

# Complementações de Aposentadorias pagas por entidades de previdência privada – quanto tributar?

João Celso Neto\*

## A questão e os comentários relevantes

Voltou ao noticiário, recentemente, a incidência ou não de imposto de renda sobre os benefícios pagos pelas entidades de previdência privada fechada àqueles que contribuíram, com parte de seus salários, durante anos, na confiança de que, ao se retirarem do mercado de trabalho, teriam o benefício pago pela Previdência Oficial (INSS) complementado pelas ditas entidades (fundações de seguridade social).

Deveu-se esse noticiário por conta do julgamento, pela Primeira Seção do STJ, de um Recurso Especial (REsp. 1.012.903) em outubro de 2008.

Previsivelmente, a imprensa não especializada cometeu pequenos senões, e pode ter dado a impressão equivocada, por exemplo, que todos os proventos de aposentadoria estariam isentos. A Folha de São Paulo de 09/10/2008 trouxe essa matéria (caderno Dinheiro) “*Receita não pode cobrar IR sobre aposentadoria, diz STJ*”.

O tema já fora discutido e decidido (inclusive pela própria Primeira Seção do STJ) em mais de uma centena de julgados.

A respeito dessa tributação, o Superior Tribunal de Justiça já consagrara, de forma reiterada e harmônica, anteriormente a esse julgado de 08/10/2008 (nos termos da Lei dos Recursos Repetitivos (Lei 11.672/2008), que *somente* incide imposto de renda sobre *parte* das complementações previdenciárias pagas por entidades de previdência privada.

## A jurisprudência pátria e sua evolução

A jurisprudência hoje existente a esse respeito é farta. Com uma ou outra exceção (aquelas que confirmam a regra), os Egrégios Tribunais Regionais Federais das cinco regiões também vinham decidindo no mesmo sentido.

A matéria chegou a suscitar dúvidas, mas já se encontra *inteiramente pacificada* pelo STJ, quanto à não-incidência de IR sobre o *total* das complementações de aposentadoria pagas por entidades de previdência privada, relativamente às contribuições efetuadas pelos participantes, notadamente antes da entrada em vigor da Lei 9.250/1995.

Ou seja, que dita complementação de aposentadoria não é *integralmente tributável*.

Consoante essa farta jurisprudência, no primeiro momento, *somente seria passível de tributação* o que resultasse das contribuições mensais dos participantes desses fundos de previdência privada efetuadas após 1º. de janeiro de 1996. Essa a ementa de várias decisões, mais antigas, que vêm sendo aperfeiçoadas ao longo do tempo, seja pela Primeira Turma, pela Segunda Turma e pela Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça.

Em outubro de 2005, foi divulgada uma decisão da Segunda Turma do STJ (REsp 658.255) em um sentido: no entendimento dos ministros da Turma, a incidência do Imposto de Renda se dava independentemente do período ou da legislação vigente à época do recolhimento das contribuições para o fundo de pensão.

Naquele julgamento, a Relatora, Ministra Eliana Calmon, traçou um paralelo entre os processos relativos ao IR sobre valores de fundos de pensão em três hipóteses: rateio, resgate e complementação de aposentadoria. E concluiu que “a inexistência de correlação entre a contribuição mensal e a *complementação da aposentadoria* fica evidente quando observada a possibilidade de contratação de renda mensal vitalícia, prevista nos artigos 14 e 33 da Lei Complementar 109/2001, que dispõe sobre o Regime de Previdência Complementar”.

Naquela oportunidade, a Ministra votou no sentido de que, em caso de recebimento de aposentadoria complementar, era sempre legítima a incidência do imposto de renda, pois havia acréscimo no patrimônio

\* Advogado

do beneficiário, conforme estabelece o artigo 33 da Lei 9.250/1995. Assim se pronunciou a Eminente Relatora:

“A isenção do tributo não consiste em mecanismo de evitar a bitributação, mas, sim, em política fiscal, que visa à intervenção em setores da economia nacional. No caso, o fato de não haver isenção fiscal no momento da formação do patrimônio da entidade previdenciária não implica que necessariamente haverá isenção em outro momento”.

Poucos meses depois, a Primeira Turma, ao julgar o AgRg no AgRg no REsp 783.545, relatado pelo Ministro Francisco Falcão, unanimemente, decidiu *na outra direção*, citando precedentes: AgRg nos EDcl no REsp 638.895/PA, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 24/10/2005; AgRg no AgRg no REsp 608.357/PR, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ de 05/12/2005; e EREsp 673.274/DF, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado pela Primeira Seção em 12/12/2005).

