

**MÔNICA OIDE NAKABAYASHI DE LIMA**

**DIREITO PROCESSUAL TRIBUTÁRIO**

**Ação de Repetição de Indébito da cobrança indevida de imposto de renda  
sobre os valores recebidos a título de aposentadoria complementar**



**Campinas/ SP**

**2009**

**MÔNICA OIDE NAKABAYASHI DE LIMA**

**DIREITO PROCESSUAL TRIBUTÁRIO**

**Ação de Repetição de Indébito da cobrança indevida de imposto de renda  
sobre os valores recebidos a título de aposentadoria complementar**

**Monografia apresentada ao Curso de  
Especialização Telepresencial e Virtual em  
Direito Tributário, na modalidade Formação  
para o Mercado de Trabalho, como requisito  
parcial à obtenção do grau de especialista  
em Direito Tributário.**

**Universidade do Sul de Santa Catarina -  
UNISUL  
Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes - REDE  
LFG**

**Orientador: Prof. Kelly Fagundes de Medeiros Viana**

**Campinas/ SP**

**2009**

## **TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE**

Declaro, para todos os fins de direito e que se fizerem necessários, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico e referencial conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Sul de Santa Catarina, a Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes, as Coordenações do Curso de Especialização Telepresencial e Virtual em Direito Tributário, a Banca Examinadora e o Orientador de todo e qualquer reflexo acerca da monografia.

Estou ciente de que poderei responder administrativa, civil e criminalmente em caso de plágio comprovado do trabalho monográfico.

Campinas, junho de 2009.

**Mônica Oide Nakabayashi de Lima**

**MÔNICA OIDE NAKABAYASHI DE LIMA**

**DIREITO PROCESSUAL TRIBUTÁRIO**

**Ação de Repetição de Indébito da cobrança indevida de imposto de renda  
sobre os valores recebidos a título de aposentadoria complementar**

Esta monografia foi julgada adequada para a obtenção do título de Especialista em Direito Tributário, na modalidade Formação para o Mercado de Trabalho, e aprovada em sua forma final pela Coordenação do Curso de Pós-Graduação Direito Tributário da Universidade do Sul de Santa Catarina, em convênio com a Rede Ensino Luiz Flávio Gomes – REDE LFG.

Campinas, junho de 2009.

## RESUMO

Este trabalho traz, em síntese, as noções gerais e os princípios de direito tributário, relatando brevemente acerca do controle de constitucionalidade da legislação tributária e as eventuais ações judiciais necessárias para tanto.

Narra acerca da possibilidade de complementação de aposentadoria através de previdência privada e, por fim, esclarece a forma de cálculo de imposto de renda sobre os valores pagos a título de complementação de aposentadoria e/ou resgate das contribuições e possibilidade de eventual restituição dos valores através de ação judicial.

**Palavras-chave: direito tributário; complementação aposentadoria; previdência privada; restituição**

## **ABSTRACT**

In synthesis, this labour brings general notions and the right tax principles, relating shortly about the control of constitutionality of the tax legislation and eventual necessary lawsuits for that.

Tells about the possibility to complement the retirement through private foresight and, finally, clears the income tax calculation form about the paid values on the basis of complements of retirement and/or rescue of the contributions and possibility of eventual restitution of the values through lawsuit.

**Key words: tax right; complement retirement; private foresight; restitution**

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b>	9
<b>CAPÍTULO 1</b>	10
<b>1. NOÇÕES ESSENCIAIS DO DIREITO TRIBUTÁRIO</b>	
<b>CAPÍTULO 2</b>	11
<b>2. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO TRIBUTÁRIO E DO PROCESSO TRIBUTÁRIO</b>	
2.1 Princípio da segurança jurídica	
2.2 Princípio da legalidade	
2.3 Princípio da igualdade ou da isonomia	
2.4 Princípio da irretroatividade	
2.5 Princípio da anualidade e anterioridade	
2.6 Princípio da anterioridade mínima (nonagesimal)	
2.7 Princípio do devido processo legal	
2.8 Princípio da ampla defesa e do contraditório	
2.9 Princípio do duplo grau de conhecimento	
2.10 Princípio da inafastabilidade da jurisdição	
<b>CAPÍTULO 3</b>	16
<b>3. O CONTROLE DA LEGALIDADE E CONSTITUCIONALIDADE DA LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA</b>	
3.1 O processo tributário	
3.2 Espécies de processos judiciais	
3.3 Ações de iniciativa do Fisco	
3.4 Ações de iniciativa do contribuinte	
<b>CAPÍTULO 4</b>	21
<b>4. A COBRANÇA INDEVIDA DE IMPOSTO DE RENDA SOBRE OS</b>	

