é que os valores recebidos quando do resgate das contribuições não constituem acréscimo patrimonial para fins de tributação do IR, porque o salário dos empregados, enquadrado como fonte de rendimento, estava sujeito à tributação do IR, nos termos da lei vigente à época, donde retiravam do rendimento líquido os valores destinados às contribuições para o Fundo de Pensão, pelo que a nova imposição tributária nos moldes da Lei nº 9.250/95⁵, configuraria uma dupla incidência tributária.

Nessa toada, é que a Lei nº 9.250/95 só vale em relação aos valores de poupança resgatados concernentes ao ano de 1996, restando livres da incidência do IR àqueles relativos aos exercícios anteriores.

⁵ Lei 9.250 de 26 de dezembro de 1995 – altera a legislação do imposto de Renda das pessoas físicas e dá outras providências.

Capítulo 4

A AÇÃO JUDICIAL

4.1 Objetivo da Ação

Atualmente tramitam na Justiça Federal inúmeras ações objetivando ver declarado o direito à inexigibilidade do imposto de renda incidente sobre a complementação de aposentadoria e a conseqüente devolução do IRRF e IRPF pagos indevidamente e calculados sobre o respectivo benefício, uma vez que já houve a tributação quando da formação do fundo previdenciário.

4.2 Entendimento predominante dos nossos Tribunais

O entendimento predominante dos nossos Tribunais é no sentido de que se a demanda questiona a incidência do imposto de renda sobre o resgate ou recebimento do benefício quando as contribuições à previdência privada foram recolhidas na vigência da Lei nº 7.713/88, não é devida a cobrança, porquanto já descontado o imposto na fonte. Contudo, tratando-se de recolhimentos efetuados na vigência da Lei nº 9.250/95, é devida a exigência sobre o resgate ou recebimento do benefício, porque deixou-se de tributar os valores na fonte.

Isso porque desde a criação das instituições de previdência privada pela Lei 6.435/77 até a alteração no regime de tributação dos benefícios de previdência privada, disciplinada pela Lei 7.713/88, as contribuições eram deduzidas da base de cálculo do Imposto de Renda que incidia quando o contribuinte percebia o benefício

suplementar, ou seja, os valores recolhidos às entidades não eram tributados na fonte, mas somente por ocasião do seu recebimento.

No período da vigência da Lei 7.713/88, o resgate ou recebimento da complementação de aposentadoria por entidade de Previdência Privada, decorrentes de recolhimentos efetuados no período de 1º/01/89 a 31/12/95, não constituem renda tributável pelo IRPF, porque a Lei 7.713/88 determinava que a tributação fosse efetuada no recolhimento.

Somente após a edição da Lei 9.250/95, alterou-se novamente a sistemática de recolhimento, pelo que as contribuições recolhidas a partir de 1º/01/96 passaram a sofrer a incidência do imposto de renda no momento do recebimento do benefício ou do resgate das contribuições.

Contudo, a Medida Provisória 1.943/52, reeditada sob o nº 2.159/70, de 24/08/2001, determinou a exclusão da incidência do imposto de renda da complementação de aposentadoria ou resgate das contribuições recolhidas antes da vigência do art. 33 da Lei 9.250/95⁶, evitando, desta forma, o *bis in idem*.

Portanto, tendo em vista que na vigência da Lei nº 7.713/88, o imposto de renda era recolhido na fonte e incidia sobre os rendimentos brutos do empregado (aí incluída a parcela de contribuição à previdência privada), não se afigura viável, sob pena de ofensa ao preceito do *non bis in idem*, haver novo recolhimento daquela exação (imposto de renda) sobre os valores nominais das complementações dos proventos de aposentadoria do benefício da previdência privada.

⁶ Art. 33 da Lei 9.250/95 - Sujeitam-se à incidência do imposto de renda na fonte e na declaração de ajuste anual os benefícios recebidos de entidade de previdência privada, bem como as importâncias correspondentes ao resgate de contribuições.

Já na vigência da Lei nº 9.250/95, como o participante passou a deduzir da base de cálculo – consistente nos seus rendimentos brutos – as contribuições recolhidas à previdência privada, deixou de haver incidência na fonte.

4.3 Prazo Prescricional

O Egrégio Superior Tribunal de Justiça perfilhou do seguinte entendimento:

“O prazo para que seja pleiteada a restituição de imposto de renda incidente sobre valores referentes a verbas de caráter indenizatório começa a fluir decorridos 05 (cinco anos), contados a partir da ocorrência do fato gerador, acrescidos de mais um quinquênio, computados desde o termo final do prazo atribuído ao Fisco para verificar o quantum devido a título de tributo (AGRESP 327.034/DF, Rel Min. José Delgado, D/J de 22/10/2001, pág.276).

O Imposto em questão é daqueles sujeitos ao lançamento por homologação, onde o sujeito passivo tem o dever de colaborar com a Administração, antecipando o seu pagamento, sem o prévio exame por parte da autoridade administrativa que, posteriormente, passará pelo seu controle, ou seja, a Administração Fazendária, recebendo a antecipação do pagamento com base nas informações declaradas pelo sujeito passivo, deverá homologar essa antecipação ou proceder ao lançamento suplementar.