Ou seja, aquela decisão da Segunda Turma estaria em desacordo com a jurisprudência que se formava na Corte.

Seguiram-se várias outras conhecidas decisões, já harmônicas, quanto a não incidência da tributação de *toda* a complementação.

Começava-se a observar uma reflexão mais aprofundada, analisando a questão do “quando” para a aplicação do *tempus regit actum*. Isto é, as sucessivas legislações deram tratamentos distintos, e seria de mister que a questão fosse analisada à luz da legislação de cada época.

Estava, já então, se formando o consenso que constituiria um *bis in idem* tributar *de novo*, uma vez que, até a extinção da vigência da Lei n. 7.713/1988 (anteriormente à entrada em vigor da Lei n. 9.250/1995), já houvera a tributação.

Isso porque, até 31 de dezembro de 1995, o imposto de renda recolhido na fonte incidia sobre os *rendimentos brutos* do empregado (incluindo a parcela de contribuição à previdência privada), não se afigurando, pois, viável, sob pena de evidente ofensa ao postulado do *non bis in idem*, haver novo recolhimento de imposto de renda sobre os valores nominais, integrais, das complementações dos proventos de aposentadoria do beneficiário da previdência privada.

Nota-se o louvável exemplo de evolução jurisprudencial no julgamento do REsp 673.274, em suas

fases recursais posteriores (EREsp - julgamento em 22 de março de 2005 – e EDREsp – julgamento em 12 de dezembro de 2005).

Assim, a Primeira Seção do STJ se debruçava sobre o assunto e decidia por maioria.

Há vários julgados da Corte: REsp 256.820/CE, Relator Min. Francisco Peçanha Martins, 2ª Turma, unânime, DJ de 25/11/2002; REsp 262.594/CE, Relator Ministro Franciulli Netto, 2ª Turma, unânime, DJ de 04/06/2001; REsp 309.215/RN, rel. Min. José Delgado, 1ª Turma, unânime, DJ 13/08/2001; e REsp 134.703/CE, rel. Min. Peçanha Martins, 2ª Turma, unânime, DJ 30/10/2000, todos, em palavras muito semelhantes, dizendo que:

- O Pretório Excelso, (.....), proclamou não ter a (entidade pagadora de complementação de aposentadoria) direito ao reconhecimento da imunidade tributária referente ao imposto de renda sobre ganhos de capital, visto não se caracterizar como instituição de natureza assistencial.

- Reconhecida a não imunidade da entidade de previdência privada, são beneficiados com a isenção do IR os aposentados que recebem complementação da aposentadoria paga pela (dita entidade), à vista do disposto no art. 6º da Lei 7.713/88.

ou

1. Recurso Especial interposto contra v. Acórdão que julgou procedente pedido de isenção do imposto de renda incidente sobre a complementação de proventos de aposentadoria, recebida de entidade de previdência privada, no caso, a Fundação (...).

2. O art. 6º, da Lei n. 7.713/88, é expresso ao determinar que ficam isentos do Imposto de Renda os benefícios recebidos de entidades de previdência privada, relativo ao valor correspondente às contribuições cujo ônus tenha sido do participante, desde que os rendimentos e ganhos de capital produzidos pelo patrimônio da entidade tenham sido tributados na fonte.

3. As isenções condicionadas, também conhecidas como bilaterais ou onerosas, são as que exigem uma contraprestação do benefício da isenção, ao passo que as incondicionadas ou as chamadas isenções simples não importam qualquer ônus para os beneficiários.

4. A doutrina é assente ao consolidar que a isenção condicional é aquela que exige do beneficiário uma contraprestação em troca do condicio-

nante, constante na lei, e que a entidade de previdência privada tenha sido tributada na fonte.

5. Precedentes das 1ª e 2ª Turmas desta Corte Superior.

Integra a jurisprudência daquela Corte:

“Sob a égide da Lei 9.250/95, alterou-se inteiramente a situação.

(...)

Segundo as novas regras, da base de cálculo devem ser excluídos os valores destinados às contribuições para a Previdência Privada, deixando de incidir o imposto na fonte.

(...)