## **VALORES RECEBIDOS A TÍTULO DE APOSENTADORIA COMPLEMENTAR**

4.1 Da natureza jurídica da complementação de aposentadoria

4.2 Histórico da legislação de Imposto de Renda

4.3 Da ação de repetição do indébito do imposto de renda incidente sobre os valores de aposentadoria complementar e de resgate da contribuição

4.4 Da prescrição da ação de repetição

## **REFERÊNCIAS**

## INTRODUÇÃO

Neste trabalho, expõem-se, resumidamente, as noções gerais de direito tributário e os princípios constitucionais inerentes ao direito tributário, como por exemplo, o princípio da segurança jurídica, da legalidade e anterioridade nonagesimal entre outros.

Mais adiante, apresenta os conceitos e requisitos das ações tributárias, sendo a principal delas a ação de repetição de indébito, verificando-se o momento da sua ocorrência.

O objetivo deste estudo é a análise da legislação de imposto de renda sobre os valores pagos a título de complementação de aposentadoria e/ou resgate das contribuições e a eventual restituição dos valores recolhidos indevidamente durante determinado período.

## 1. NOÇÕES ESSENCIAIS DO DIREITO TRIBUTÁRIO

O Direito tributário é um conjunto de normas que disciplinam a atividade do Poder Público para a criação de tributos, com finalidade específica, a de gerar receita para o Estado, e este necessita de recursos financeiros para o custeio de suas funções, com a finalidade de prover o bem comum. Tem como contrapartida o Direito Fiscal, que é o conjunto de normas jurídicas destinadas à regulamentação do financiamento das atividades do Estado. Direito tributário e Direito fiscal, estão assim, ligados, por meio do Direito Financeiro, ao Direito Público.

Os recursos financeiros, por sua vez, provêm de atividades econômico-privadas, de empréstimos, de monopólios e especialmente de imposição tributária, através de taxas, impostos e contribuições.

O direito de tributar do Estado decorre do seu poder imperativo de arrecadar para seus cofres uma parcela do patrimônio das pessoas sujeitas à sua jurisdição e que são chamadas "receitas derivadas" ou tributos.

O Direito tributário cria e disciplina as relações jurídicas entre o Estado-Fisco e os contribuintes e/ou responsáveis, pessoas que juridicamente estão sujeitas às normas. A lei outorga ao Estado a pretensão ou direito de exigir de quem está submetido à norma, uma prestação pecuniária que conhecemos como tributo, decorrentes da relação jurídica, onde, no momento em que se realiza a hipótese de incidência tributária (determinada conduta prevista em lei), torna-se fato gerador, o que enseja na obrigação tributária, cujo objeto é o crédito tributário.

O Direito tributário regulamenta o direito de levantamento pecuniário entre os jurisdicionados (Fisco X contribuinte), enquanto o Direito processual tributário visa solucionar os conflitos decorrentes dessas relações.

## 2. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO TRIBUTÁRIO E DO PROCESSO TRIBUTÁRIO

Tanto o Direito tributário quanto o Processo tributário são regidos por princípios constitucionais que norteiam a competência dos entes políticos, e impondo-lhes limites na relação Fisco-contribuinte, são eles:

### 2.1 Princípio da segurança jurídica

É deste princípio implícito que decorrem os demais princípios e garantias constitucionais, que dão “funcionalidade ao ordenamento jurídico brasileiro” já que segundo ele “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada” (CF, art. 5º inciso XXXVI).

Segundo Cleide Previtalli Cais, (2004, p. 51 s.s.),

O princípio da segurança jurídica é de capital importância ao sistema tributário, representando a origem de diversos mandamentos constitucionais, como resulta do *caput* do art. 37 da CF que determina à Administração Pública a obediência aos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência. Da observância do princípio da segurança jurídica resulta a lealdade que deve nortear os atos da Administração em relação aos administrados, em todos os seus campos de atuação e, principalmente, no âmbito deste trabalho, no poder de tributar<sup>1</sup>.

### 2.2 Princípio da legalidade ( art. 150, I)

O texto do art. 150, I da CF estabelece que "é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios exigir ou aumentar tributo sem lei que

---

<sup>1</sup> CAIS, Cleide Previtalli. O Processo tributário, 4ª Ed., p. 51 s.s.

o estabeleça", refere-se ao princípio da legalidade tributária, que limita a atuação do poder do ente político em prol da justiça e da segurança jurídica dos contribuintes. Seria temeroso permitir que a Administração Pública tivesse total liberdade de instituir ou majorar tributos, sem qualquer garantia de proteção aos contribuintes e/ou responsáveis contra os excessos cometidos.