O art. 150 do Código Tributário Nacional assim dispõe:

Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade exercida pelo obrigado, expressamente o homologa.

§ 1º. O pagamento antecipado pelo obrigado nos termos deste artigo extingue o crédito tributário, sob condição resolutória de ulterior homologação do lançamento.

...

§ 4º. Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de cinco anos a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Há quem entenda que a simples antecipação do pagamento, por si só, extingue o crédito tributário. Porém, desconsidera que o texto legal impõe condição resolutória, repetindo ao final do último parágrafo, que transcorrido o prazo para a homologação por parte da autoridade administrativa, considera-se definitivamente extinto o crédito tributário. Para esses, existem duas formas de extinção do crédito: a provisória e a definitiva. Como podem, então, aplicar de forma precisa o prazo decadencial, se sequer têm a certeza da extinção final do crédito.

Assim, impõe-se a leitura minuciosa do dispositivo acima mencionado. A antecipação do pagamento não extingue o crédito tributário, posto que a atividade administrativa de constituição e extinção de crédito é privativa do Fisco, jamais do contribuinte, operando-se de três formas: com a homologação expressa, com o lançamento de ofício ou pela inércia, com a homologação tácita e, se assim não ocorresse, não haveria necessidade de aguardar a homologação para que o crédito seja definitivamente extinto.

Não precisaríamos ir mais além. O próprio CTN dispõe, em seu artigo 142, que o lançamento é um ato jurídico administrativo, vinculado e obrigatório, à constituição do crédito tributário:

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo o caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Conforme definição de Aliomar Baleeiro ⁷, memorável jurista, “é necessário distinguir os efeitos gerados pelo lançamento por homologação daqueles gerados pelos demais, os lançamentos de ofício ou com base em declaração. Como já observamos acima, nos tributos lançados por homologação, acontecido o fato jurídico, instala-se uma relação tributária intersubjetiva, em que os graus de eficácia se desenvolvem em ritmo diferente e peculiar. O sujeito passivo, tão logo seja inaugurada a relação obrigacional, tem o dever de apurar o montante devido, efetuar o pagamento no prazo estabelecido em lei, fazer declarações tempestivas e recolher a importância devida, antes de qualquer manifestação da Fazenda Pública. Podemos dizer que o ato de homologação expressa ou tácita da atividade do contribuinte assim desenvolvida, efetuado a posteriori, tem duplo efeito: confirmar as operações realizadas pelo particular, nesse momento por ficção equiparadas legalmente a ato administrativo; extinguir o crédito tributário (e a obrigação)”.

⁷ BALEEIRO, Aliomar. Direito Tributário Brasileiro. 11ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 787, Nota 4.1.3.

Portanto, jamais o pagamento antecipado, nos tributos sujeitos ao lançamento por homologação, teria o condão de extinguir o crédito tributário, de forma a sobrepor-se ao ato administrativo.

Confirma tal entendimento o artigo 156 do Código Tributário Nacional, que estabelece:

Art. 156. Extinguem o crédito tributário:

....

VII – o pagamento antecipado e a homologação do lançamento nos termos do disposto no artigo 150 e seus §§ 1º e 4º.

Torna-se evidente que em se tratando de tributo sujeito ao lançamento por homologação, onde o recolhimento é realizado antes do exame pela autoridade administrativa, dos elementos fáticos que ensejaram o pagamento, o crédito tributário somente se considera extinto com a homologação do pagamento, seja ela expressa ou tácita, pelo que se dará com o decurso do prazo de 05 anos contados da antecipação. E é a partir da homologação, onde o crédito extingue-se, que começa a correr o prazo decadencial e, após, o prazo prescricional.

No caso em comento temos dois momentos de incidência do Imposto sobre a Renda. O primeiro deles ocorreu mensalmente com a incidência do IRRF. O segundo deles, ocorre quando da declaração anual de ajustes, onde os Complementados são compelidos a declarar os proventos outrora tributados na fonte como tributáveis, ou seja, categorizando-os como acréscimo patrimonial, calculando o IR devido, abatendo-se o IR pago antecipadamente. Com a entrega da declaração e com o pagamento antecipado do saldo do imposto, a Administração Fazendária detém o prazo de 05 anos, contados do pagamento que pressupõe a extinção do crédito, mas não da obrigação, para homologar expressamente ou proceder ao

lançamento de ofício, caso haja incorreções. Se ainda assim, permanecer inerte, decorridos os 05 anos, o pagamento antecipado estará homologado expressamente, e extinta, definitivamente, a obrigação e o crédito tributário.

Ora, somente com a constituição definitiva do crédito tributário é que se iniciam os efeitos da decadência e prescrição tributárias. Assim, em se tratando de Imposto sobre a renda, com a entrega da declaração nasce para o Fisco o direito para a constituição do crédito tributário em 05 anos contados da data da ocorrência do fato gerador. Após a homologação do lançamento, seja ela tácita ou expressa, é que o crédito será definitivamente constituído, iniciando-se a contagem dos prazos de decadência e prescrição. O Fisco tem o prazo decadencial de 05 anos, contados do fato gerador, para constituir definitivamente o crédito com o lançamento de ofício ou homologá-lo. Decorrido esse prazo, não mais poderá cobrar (executar) o contribuinte, por uma questão lógica: não pode ser *ad eternum*. O contribuinte, por sua vez, depende da atividade ou inércia do Fisco para livrar-se da cobrança do imposto, razão pela qual, para ele, o prazo decadencial para repetir o pagamento indevido inicia-se quando da finalização dos trabalhos da administração, seja expressa ou tácita. Então, no presente caso, o início da contagem do prazo decadencial deu-se quando da homologação da declaração do imposto de renda prestada pelos Complementados.