Dessa forma, permitiu-se ao contribuinte abater do Imposto de Renda o valor recolhido à previdência privada. Com a nova sistemática, é claro que, por ocasião da devolução, não é possível deixar de incidir o imposto.

A questão tem ensejado centenas de litígios, (.....) fica mais difícil a compreensão do tema. E isso porque tínhamos um regime de não-incidência, o qual foi substituído, abruptamente, pelo da incidência, o que repercutiu nos participantes que foram alcançados pelos dois regimes; tendo contribuído sob a égide da Lei 7.713/88 e continuado a contribuir, ao advento da Lei 9.250/95.

Vetada a regra de transição, como resolver o problema da devolução para aqueles que contribuíram pelas regras dos dois regimes? Dentro de uma interpretação sistemática, comparando o art. 33 da Lei 9.250/95 com o disposto na Lei 7.713/88, temos a exata compreensão da controvérsia.

Observe-se não se tratar de inconstitucionalidade do art. 33 da Lei 9.250/95, por conter hipótese bis in idem. O que ocorre é que o citado artigo só tem pertinência absoluta para as contribuições e resgates cujos fatos geradores datam de janeiro/1996 em diante, como estava estabelecido em parágrafo vetado pelo Presidente da República, inadvertidamente. O dispositivo vetado dispunha que seria excluído da incidência do imposto o valor do benefício que, *proporcionalmente*, correspondesse às parcelas de contribuições efetuadas no período de 1º/01/1989 a 31/12/1995, bem como o resgate dessas contribuições.

Este é o entendimento de ambas as Turmas da Primeira Seção desta Corte.”

Dentre muitos outros, há precedente como este relatado pelo Ministro José Delgado, quando assim decidiu a Primeira Turma:

*Tributário. art. 33. da Lei 9.250/95. Interpretação e aplicação. Plano de Previdência Privada. Medida Provisória n.1.459/96*

1. O art. 33, da Lei n. 9.250/95, não pode ter aplicação retroativa.

2. Não incide o Imposto de Renda sobre o resgate das contribuições recolhidas pelo contribuinte para planos de previdência privada quando o valor corresponde aos períodos anteriores à vigência do art. 33, da Lei 9.250/95.

3. O sistema adotado pelo art. 33, em combinação com o art. 4º, inc. V, e 8º, inc. II, “e”, da Lei 9.250/95, deve ser preservado, por a tanto permitir o ordenamento jurídico tributário, além de constituir incentivo à previdência privada.

4. 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.

5. As regras acima, porém, só se aplicam aos recolhimentos e recebimentos operados após a vigência da referida lei.

6. Os recebimentos de benefícios e resgates decorrentes de recolhimentos feitos antes da Lei 9.250/95, conforme exposto, não estão sujeitos ao imposto de renda, mesmo que a operação ocorra após a vigência da lei.

7. Recurso Especial da Fazenda Nacional improvido.

(REsp 226.263/PE, rel. Min. José Delgado, 1ª Turma, unânime, DJ 28/02/2000)

A Segunda Turma, ao julgar o REsp 175.784, assim decidiu:

*Tributário - Previdência Privada: resgate - Incidência do Imposto de Renda.*

1. Ao tempo da Lei 7.713/88, as contribuições pagas à previdência complementar eram descontadas do salário, que sofria tributação do Imposto de Renda antes do desconto.

2. Após a Lei 9.250/95, foi permitido ao contribuinte abater as quantias pagas a título de contribuição à previdência complementar não mais do salário, e sim do Imposto de Renda.

3. Na devolução dessas quantias, não há incidência do Imposto de Renda, se o pagamento deuse pela sistemática da Lei 7.713/88.

4. O imposto só incide em relação às contribuições ocorridas a partir de janeiro de 1996.

5. Recurso especial improvido.

(REsp 175.784/PE, rel. Min. Eliana Calmon,  
2ª Turma, unânime, DJ 15/10/2001)

Esses precedentes, observou a Ministra Eliana Calmon, “dizem respeito à hipótese de resgate”, mas “servem de fundamento também para os benefícios. E isso porque, em nome dos princípios da legalidade, da irretroatividade das normas tributárias e da segurança jurídica, não se pode permitir a incidência do imposto sobre o ato jurídico aperfeiçoado na vigência da Lei 7.713/88.”