O princípio da legalidade tributária, nada mais é que uma reafirmação do princípio encontrado no art. 5º, II da CF, onde temos que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei". É cristalina a submissão necessária do ente tributante ao princípio, para que não reste dúvida de natureza alguma.

Ademais, mister lembrar que o legislador constituinte optou por deixar expresso na Carta Magna o princípio específico da legalidade para a área tributária, com o intuito de proteger o contribuinte, o chamado princípio da estrita legalidade tributária, descrito no art. 150, I da Constituição Federal<sup>2</sup>.

### 2.3 Princípio da igualdade ou da isonomia

O princípio da isonomia tributária, disciplinado no art. 150, II da Carta Magna, consigna que, em princípio, a lei não pode - não deve - dar tratamento desigual a contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibindo qualquer distinção quanto sua ocupação, conforme se extrai da redação:

Art.150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos municípios:

(...)

II – Instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos.

### 2.4 Princípio da irretroatividade

---

<sup>2</sup> Art. 150, I, CF: "sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e Municípios:

I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça."

O princípio da irretroatividade da lei é princípio geral de direito, segundo o qual deve incidir sobre fatos geradores posteriores a sua edição, salvo quando interpretativa ou para beneficiar, no campo do Direito tributário penal, desde que o ato não esteja definitivamente julgado.

## 2.5 Princípio da anualidade e anterioridade

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: [...]

III - cobrar tributos: [...]

b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou;

O dispositivo supra referido refere-se ao princípio da anterioridade, que veda os entes tributantes a cobrança de tributos no mesmo exercício financeiro em que tenham sido instituídos ou majorados.

Para Eduardo de Moraes Sabbag (2008, p. 25), “a verdadeira lógica do princípio da anterioridade é preservar a segurança jurídica, postulado doutrinário que irradia efeitos a todos os ramos do Direito, vindo a calhar na disciplina ora em estudo, quando o assunto é anterioridade tributária”<sup>3</sup>.

## 2.6 Princípio da anterioridade mínima (nonagesimal)

O art. 150, III, c, da Constituição Federal<sup>4</sup>, redação dada pela Emenda

<sup>3</sup> SABBAG, Eduardo de Moraes. Direito tributário, 9ª Ed., pg. 25

<sup>4</sup> Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: [...]

III - cobrar tributos: [...]

c) antes de decorridos noventa dias da data em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou, observado o disposto na alínea b; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

Constitucional nº 42, de 19.12.2003, trouxe uma exceção ao princípio da anterioridade, posto que veda a cobrança dos tributos antes de decorridos noventa dias da data em que houver sido publicada a lei que tenha instituído ou aumentado o tributo, também conhecida como princípio da anterioridade mitigada.

## 2.7 Princípio do devido processo legal

Este princípio descrito no art. 5º, LIV, da Constituição Federal/88, assegura que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Podemos dizer que o processo é “devido” se for efetivo, adequado e tempestivo, com a observância de ritos preestabelecidos durante o seu decorrer.

## 2.8 Princípio da ampla defesa e do contraditório

Este princípio descrito no art. 5º, LV, da Constituição Federal, assegura a todos o direito ao contraditório e a ampla defesa, seja no âmbito administrativo ou judicial:

Art. 5º [...]

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

Segundo Hugo de Brito Machado Segundo (2008, p. 37):

Trata-se de desdobramento do princípio do devido processo legal, mas que somente diz respeito a processos propriamente ditos de natureza contenciosa, ou seja, séries organizadas de atos concatenados, administrativas ou judiciais, que tenham por fim a resolução de um conflito, com a necessária participação das partes. Não incide sobre meros procedimentos, os quais, não obstante não podem ser desenvolvidos nem concluídos de modo a inviabilizar o posterior direito de defesa (com lavratura de auto de infração desprovido de fundamentação, por exemplo) [...] Por ampla defesa, entende-se que às partes em litígio devem ser assegurados todos os meios necessários à articulação de suas pretensões, à comprovação dos fatos sobre os quais estas se fundam e à reforma de decisões eventualmente equivocadas.<sup>5</sup>

---

<sup>5</sup> MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. Processo Tributário, 3ª Ed., pg. 37

Ademais, é mister destacar que o princípio do contraditório no âmbito do processo Administrativo não representa a mesma extensão que o adotado no processo judicial.