Não seria justo admitir-se como termo inicial a data do pagamento para fins de contagem do prazo prescricional, à pretexto de que ele extinguiria o crédito tributário se para a Fazenda o pagamento não extingue a obrigação, pois está sujeito à homologação. Então, ou o pagamento extingue o crédito, e aí a Fazenda não poderia homologar crédito extinto, ou não extingue porque depende de condição resolutória, que é a homologação expressa ou tácita.

Assim, não há que se falar em prescrição quinquenal das parcelas devidas, mas em prescrição a partir do decurso do prazo de 05 anos contados da extinção definitiva do crédito, que apenas ocorre com sua homologação.

A prescrição dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação é matéria vergastada pelo Superior Tribunal de Justiça:

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Recurso Especial n.º 440.198/DF

Órgão Julgador: Primeira Turma

Data da decisão: 25/02/2003

DJU 17/03/2003

Relator Ministro Luiz Fux

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO – RECURSO ESPECIAL – IMPOSTO DE RENDA – APOSENTADORIA COMPLEMENTAR – PREVIDÊNCIA PRIVADA – PRESCRIÇÃO – ACÓRDÃO RECORRIDO EM DISSONÂNCIA COM A ORIENTAÇÃO DESTA TURMA – APLICAÇÃO DA LEI 9250/96 – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – FAZENDA PÚBLICA – LIMITES DO § 3º DO CPC – INAPLICABILIDADE.

A jurisprudência consolidada da 1ª Turma preconiza que o prazo para a restituição do imposto de renda incidente sobre valores referentes às verbas de caráter indenizatório começa a fluir decorridos 05 (cinco) anos, contados a partir da ocorrência do fato gerador, acrescidos de mais um quinquênio computados desde o termo final do prazo atribuído ao Fisco para verificar o quantum devido a título de tributo. Aplicação do brocardo ubi eadem ratio ibi eadem dispositio.

Destarte, também consolidou-se o entendimento no sentido de que os resgates decorrentes de contribuições efetuadas a partir da vigência da Lei 9250/95, ou seja, janeiro/1996, estão sujeitos à incidência do Imposto de Renda.

O Artigo §4º do artigo 20 do CPC, aplicável nos casos em que é vencida a Fazenda Pública, estabelece a fixação dos

honorários advocatícios de forma eqüitativa pelo juiz, não impondo limites mínimo e máximo para o respectivo quantum.

Recurso Especial parcialmente provido.

Brasília, 24 de Setembro de 2002.

MINISTRO LUIZ FUX

Relator

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**EMPRÉSTIMO COMPULSÓRIO (Decreto-Lei n.º 2.288-86) –
RESTITUIÇÃO – PRESCRIÇÃO.**

A Jurisprudência sedimentada no âmbito de ambas as Turmas de Direito Público deste Tribunal é no sentido da não ocorrência da prescrição da restituição do empréstimo compulsório sobre combustíveis, visto estar sujeito a lançamento por homologação e, ante a ausência de homologação, o direito de pleitear a restituição só ocorre após decorridos 05 (cinco) anos, desde o fato gerador, acrescidos de outros cinco anos, contados do termo final do prazo deferido do Fisco, para apuração do tributo devido. Recurso provido. Decisão unânime (REsp n.º 204.418/DF, Rel. Ministro Demócrito Reinaldo, 1ª Turma, DJU em 14/06/1999 pág. 139).

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**TRIBUTÁRIO – EMPRÉSTIMO COMPULSÓRIO – CONSUMO DE COMBUSTÍVEL –
REPETIÇÃO DE INDÉBITO – DECADÊNCIA – PRESCRIÇÃO – INOCORRÊNCIA.**

I – O tributo antecipado a título de empréstimo compulsório sobre o consumo de combustíveis é daqueles sujeitos a lançamento por homologação. Em não havendo tal homologação, faz-se impossível cogitar em extinção do crédito tributário.

II – À falta de homologação, a decadência do direito de repetir o indébito tributário somente ocorre decorridos cinco anos, desde a ocorrência do fato gerador, acrescidos de mais outros cinco, contados do termo final do prazo deferido ao Fisco para a apuração do tributo devido.

III – Estado e contribuinte são devedores de mútua lealdade. Não é lícito utilizarem-se os institutos da prescrição e da decadência como armadilha e instrumento de calote.

Decisão por maioria (REsp. Nº 65.277/95-PE, 1ª Turma, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, DJ em 18.09.1995 pág. 29.949).

Capítulo 5

POSICIONAMENTOS JURISPRUDENCIAIS

Farta coleção de julgados corroboram a posição apresentada no presente estudo. Vejamos:

PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO – IMPOSTO DE RENDA – BENEFÍCIO – COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA.

1. O fato gerador do Imposto de Renda é a aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica decorrente de acréscimo patrimonial (art. 43 do CTN), no qual se incluem as verbas de natureza salarial ou as recebidas a título de aposentadoria.