Resumidamente:

a) na vigência da Lei 7.713/1988, o Imposto de Renda era recolhido na fonte, incidindo sobre os rendimentos brutos, *não devendo haver novo recolhimento* sobre os valores nominais das contribuições do beneficiário destinadas à previdência privada;

b) na vigência da Lei 9.250/1995, como o participante passou a deduzir da base de cálculo as contribuições recolhidas à previdência privada, *deixou de haver* incidência na fonte;

c) se a aposentadoria ocorreu antes de 1º/01/1996, não incidirá imposto de renda sobre o benefício (complementação da aposentadoria), mesmo após a vigência da Lei 9.250/1995, em razão do ato jurídico perfeito;

d) se a aposentadoria ocorreu após 1º/01/1996, *não incidirá* imposto de renda sobre o benefício calculado *proporcionalmente* às contribuições recolhidas sob a égide da Lei 7.713/1988, mas *apenas* sobre a parcela correspondente às contribuições recolhidas na vigência da Lei 9.250/1995; e

e) para os contratos de previdência privada firmados posteriormente a 1º/01/1996, haverá *incidência integral* sobre os benefícios, quando da aposentadoria, *apud* o Voto da Ministra-Relatora no REsp 541.207.

Algumas decisões do STJ transitadas em julgado, evidentemente, não podem ser afetadas pela evolução jurisprudencial, se essa “evolução” lhe for prejudicial (nem se fosse favorável).

No REsp 826.712, a Decisão foi agravada pela Fazenda Nacional e resultou no seguinte Acórdão:

*Processual Civil e Tributário. Agravo Regimental. Plano de Previdência Privada. Imposto de Renda. Complementação de aposentadoria. Leis nºs 7.713/1988 E 9.250/1995. Isenção. MP nº 2.159-*

*70/2001 (Originária nº 1.459/1996). Precedentes. (...).*

1. Agravo regimental contra decisão que deu parcial provimento a recurso especial.

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 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.

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 o ônus tenha sido da pessoa física, recebido por ocasião do seu desligamento do 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 o IR sobre o resgate das contribuições recolhidas pelo contribuinte para planos de previdência privada quando o valor corresponde aos períodos anteriores à vigência do art. 33 da Lei nº 9.250/95, o qual não pode ter aplicação retroativa. O sistema adotado pelo art. 33, c/c o art. 4º, V, e 8º, II, “e”, da aludida Lei deve ser preservado, por permitir o ordenamento jurídico tributário e constituir incentivo à previdência privada. Os dispositivos supra, por admitirem a dedutibilidade para o efeito ou apuração do cálculo do IR, 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.

5. Os recebimentos de benefícios e resgates decorrentes de recolhimentos feitos antes da Lei nº 9.250/95, conforme exposto, não estão sujeitos ao IR, mesmo que a operação ocorra após a vigência da lei; as disposições da Lei nº 9.250/95 não se aplicam aos resgates relativos às contribuições feitas anteriormente por participantes de planos de previdência privada; os participantes que se aposentaram antes da vigência da nova Lei e que já tinham sido tributados quando do pagamento de suas contribuições estão fora da incidência do IR, em face da MP nº 1.559 (“os valores cujo o ônus tenha sido da pessoa física, recebido por ocasião do seu desligamento do plano de previdência, correspon-

dentes às parcelas das contribuições efetuadas no período de 1º de janeiro de 1989 a 31 de dezembro de 1995”); encontram-se fora da incidência da tributação na fonte do IR não só os valores recebidos pelos participantes até o mês de dezembro de 1995, bem como aqueles resgatados após tal data, desde que correspondentes às parcelas das contribuições efetuadas no período de 1º/01/89 a 31/12/95, como dispõe o art. 7º da citada MP; tal isenção há de valer mesmo para os benefícios recebidos por ele a partir do ano de 1996 em diante, visto que as importâncias pagas pela entidade de previdência privada correspondem ao resgate das contribuições feitas por ele até a data em que começou a vigorar a incidência do IR. Precedentes desta Corte Superior.

(AgRg no Recurso Especial 826.712/RJ. Relator: Ministro José Delgado, 1ª. Turma, julgamento: 20/06/2006, trânsito em julgado: 14/09/2006)

Para finalizar, em Voto proferido, a Ministra Eliana Calmon assim se manifestou sobre o assunto:

“Nesses casos, pois, uma questão deve ficar bem clara: existe nítida correlação entre a parcela recolhida pelo participante e aquela resgatada no momento do desligamento da entidade de previdência.