## 2.9 Princípio do duplo grau de conhecimento

O princípio do duplo grau de jurisdição possibilita a parte sucumbente a reversão de uma decisão proferida em primeira instância, recorrendo ao órgão hierarquicamente superior, garantia esta assegurada, inclusive, aos processos administrativos, conforme se extrai da leitura do art. 5º, LV, da Constituição Federal<sup>6</sup>, supra citado.

## 2.10 Princípio da inafastabilidade da jurisdição

O art. 5º, XXXV, da Constituição Federal garante que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, autorizando o exercício de direito de ação, e em nenhuma hipótese, desde que preenchidos os requisitos necessários, pode-se evitar que o Poder Judiciário tome conhecimento e decida sobre lesão ou ameaça a direito do contribuinte, que busca a aplicação da norma e a conseqüente solução do conflito.

---

<sup>6</sup> art. 5º, LV, da CF/88 - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

### **3. O CONTROLE DA LEGALIDADE E CONSTITUCIONALIDADE DA LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA**

São as normas de direito material tributário que definem e delimitam as competências dos entes tributantes (União, Estado e Municípios), quando da instituição e majoração dos tributos, concessão de isenções, etc.

Assim sendo, é de grande relevância o controle da legalidade e constitucionalidade das leis e atos normativos tributários, posto que compete aos tribunais (Administrativo e Judiciário) apreciar eventual defesa apresentada pelos contribuintes sem qualquer restrição.

De um lado, o processo administrativo se desenvolve no âmbito da Administração Pública Tributária, e para Hugo de Brito Machado Segundo (2008, p. 9)<sup>7</sup>, regulando os atos de fiscalização, como por exemplo, a forma de apuração do montante devido, o prazo de impugnação, a interposição de recursos administrativos. Lado outro, o processo judicial tributário, trata da execução do crédito apurado, da penhora de bens, da interposição de recurso pelo contribuinte e da propositura de ações de anulação de lançamento, ou ainda, restituição do indébito.

Mister destacar, neste momento que, o presente trabalho visa demonstrar a necessidade da propositura de ação judicial para a eventual restituição dos valores recolhidos indevidamente a título de imposto de renda decorrente de valores recebidos a título de aposentadoria complementar.

#### **3.1 O processo tributário**

---

<sup>7</sup> MACHADO SEGUNDO, op. cit., p. 9

O processo judicial tributário é uma série de atos através dos quais o Estado-Juiz presta a tutela jurisdicional, solucionando os conflitos entre o Fisco e os contribuintes, através da aplicação do direito ao caso concreto.

Entretanto, em regra, não há lei processual específica para a resolução dos conflitos entre o Estado-Fisco e o contribuinte, salvo as execuções e cautelares fiscais (Lei nº 6.830/80), assim, o processo judicial tributário rege-se pela legislação processual comum e por construções doutrinárias e jurisprudenciais.

### 3.2 Espécies de processos judiciais

Os processos judiciais podem ser classificados em três tipos básicos:

- a) de conhecimento;
- b) executiva e
- c) cautelar.

No processo de conhecimento o Estado-juiz é chamado para resolver uma controvérsia de direito material, podendo, afirmar a existência ou não de uma relação jurídica no caso concreto; condenar ou não uma das partes a uma prestação e, por fim, constituir ou não uma situação jurídica nova.

Já no processo de execução, não se discute a questão de direito, até porque o título já está constituído, seja por sentença, seja por título extrajudicial, “busca-se, tão somente, o adimplemento forçado do direito” (Machado Segundo, 2008, p. 220)<sup>8</sup>.

O processo cautelar visa a preservar um direito que está sendo ou será questionado, mas pode eventualmente perecer se a providência não for adotada.

### 3.3 Ações de iniciativa do Fisco

---

<sup>8</sup> Ibidem, p. 220

### 3.3.1 Execução fiscal

O processo de execução fiscal, disciplinado pela Lei nº 6.830/80, tem como objeto a satisfação do direito do credor (Fazenda Pública) ao adimplemento do crédito tributário constituído, vencido e não-pago.

Para Alexandre Barros Castro (2007, p. 167)<sup>9</sup>, “a execução fiscal é uma modalidade de execução por quantia certa, pela qual a Fazenda Pública goza da presunção de certeza e liquidez *juris tantum*, admitindo prova em contrário para afastá-los, desde que precisa e sem dar margem a erros ou dubiedades”.