2. O participante do plano de previdência privada tem direito ao benefício contratado com a aposentadoria, permanecendo o vínculo jurídico com a entidade, diferentemente do que ocorre quando a pessoa jurídica é extinta, dando ensejo ao resgate das contribuições e/ou rateio do patrimônio.

3. Sobre as contribuições recolhidas à previdência privada sob a égide da Lei 7.713/88 não incide Imposto de Renda, porque descontado na fonte, enquanto que, a partir da Lei 9.250/95, pertinente a incidência, porquanto deduzidas as contribuições da base de cálculo.

4. Se o fato gerador (aposentadoria) ocorreu antes de 1º/01/96, não deve incidir Imposto de Renda sobre o total do benefício; se posterior, a incidência deve ser feita proporcionalmente às contribuições recolhidas a partir da vigência da Lei 9.250/95; para os contratos firmados após 1º/01/96, incide integralmente o Imposto de Renda quando do recebimento do benefício.

5. Interpretação sistemática da legislação pertinente, que respeita os princípios da legalidade, da irretroatividade das normas tributárias e da segurança jurídica, segundo os quais não se pode permitir a incidência do imposto sobre o ato jurídico aperfeiçoado na vigência da Lei 7.713/88.

6. Procedência da ação nos limites do pedido.

7. Recurso Especial provido.⁸

**PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO - IMPOSTO DE RENDA SOBRE
COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA DOS ASSOCIADOS DA PREVI -
LEIS NºS 7.713/88 E 9.250/95 - NÃO INCIDÊNCIA E INCIDÊNCIA,
RESPECTIVAMENTE - PRESCRIÇÃO.**

1. Não incide o imposto de renda sobre a complementação de aposentadorias pelas entidades de previdência privada, no período de vigência da Lei nº 7.713/88 (1º.01.89 a 31.12.95).

2. De acordo com o art. 33 da Lei nº 9.250/95, sujeitam-se à incidência, a partir do ano-base 1996, do imposto de renda na fonte e na declaração de ajuste anual, os benefícios de entidade de previdência privada, bem como as importâncias correspondentes ao resgate de contribuições.

3. Na repetição de exação indevida de imposto de renda, o prazo prescricional começa a fluir decorridos 5 (cinco) anos, contados a partir da ocorrência do fato gerador, acrescidos de mais 5 (cinco) anos, computados desde o

⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Processo Civil e Tributário*. Recurso Especial nº 541.207. Relatora Ministra Eliana Calmon. Brasília, DF, 1º de dezembro de 2003. *STJ, Brasília, 2003*. Disponível em: https://ww2.stj.gov.br/revistaeletronica/Pesquisa_Revista_Eletronica.asp. Acesso em 15 jan. 2006.

termo final do prazo atribuído ao Fisco para verificar o quantum devido a título de tributo.⁹

TRIBUTÁRIO – IMPOSTO DE RENDA – COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA – ISENÇÃO – LEI Nº 7.713/88 – VIGÊNCIA – LIMITE – LEI Nº 9.250/95 – SELIC – HONORÁRIOS.

1. Tratando-se de resgate ou recebimento de benefício da Previdência Privada, observa-se o momento em que foi recolhida a contribuição: se durante a vigência da Lei nº 7.713/88, não incide o imposto de renda quando do resgate ou do recebimento do benefício porque já recolhido na fonte; se após o advento da Lei nº 9.250/95, é devida a exigência porque não recolhido na fonte. Precedentes.

2. Como o que pretendem os Recorrentes é, apenas, o reconhecimento do direito à repetição dos valores indevidamente recolhidos relativos às contribuições pagas durante a vigência da Lei nº 7.713/88, vale dizer, de janeiro de 1989 a dezembro de 1995, é de ser reformado o acórdão recorrido por estar em confronto com o entendimento consolidado nesta Corte de Justiça.

3. Na repetição de indébito ou na compensação, com o advento da Lei 9.250/95, a partir de 1º/01/96, os juros de mora passaram ser devidos pela taxa SELIC a partir do recolhimento indevido. Precedentes.

4. Vencida a Fazenda Pública, a verba honorária pode ser fixada em percentual inferior àquele mínimo indicado no parágrafo terceiro do art. 20 do CPC, a

⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processo Civil e Tributário. Recurso Especial nº 463.834. Relator Ministro Humberto Gomes de Barros. Brasília, DF, 17 de novembro de 2003. STJ, Brasília, 2003. Disponível em: [https://ww2.stj.gov.br/revistaeletronica/Pesquisa Revista Eletronica.asp](https://ww2.stj.gov.br/revistaeletronica/Pesquisa%20Revista%20Eletronica.asp). Acesso em 15 jan. 2006.

teor do disposto no parágrafo quarto do mesmo preceito processual, que não restringe o arbitramento pelo julgador. Precedentes.

5. Recurso Especial do particular parcialmente provido.¹⁰

TRIBUTÁRIO E PROCESSO CIVIL. PLANO DE PREVIDÊNCIA PRIVADA. PRESCRIÇÃO. AFASTAMENTO. IMPOSTO DE RENDA. LEIS NºS 7.713/1988 E 9.250/1995. ISENÇÃO. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 2.159-70/2001 (ORIGINÁRIA Nº 1.459/1996). PRECEDENTES.