Hipótese totalmente diversa é a da complementação de aposentadoria.

Nesse caso, o vínculo contratual entre o participante e a entidade de previdência privada está em vigor e as parcelas pagas a título de complementação são recebidas em virtude desse vínculo. Aliás, o fundo criado para pagamento da complementação não se constitui apenas com o que foi desembolsado pelo beneficiário, havendo, na maioria dos planos, parcela de contribuição do empregador, bem como aplicações financeiras.

Não se trata, pois, de devolução, como no caso do resgate e rateio, de modo que inexistente correlação entre o que foi recolhido e que foi recebido na aposentadoria.

Na adesão ao plano de previdência complementar, estipula-se o valor da complementação, bem como o valor da contribuição mensal do participante, a fim de que ele tenha direito de receber o quantum pretendido pelo beneficiário. Aparente equilíbrio entre o valor da contribuição mensal e da complementação de proventos decorre, apenas, de cálculos atuariais, que levam em conta fatores diversos e não apenas do montante da contribuição do participante.

A inexistência de correlação entre a contribuição mensal e a complementação da aposentadoria fica evidente quando observada a possibilidade de contratação de renda mensal vitalícia - o que

é feito na grande maioria dos casos -, prevista no art. 14, § 4º, e no art. 33, § 2º, da Lei Complementar 109/2001, que dispõe sobre o Regime de Previdência Complementar (grifei):

Se a complementação de aposentadoria é vitalícia, como se pode pretender vislumbrar correspondência entre ela e a contribuição mensal? Ora, nesse caso, o beneficiário pode receber valor muito maior do que aquele para o qual contribuiu, se sobreviver muitos anos após a aposentadoria, ou muito menor, no caso de morte prematura, situação que pode ser perfeitamente comparada, nesse ponto, com o contrato de seguro.”

## Aspectos nem sempre observados

Observa-se o quanto a questão é complexa.

As decisões já conhecidas nem sempre abordam, ou deixam de abordar, um ponto crucial: *quanto deve ser tributado e quanto estaria isento? Qual a proporcionalidade a ser aplicada no cálculo da tributação na fonte?*

Inquestionável que, se houve recolhimento a maior, cabe a devolução do indébito. Expressiva quantidade das decisões do STJ, nas duas Turmas que compõem a Primeira Seção, falam muito nas Leis 7.713/1988 e 9.250/1995.

Por oportuno, cabem dois pequenos parênteses:

a) o percentual a ser aplicado sobre a complementação de aposentadoria paga ao assistido pode resultar em uma parcela tributável que caía na faixa de isenção da tabela de retenção do imposto de renda na fonte;

b) conquanto existam, basicamente, três fontes de financiamento de uma reserva matemática que custearia a futura complementação de aposentadoria (contribuições do empregado – futuro assistido -; contribuições da Mantenedora / Patrocinadora da entidade; e rendimentos das aplicações feitas pela gestora do fundo, a própria Fundação), nada indica que aquela reserva matemática haja sido formada por 1/3 de cada qual daquelas três fontes, isto é, em partes iguais.

Na vigência da Lei 7.713/1988, o salário era tributado *antes* de ser calculado e descontado o IRPF na fonte. Ou seja, a tributação incidia também sobre a contribuição do empregado para a formação de sua reserva atuarial na entidade de previdência privada a ser,



mais tarde, a fonte básica responsável pelo pagamento dos benefícios complementares aos do INSS.

Logo, os benefícios recebidos naquela época não podiam ser tributados (IRPF) na fonte, porque isso caracterizaria bitributação (*bis in idem*). Os benefícios estavam, por assim dizer, isentos de IR (na verdade, *já haviam sido tributados*, daí, talvez, seja impróprio dizê-los “isentos”).

A partir de 1º/01/1996, com a entrada em vigor da Lei 9.250/1995, a contribuição para aquelas entidades de previdência complementar fechada passou a ser deduzida da base de cálculo do IR na fonte, cabendo a incidência do IR.

Há que se considerar um primeiro aspecto relativo a quando teve início o recebimento do benefício (complementação de aposentadoria ou pensão). Se antes de 1º/01/1996, em princípio, não cabia qualquer tributação, pois a contribuição do empregado (aposentado ou que deixou a pensão) para a constituição do fundo (ou de sua “conta própria”) já fora tributada.