1. O prazo para que seja pleiteada a restituição de imposto de renda incidente sobre valores referentes a verbas de caráter indenizatório começa a fluir decorridos 5 (cinco) anos, contados a partir da ocorrência do fato gerador, acrescidos de mais um quinquênio, computados desde o termo final do prazo atribuído ao Fisco para verificar o quantum devido a título de tributo.

2. O resgate das contribuições recolhidas sob a égide da Lei nº 7.713/88 anterior à Lei nº 9.250/95, não constitui aquisição de renda, já que não configura acréscimo patrimonial. Ditos valores recolhidos a título de contribuição para a entidade de previdência privada, antes da edição da Lei nº 9.250/95, eram parcelas deduzidas do salário líquido dos beneficiários, que já havia sofrido tributação de imposto de renda na fonte. Daí porque, a incidência de nova tributação por ocasião do resgate, configuraria bitributação.

¹⁰ BRASIL. Superior tribunal de Justiça. Tributário. Recurso Especial nº 589.034. Relator Ministro Castro Meira. Brasília, DF, 17 de novembro de 2003. STJ, Brasília, 2003. Disponível em: https://ww2.stj.gov.br/revistaeletronica/Pesquisa_Revista_Eletronica.asp. Acesso em 15 jan. 2006.

3. A Lei nº 9.250/95 só vale em relação aos valores de poupança resgatados concernentes ao ano de 1996, ficando livres da incidência do imposto de renda, *“os valores cujo ônus tenha sido da pessoa física, recebido por ocasião do seu desligamento ao plano de previdência, correspondentes às parcelas das contribuições efetuadas no período de 1º de janeiro de 1989 a 31 de dezembro de 1995”*, nos moldes do art. 7º, da MP nº 1559-22 (hoje nº 2.159-70/01).

4. Não incide Imposto de Renda sobre o resgate das contribuições recolhidas pelo contribuinte para planos de previdência privada quando o valor correspondente aos períodos anteriores à vigência do art. 33, da Lei nº 9.250/95, o qual não pode ter aplicação retroativa.

5. O sistema adotado pelo art. 33, em combinação com o art. 4º, V e 8º, II, “e”, da Lei nº 9.250/95 deve ser preservado, por a tanto permitir o ordenamento jurídico tributário, além de constituir incentivo à previdência privada.

6. Os dispositivos supra-indicados, por admitirem a dedutibilidade para o efeito ou apuração do cálculo do imposto de renda, das contribuições pagas pelos contribuintes a entidades de previdência privada, legitimam a exigência do mesmo contribuinte sujeitar-se ao imposto de renda, na fonte e na declaração, quando receber os benefícios ou por ocasião dos resgates das operações efetuadas. As regras acima, porém, só se aplicam aos recolhimentos e recebimentos operados após a vigência da referida Lei.

7. Os recebimentos de benefícios e resgates decorrentes de recolhimentos feitos antes da Lei nº 9.250/95, conforme exposto, não estão

sujeitos ao imposto de renda, mesmo que a operação ocorra após a vigência da lei. Precedentes desta Corte Superior.

8. Recurso provido. ¹¹

**TRIBUTÁRIO – IMPOSTO DE RENDA – PREVIDÊNCIA PRIVADA –
LEIS NºS 7.713/88 E 9.250/95 – RESTITUIÇÃO – PRSCRIÇÃO.**

1. Considerando que, na vigência da Lei nº 7.713/88, o imposto de renda era recolhido na fonte e incidia sobre os rendimentos brutos do empregado (aí incluída a parcela de contribuição à previdência privada), não se afigura viável, sob pena de ofensa ao postulado do *non bis in idem*, haver novo recolhimento de imposto de renda sobre os valores nominais das complementações dos proventos de aposentadoria do beneficiário da previdência privada.

2. na vigência da Lei nº 9.250/95, como o participante passou a deduzir da base de cálculo – consistente nos seus rendimentos brutos – as contribuições recolhidas à previdência privada, deixou de haver incidência na fonte.

3. Tendo ocorrido a aposentadoria do empregado/participante antes de 1º/1/1996, não incidirá imposto de renda sobre o benefício (complementação da aposentadoria), mesmo após a vigência da Lei nº 9.250/95, em razão do ato jurídico perfeito.

¹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Tributário e Processo Civil. Recurso Especial nº 494.055. Relator Ministro José Delgado. Brasília, DF, 01º de abril de 2003. STJ, Brasília, 2003. Disponível em: [https://ww2.stj.gov.br/revistaeletronica/Pesquisa Revista Eletronica.asp](https://ww2.stj.gov.br/revistaeletronica/Pesquisa%20Revista%20Eletronica.asp). Acesso em 15 jan. 2006.

4. Se o empregado/participante aposentou-se após 1º/1/1996, não incidirá imposto de renda sobre o benefício calculado proporcionalmente às contribuições recolhidas sob a égide da Lei nº 7.713/88, mas apenas sobre a parcela correspondente às contribuições recolhidas na vigência da Lei nº 9.250/95.

5. Nos contratos de previdência privada firmados posteriormente a 1º/1/1996, o imposto de renda incidirá sobre os benefícios quando da aposentadoria.

6. A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento dos Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 435.835-SC (relator para o acórdão Ministro José Delgado), dissipou, definitivamente, a divergência jurisprudencial então existente, decidindo que, na hipótese de tributo sujeito a lançamento por homologação, o prazo para a propositura da ação de repetição de indébito é de 10 (dez) anos a contar do fato gerador, se a homologação for tácita (tese dos "cinco mais cinco"), e, de 5 (cinco) anos a contar da homologação, se esta for expressa.

7. Recurso Especial provido para afastar a incidência do imposto de renda sobre a complementação dos proventos de aposentadoria percebida, assim como para restituir as importâncias indevidamente recolhidas a título da referida exação.¹²

¹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Tributário. Recurso Especial nº 617.339. Relator Ministro João Otávio de Noronha. Brasília, DF, 22 de junho de 2004. STJ, Brasília, 2004. Disponível em: https://ww2.stj.gov.br/revistaeletronica/Pesquisa_Revista_Eletronica.asp. Acesso em 15 jan. 2006.

TRIBUTÁRIO – RECURSO ESPECIAL – PLANO DE
PREVIDÊNCIA PRIVADA – IMPOSTO DE RENDA – COMPLEMENTAÇÃO DE
APOSENTADORIA – LEIS NºS 7.713/1988 E 9.250/1995 – ISENÇÃO – MEDIDA
PROVISÓRIA Nº 2.159-70/2001 (ORIGINÁRIA Nº 1.459/1996). PRECEDENTES.

1. Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional em face de acórdão que deferiu a repetição de indébito pleiteada, por reconhecer já ter havido incidência de IRPF quando do recolhimento das contribuições dos recorridos à previdência complementar.

2. Não incide o Imposto de Renda sobre o recebimento de benefícios e o resgate das contribuições recolhidas pelo contribuinte para planos de previdência privada quando o valor corresponder aos períodos anteriores à vigência do art. 33 da Lei nº 9.250/95, mesmo que o recebimento ocorra posteriormente. Precedentes desta Corte Superior.

3. Recurso especial não-provido.¹³

Ocorre que a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, a partir do julgamento do Resp 642.614/DF, revendo posicionamento anterior, concluiu pela legitimidade da cobrança do imposto de renda sobre a complementação de aposentadoria, independentemente de ter sido recolhida a contribuição mensal na

¹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Tributário. Recurso Especial nº 809.807. Relator Ministro José Delgado. Brasília, DF, 20 de abril de 2006. STJ, Brasília, 2006. Disponível em: https://ww2.stj.gov.br/revistaeletronica/Pesquisa_Revista_Eletronica.asp. Acesso em 20 jun. 2006.

vigência da Lei 7.713/88 ou da Lei 9.250/95, conforme verificamos nos julgados abaixo selecionados:

**TRIBUTÁRIO - COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA -
INCIDÊNCIA DE IMPOSTO DE RENDA - NÃO CONFIGURADA HIPÓTESE DE
BIS IN IDEM.**

1. Nos termos do art. 33 da Lei 9.250/95, incide imposto de renda sobre as verbas recebidas a título de complementação de aposentadoria, independentemente do período ou da legislação vigente à época do recolhimento das contribuições do beneficiário para o fundo de pensão.

2. O recebimento de complementação de proventos decorre de vínculo contratual existente entre o participante e a entidade de previdência privada, não se tratando de devolução de valores, de modo que inexiste correlação entre aquilo que foi recolhido pelo beneficiário e que será recebido na aposentadoria, o que fica evidente quando observada a possibilidade de contratação de renda mensal vitalícia - feito na grande maioria dos casos -, prevista no art. 14, parágrafo 4º, e no art. 33, parágrafo 2º, da Lei Complementar 109/2001.

3. Impossível configurar-se a hipótese de *bis in idem* se não há identidade entre a parcela recolhida e a recebida na complementação, inexistindo bitributação, não importando se a contribuição mensal foi recolhida sob a égide da Lei 7.713/88 ou na vigência da Lei 9.250/95.

4. Revisão do entendimento firmado na jurisprudência do STJ.

5. Recurso Especial improvido.¹⁴

**TRIBUTÁRIO – COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA –
PRESCRIÇÃO – INCIDÊNCIA DE IMPOSTO DE RENDA – NÃO
CONFIGURADA HIPÓTESE DE *BIS IN IDEM*.**

1. Anulação do julgamento anterior pela ocorrência de erro material.

2. A Primeira Seção da Corte, no EResp 289.398/DF, pacificou entendimento de que na restituição do imposto de renda descontado na fonte incide a regra geral do prazo prescricional aplicada aos tributos sujeitos a homologação.

3. Nos termos do art. 33 da Lei 9.250/95, incide imposto de renda sobre as verbas recebidas a título de complementação de aposentadoria, independentemente do período ou da legislação vigente à época do recolhimento das contribuições do beneficiário para o fundo de pensão.

4. O recebimento de complementação de proventos decorre de vínculo contratual existente entre o participante e a entidade de previdência privada, não se tratando de devolução de valores, de modo que inexistente correlação entre aquilo que foi recolhido pelo beneficiário e que será recebido na aposentadoria, o que fica evidente quando observada a possibilidade de contratação de renda mensal vitalícia – feito na grande maioria dos casos – prevista no art. 14, parágrafo 4º, e no art. 33, parágrafo 2º, da Lei Complementar 109/2001.