Isso se projeta no tempo, e mesmo as complementações / pensões recebidas depois de 1º/01/1996 estariam isentas e, se o IR foi cobrado na fonte, caberia a devolução do indébito (ressalvada a controvertida questão da prescrição quinquenal).

Contudo, isso não é tão simples assim, como se procurará demonstrar.

### **A tributação como parece mais *justa***

Cumpra analisar a questão sobre várias hipóteses, seja quanto àqueles que hajam começado a receber o benefício na vigência da nova legislação (Lei 9.250/1995) – quer dizer, a partir de 1º/01/1996 -, seja que já viessem recebendo benefícios desde antes (na vigência da Lei 7.713/1988), sendo muitas as situações fáticas que levam a diversas situações de tributação.

Potencialmente, houve contribuições sob legislações tributárias anteriores à vigência da Lei 7.713/1988, durante a vigência daquela legislação que levava à não tributação e *após* sua substituição / revogação, pela Lei 9.250/1995.

Assim, há uma infinidade de situações “híbridas”.

### **Como os casos variam de um para outro**

Diz a jurisprudência prevalecente sobre a matéria, de forma uníssona e já pacificada pelas Primeira e Segunda Turmas e pela Primeira Seção do STJ, que a complementação / pensão paga mensalmente aos aposentados / pensionistas deve ser isenta de tributação proporcionalmente ao tempo durante o qual houve a tributação (recolhimento de IR na fonte) sobre a contribuição (de 1º/01/1989 a 31/12/1995), somente sendo tributável a parcela correspondente aos outros períodos (antes de 1º/01/1989 e depois de 1º/01/1996).

Imagine-se que alguém contribuiu desde janeiro de 1976, e que integralizou o tempo requerido para a obtenção do benefício em dezembro de 1996. Teria contribuído durante 21 anos, dos quais sete anos sob uma legislação que daria a dita “isenção” (de 1989 a 1995) e quatorze anos submetido à outra legislação (que não tributava a contribuição na fonte, gerando a contrapartida de ver sua renda tributada: de 1976 a 1988 e durante os doze meses de 1996).

Para uma comparação das muitas situações, tomem-se os casos de diversos contribuintes a uma entidade de previdência complementar privada, a fictícia Fundação “Angélicos” de Seguridade Social, todos contribuindo por quinze anos (180 meses) e, então, tendo requerido suas respectivas aposentadorias à Previdência Oficial (INSS) e a complementação de aposentadoria devida pela “Angélicos”, na forma de seu estatuto e de acordo com o Plano a que aderira (digamos, o de Benefício Definido, que, normalmente, corresponde ao benefício na espécie concedida pela Previdência Oficial: por tempo de contribuição, proporcional antecipada, por invalidez, especial, etc.).

1) Contribuiu desde janeiro de 1974 até dezembro de 1988, integralmente sob a legislação anterior à Lei 7.713/1988;

2) Contribuiu desde janeiro de 1979 até dezembro de 1993, parte sob a legislação anterior e parte sob a Lei 7.713/1988;

3) Contribuiu desde janeiro de 1981 até dezembro de 1995, também parcialmente sob aquelas duas legislações distintas;

4) Contribuiu desde janeiro de 1989 até dezembro de 2003, desta feita, parte sob a Lei 7.713/1988 e parte sob a legislação seguinte (Lei 9.250/1995);

5) Contribuiu desde janeiro de 1993 até dezembro de 2007, também parte sob cada uma das duas legislações mais recentes.

Quase que certamente, o tratamento tributário resultará em cinco diferentes percentuais, se buscada a proporcionalidade entre o tempo de contribuições sob uma legislação que já as tributara (entre janeiro de 1989 e dezembro de 1995) e o tempo total de contribuição.

A primeira situação (caso 1) mostra que todas as contribuições foram efetuadas *antes* da entrada em vigor da Lei 7.713/1988. Dessa forma, ter-se-ia a possibilidade de tributar integralmente a complementação recebida (100%)

No segundo caso, dez anos (120 meses) foram de contribuições anteriormente à entrada em vigor da L. 7.713/88 e cinco anos (60 meses) sob a regência dessa “nova” lei, o que permite concluir que seria passível de tributação dois terços do tempo total de contribuição (120 dos 180 meses). Ou seja, 66,6666% da complementação seria tributável.