¹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Tributário. Recurso Especial nº 673.274. Relatora Ministra Eliana Calmon. Brasília, DF, 22 de março de 2005. STJ, Brasília, 2005. Disponível em: https://ww2.stj.gov.br/revistaeletronica/Pesquisa_Revista_Eletronica.asp. Acesso em 15 jan. 2006.

5. Impossível configurar-se a hipótese do *bis in idem* se não há identidade entre a parcela recolhida e a recebida na complementação, inexistindo bitributação, não importando se a contribuição mensal foi recolhida sob a égide da Lei 7.713/88 ou na vigência da Lei 9.250/95.

6. Revisão do entendimento firmado na jurisprudência do STJ.

7. Recurso Especial dos autores parcialmente provido. Provido o recurso especial da Fazenda Nacional.¹⁵

Em 12/12/2005, tal tese foi submetida à apreciação da Primeira Seção desta Corte no julgamento do EResp 673.274/DF, relatado pelo Ministro Teori Zavascki. O voto condutor do julgado, após tecer considerações a respeito da legislação pertinente (Leis 6.435/77, 7.713/88, 9.250/95 e LC 109/2001), concluiu que:

a) não obstante seja indefinido no tempo o valor futuro do benefício que será pago e, conseqüentemente, insuscetível de definição a proporção que em relação a ele representam as contribuições recolhidas no passado, bem como inviável identificar-se em cada parcela do benefício recebido os valores correspondentes à contribuição do segurado e aos aportes da entidade patrocinadora, não se pode negar o fato de que as contribuições vertidas aos beneficiários no período de vigência da Lei 7.713/88 (e que em alguma proporção integram o benefício devido) já foram tributadas pelo IRPF;

¹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Tributário. Recurso Especial nº 642.641. Relatora Ministra Eliana Calmon. Brasília, DF, 30 de maio de 2005. STJ, Brasília, 2005. Disponível em: https://ww2.stj.gov.br/revistaeletronica/Pesquisa_Revista_Eletronica.asp. Acesso em 15 jan. 2006.

b) sob pena de incorrer-se em *bis in idem*, é inexigível o imposto de renda sobre os benefícios de previdência privada auferidos a título de complementação de aposentadoria até o limite do que foi recolhido pelo beneficiário sob a égide da Lei 7.713/88.

Por oportuno, transcreve-se o julgamento dos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 673.274/DF apreciado pela Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça:

TRIBUTÁRIO – IRPF – COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA – LEIS 7.713/88 (ART. 6º, VII, B) E 9.250/95 (ART. 33) E MP 1.943/96 (ART. 8º) – INCIDÊNCIA SOBRE O BENEFÍCIO – *BIS IN IDEM* – EXCLUSÃO DE MONTANTE EQUIVALENTE ÀS CONTRIBUIÇÕES EFETUADAS SOB A ÉGIDE DA LEI 7.713/88.

1. O recebimento da complementação de aposentadoria e o resgate das contribuições recolhidas para a entidade de previdência privada no período de 1º/01/1989 a 31/12/1995 não constituíam renda tributável pelo IRPF, por força da isenção concedida pelo art. 6º, VII, b, da Lei 7.713/88, na redação anterior à que lhe foi dada pela Lei 9.250/95. Em contrapartida, as contribuições vertidas para tais planos não podiam ser deduzidas da base de cálculo do referido tributo, sendo, portanto, tributadas.

2. Com a edição da Lei 9.250/95, alterou-se a sistemática de incidência do IRPF, passando a ser tributado o recebimento do benefício ou o resgate das contribuições, por força do disposto no art. 33 da citada Lei, e não mais sujeitas à tributação as contribuições efetuadas pelos segurados.

3. A Medida Provisória 1.943-52, de 21.05.1996 (reeditada sob o nº 2.159-70), determinou a exclusão da base de cálculo do imposto de renda do “valor do resgate de contribuições de previdência privada, cujo ônus tenha sido da pessoa física, recebido por ocasião de seu desligamento do plano de benefícios da entidade, que corresponder às parcelas de contribuições efetuadas no período de 1º de janeiro de 1989 a 31 de dezembro de 1995” (art. 8º), evitando, desta forma, o *bis in idem*.

4. Da mesma forma, considerando-se que a complementação de aposentadoria paga pelas entidades de previdência privada é constituída, em parte, pelas contribuições efetuadas pelo beneficiado, deve ser afastada sua tributação pelo IRPF, até o limite do imposto pago sobre as contribuições vertidas no período de vigência da Lei 7.713/88.

5. Questão pacificada no julgamento pela 1ª Seção do ERESP 380011/RS, Min. Teori Albino Zavascki, DJ 02.05.2005.

6. Embargos de divergência a que se dá provimento.

CONCLUSÃO

Definitivamente a incidência do imposto de renda não é devida sobre os benefícios da previdência privada obtidos pelos participantes, mesmo após a vigência da Lei nº 9.250/95, em janeiro de 1996, até o limite do que fora recolhido por eles a esse título, sob o manto da Lei nº 7.713/88.