No caso 3, ter-se-iam contribuições sob a legislação anterior à Lei 7.713/1988 durante oito anos (96 meses) e o restante (84 meses) na vigência daquela lei, ou seja, 96 dividido por 180, resultando em uma tributabilidade de 53,3333%.

O caso aventado em seguida (4), mostra situação em que, ao contrário, as contribuições nos primeiros 84 meses foram sob a Lei 7.713/1988 e as 96 finais sob a regência da Lei 9.250/1995, levando, matematicamente, ao mesmo resultado anterior. Isto é, a dita “isenção”, abrangendo 84 dos 180 meses, faz ser tributável a proporção dos 96 que já não gozavam daquela “isenção”:  $96 \text{ dividido por } 180 = 0,533333$  (53,3333%).

E, por fim, tem-se uma hipótese em que as contribuições na vigência da Lei 7.713/1988 limitaram-se a 36 meses, enquanto todas as demais (durante 144 meses) foram sob a já vigente a Lei 9.250/1995. Assim, parece que a proporcionalidade justa seria entender tributável 144 dividido por 180 = 0,80 (80%).

Evidentemente, inúmeras são as situações que ocorrem (contribuição desde outras datas e até outras datas que as consideradas para a exposição desse raciocínio exegésico), levando a percentuais de tributabilidade individualizados, podendo chegar em breve a, outra vez, caber a tributação sobre 100% da complementação

(caso daqueles que começaram a contribuir em janeiro de 1996, quando já não mais vigia a Lei 7.713/1988).

Cada caso deve ser calculado conforme uma metodologia considerada correta ou a ser definida.

## O indébito e o devido, consoante a legislação vigente

Em princípio, computar apenas as contribuições efetuadas naqueles 84 meses de vigência da Lei 7.713/1988 como um quantum a devolver (mesmo porque não constituía um indébito, consoante a lei então vigente) não resultará no protraimento da proporcionalidade tão reiteradamente presente nas decisões, pois será um valor limitado, em pecúnia, e, na espécie, parece mais justo estabelecer um percentual que tribute a complementação de aposentadoria, paga por entidades de previdência privada, por todo o tempo, pois essa complementação de aposentadoria, sabidamente, será devida por um tempo imprevisível, se de um, cinco, dez, vinte anos ou mais.

Embora não se haja chegado ainda a um consenso, sabe-se que a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional decidiu não mais recorrer nas lides em que o contribuinte logrou êxito na ação ajuizada, acatando a jurisprudência do STJ nessa matéria já pacificada.

Sobre esse tema, o DOU de 16/11/2006 publicou Despacho do Exmo. Sr. Ministro da Fazenda, de 06/11/2006, com este teor:

Assunto: Tributário. Imposto de renda. Complementação de aposentadoria. Contribuições efetuadas exclusivamente pelo beneficiário. Período de 1º de janeiro de 1989 a 31 de dezembro de 1995. Alínea “b” do inciso VII do art. 6º da Lei nº 7.713, de 1988.

Jurisprudência pacífica do Egrégio Superior Tribunal de Justiça.

Aplicação da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002, e do Decreto nº 2.346, de 10 de outubro de 1997.

Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional autorizada a não contestar, a não interpor recursos e a desistir dos já interpostos.

Despacho: Aprovo o Parecer PGFN/CRJ/Nº 2139/2006, de 30 de outubro de 2006, da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, que concluiu pela dispensa de apresentação de contestação, de interposição de recursos, bem como pela autori-

zação de desistência dos já interpostos, desde que inexistia outro fundamento relevante, obter a declaração de que não incide imposto de renda sobre a complementação de aposentadoria correspondente às contribuições efetuadas exclusivamente pelo beneficiário no período de 1º de janeiro de 1989 a 31 de dezembro de 1995, até o limite do imposto pago sobre as contribuições deste período, por força da isenção concedida no inciso VII do art. 6º da Lei nº 7.713, de 1988, na redação anterior a que lhe foi dada pela Lei nº 9.250, de 1995.