Essa interpretação tinha sido questionada pela Ministra Eliana Calmon, em um voto, que estabeleceu uma distinção entre os institutos do resgate, rateio e da complementação de aposentadoria e demonstrou que esta última não poderia estar eximida da tributação.¹⁶

Posteriormente a matéria foi objeto de exame pela Primeira Seção que, por expressiva maioria, entendeu afastar a tributação pelo IRPF até o limite do imposto recolhido sobre as contribuições por ele custeadas no período em que vigorou a Lei 7.713/88, ao fundamento de que a complementação de aposentadoria paga pelas entidades de previdência privada é constituída, em parte, pelas contribuições efetuadas pelo beneficiário.

Assim, chegamos a conclusão de que atualmente está consolidado no STJ o entendimento de que nas aposentadorias ocorridas após a vigência de Lei 9.250/95 deveria ser mantida a isenção quanto ao montante do beneficiado que é revertido para a previdência privada porque esse dinheiro já sofreu anteriormente a tributação na fonte.

¹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Tributário. Recurso Especial nº 673.274. Relatora Ministra Eliana Calmon. Brasília, DF, 22 de março de 2005. STJ, Brasília, 2005. Disponível em: https://ww2.stj.gov.br/revistaeletronica/Pesquisa_Revista_Eletronica.asp. Acesso em 15 jan. 2006.

REFERÊNCIAS

- AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- BALEEIRO, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro*. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- BALERA, Wagner. *Sistema de Seguridade Social*. São Paulo: LTr, 2004.
- BRASIL. *Código Tributário Nacional*. 7 ed. São Paulo: RT, 2005.
- BRASIL. *Constituição (1988)*. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 11 ed. São Paulo: Rideel, 2005.
- BRASIL. Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 23 dez. 1988.
- BRASIL. Lei nº 9.250, de 26 de dezembro de 1995. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 27 dez. 1995.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processo Civil e Tributário. Recurso Especial nº 463.834. Relator Ministro Humberto Gomes de Barros. Brasília, DF, 17 de novembro de 2003. STJ, Brasília, 2003. Disponível em: https://ww2.stj.gov.br/revistaeletronica/Pesquisa_Revista_Eletronica.asp. Acesso em 15 jan. 2006.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Tributário e Processo Civil. Recurso Especial nº 494.055. Relator Ministro José Delgado. Brasília, DF, 01º de abril de 2003. STJ, Brasília, 2003. Disponível em: https://ww2.stj.gov.br/revistaeletronica/Pesquisa_Revista_Eletronica.asp. Acesso em 15 jan. 2006.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processo Civil e Tributário. Recurso Especial nº 541.207. Relatora Ministra Eliana Calmon. Brasília, DF, 1º de dezembro de 2003. STJ, Brasília, 2003. Disponível em: https://ww2.stj.gov.br/revistaeletronica/Pesquisa_Revista_Eletronica.asp. Acesso em 15 jan. 2006.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Tributário. Recurso Especial nº 589.034. Relator Ministro Castro Meira. Brasília, DF, 22 de março de 17 de novembro de 2003. STJ, Brasília, 2003. Disponível em: https://ww2.stj.gov.br/revistaeletronica/Pesquisa_Revista_Eletronica.asp. Acesso em 15 jan. 2006.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Tributário. Recurso Especial nº 617.339. Relator Ministro João Otávio de Noronha. Brasília, DF, 22 de junho de 2004. STJ, Brasília, 2004. Disponível em: https://ww2.stj.gov.br/revistaeletronica/Pesquisa_Revista_Eletronica.asp. Acesso em 15 jan. 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Tributário. Recurso Especial nº 642.641. Relatora Ministra Eliana Calmon. Brasília, DF, 30 de maio de 2005. STJ, Brasília, 2005. Disponível em: https://ww2.stj.gov.br/revistaeletronica/Pesquisa_Revista_Eletronica.asp. Acesso em 15 jan. 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Tributário. Recurso Especial nº 673.274. Relatora Ministra Eliana Calmon. Brasília, DF, 22 de março de 2005. STJ, Brasília, 2005. Disponível em: https://ww2.stj.gov.br/revistaeletronica/Pesquisa_Revista_Eletronica.asp. Acesso em 15 jan. 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Tributário. Recurso Especial nº 809.807. Relator Ministro José Delgado. Brasília, DF, 20 de abril de 2006. STJ, Brasília, 2006. Disponível em: https://ww2.stj.gov.br/revistaeletronica/Pesquisa_Revista_Eletronica.asp. Acesso em 20 jun. 2006.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Pis/Cofins – Lei 9.718/98 – Entidades Fechadas de Previdência Privada*. Revista Dialética de Direito Tributário nº 55.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de Direito Previdenciário*. 4 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Primeiras Lições de Previdência Complementar*. São Paulo: LTr, 1996.

MORAES, Bernardo Ribeiro de. *Compêndio de Direito Tributário*. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, [entre 1996 e 2004].

TORRES, Heleno Taveira. *Tributação nos Mercados Financeiro e de Capitais e na Previdência Privada*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

WEINTRAUB, Arthur Bragança de Vasconcellos. *Manual de Direito previdenciário Privado*. 1 ed. São Paulo: J. de Oliveira, 2004.