No dia seguinte, o DOU publicou o Ato Declaratório nº. 4, do Sr. Procurador-Geral da Fazenda Nacional, verbis:

*O Procurador-Geral da Fazenda Nacional (...) Declara que ficam dispensadas a apresentação de contestação, a interposição de recursos e fica autorizada a desistência dos já interpostos, desde que inexistia outro fundamento relevante, “nas ações judiciais que visem obter a declaração de que não incide imposto de renda sobre a complementação de aposentadoria correspondente às contribuições efetuadas exclusivamente pelo beneficiário no período de 1º de janeiro de 1989 a 31 de dezembro de 1995, até o limite do imposto pago sobre as contribuições deste período, por força da isenção concedida no inciso VII do art. 6º da Lei nº 7.713, de 1988, na redação anterior a que lhe foi dada pela Lei nº 9.250, de 1995.*

## A entidade pagadora, terceira necessária

Por fim, cabe trazer ainda à consideração um último aspecto peculiar que nem sempre vem sendo adequadamente observado: a indispensável atuação das entidades que pagam essas complementações no processo, porquanto são elas que *calculam e recolhem* o IRPF retido na fonte. Elas não são parte, solidárias ou litisconsortes, mas precisam ser chamadas na hora de dar cumprimento ao *decisum*.

Dentre os renomados doutrinadores brasileiros, lê-se em Sérgio Bermudes (Introdução ao Processo Civil, ed. Forense, p. 80:1):

“Porque a vida na sociedade se compõe de um feixe indeterminado de relações regidas pelo direito, os conflitos sociais não se exaurem na divergência entre os titulares da pretensão e da resistência que se confrontam. Acabam, de algum modo, enredando terceiras pessoas que, não sendo os contendores, são atingidos pela lide. Por isso mesmo, a prestação jurisdicional, muitas vezes, extrava-

sa do universo dos vínculos exclusivos entre o autor e o réu e apanha outras pessoas” (destacou-se).

Essas são situações típicas em que uma terceira pessoa precisa ser chamada a intervir, ainda que não integre nem o polo ativo nem o passivo.

Tal como os empregadores que recebem uma decisão judicial sobre pagamento de pensão por um seu empregado, para reter na fonte e depositar em favor do(a) / dos(as) pensionista(s) a quantia devida, são essas entidades pagadoras as mais afetadas, ficando sem saber como ou quanto tributar a complementação a ser paga.

Com essa expressa finalidade, explica-se e justifica-se o chamamento ao processo das entidades pagadoras que calculam e retêm na fonte o Imposto de Renda sobre a complementação de aposentadoria que paga a seus assistidos, uma vez antecipada a tutela ou transitada em julgado a demanda, para, adequadamente, dar cumprimento à decisão judicial.

Por outro lado, na falta de expressa e textual manifestação do Magistrado ou da Corte sobre quanto deve ser tributado / retido na fonte / recolhido à Secretaria da Receita Federal do Brasil (SRFB), ficam as entidades pagadoras ora *deixando de recolher* à SRFB o que *tributou como se tudo fora tributável*, ora *questionando a decisão* mediante Embargos de Declaração ou Agravos de Instrumentos (curiosa e estranhamente, se não são parte nem integram a lide). Afinal, meros agentes responsáveis pelo cálculo, retenção e recolhimento do imposto de renda, não querem assumir a responsabilidade de calcular, correndo o risco de o Fisco entender equivocado o cálculo da retenção. A decisão judicial deve fixar o quanto (ou como) tributar, não transferindo essa responsabilidade para a entidade pagadora.

## Conclusões

1. Para aperfeiçoar a Decisão Judicial, parece imprescindível ser definido / fixado expressamente se toda a complementação deve deixar de ser tributada ou se apenas parte (e, neste caso, *que percentual* da complementação da aposentadoria paga deve ser retido na fonte e recolhido à SRFB).

2. A melhor exegese da jurisprudência brasileira aplicável, até prova em contrário, é tributar a complementação da aposentadoria paga por entidades de pre-



vidência privada fechada proporcionalmente ao tempo de contribuição, *deduzidos os 84 meses de vigência da Lei 7.713/1988*.

3. Não há falar em “devolver” o imposto retido na vigência daquela lei, porquanto, à época, a contribuição paga, pelo futuro assistido, à entidade de previdência complementar fechada era tributável.

4. Na espécie, parece inevitável que a entidade pagadora (sem ser *Corré*, *Litisconsorte* ou *Devedora Solidária* - isto é, não integrando o polo passivo) seja chamada a acompanhar o andamento processual, para saber dar o correto cumprimento ao que ficar decidido – *transitado em julgado* ou com *antecipação da tutela*.