### 3.3.2 Cautelar fiscal

A cautelar fiscal é instrumento adequado a fim de evitar que o contribuinte esvazie a execução fiscal ou inviabilize a satisfação do crédito tributário antes do término do processo, sendo possível sua propositura antes ou mesmo durante a discussão de eventual crédito.

## 3.4 Ações de iniciativa do contribuinte

### 3.4.1 Mandado de segurança

O mandado de segurança é garantia constitucional do contribuinte e/ou responsável de impetrar ação contra o poder público, desde que tenha um direito líquido e certo e que seja lesado ou ameaçado por ato de autoridade (art. 5º, LXIX,

---

<sup>9</sup> CASTRO, Alexandre Barros, Processo Tributário, 3ª Ed., p. 167

CF/88)<sup>10</sup>.

O direito líquido e certo é aquele que sua demonstração independe de prova.

### 3.4.2 Ação anulatória de lançamento tributário

Tem como objeto a anulação do procedimento administrativo de lançamento proposta pelo contribuinte contra a Fazenda Pública. É ação de conhecimento, segue o rito ordinário. Esta ação comporta ampla dilação probatória.

### 3.4.3 Ação declaratória

Trata-se de processo de conhecimento, seguindo o procedimento ordinário. Distingue-se da ação anulatória em razão do pedido. Na ação declaratória pede-se tão somente a declaração da existência ou inexistência de uma relação jurídica.

Cleide Previtalli Cais (2004, p. 481) leciona que a ação declaratória “em matéria tributária tem cabimento quando presente estado de incerteza em relação ao contribuinte por força de exigência fiscal”<sup>11</sup>.

### 3.4.4 Ação de consignação em pagamento

Ação de consignação em pagamento é aquela através da qual se busca a proteção ao direito de pagar uma dívida, em face de indevida resistência oferecida pelo credor, ou da pretensão de mais de um credor de recebê-la. Trata-se de instrumento processual adequado, em outras palavras, à tutela do direito de pagar, e pagar o credor correto, deixando clara a noção de que a distinção entre direitos e deveres é precipuamente axiológica (Hugo de

---

<sup>10</sup> Art. 5º, LXIX: “conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por “habeas-corpus” ou “habeas-data”, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público;”

<sup>11</sup> CAIS, Cleide Previtalli, op. cit., p. 481

Brito Machado Segundo, 2008, p. 468)<sup>12</sup>.

Pagar não é apenas um dever, é também um direito, para que não incorra em juros moratórios, e seu exercício esta garantido por esta ação.

#### 3.4.5 Ação de repetição de indébito

É o remédio jurídico através do qual o autor-contribuinte pleiteia que seja condenada a Fazenda Pública a restituir tributo pago indevidamente. Cuida-se de ação de conhecimento de natureza condenatória.

A repetição de indébito pode ser ajuizada em caso de: a) cobrança de tributo indevido ou devido a maior (por erro de direito ou por erro de fato); b) erro na identificação do sujeito passivo; c) reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão denegatória.

---

<sup>12</sup> MACHADO SEGUNDO, op. cit, p. 468.

## **4. A COBRANÇA INDEVIDA DE IMPOSTO DE RENDA SOBRE OS VALORES RECEBIDOS A TÍTULO DE APOSENTADORIA COMPLEMENTAR**

### 4.1 Da natureza jurídica da complementação de aposentadoria

Os benefícios de complementação de aposentadoria assemelham-se aos proventos de aposentadoria pagos pela previdência oficial, ambas tem caráter de seguro: a primeira assegura a manutenção do nível de renda recebido durante a atividade do segurado, enquanto a aposentadoria da previdência oficial assegura a renda do beneficiário em sua velhice, ou quando completado determinado tempo de contribuição.

Entretanto, diferenciam-se em alguns aspectos.

De um lado, a complementação de aposentadoria é decorrente de um contrato entre o empregado e administrador, pagos por entidades privadas e a obrigação de pagar. Lado outro os benefícios de aposentadoria da previdência oficial decorrem de contribuições compulsórias pagos por entidade pública.

Outra diferença significativa são as formas de custeio e de administração dos recursos. No caso da previdência oficial, as fontes de custeio são aquelas contribuições sociais de natureza compulsórias, de forma direta e indireta, previstas no art. 195 da Constituição Federal, enquanto a aposentadoria complementar, por se tratar de uma relação contratual, conta somente com a participação pecuniária do empregado-beneficiário e do empregador patrocinador, quando for o caso, cabendo à entidade de previdência privada (aberta ou fechada) a gestão dos recursos.

### 4.2 Histórico da legislação de Imposto de Renda

Art. 153 - Compete à União instituir impostos sobre:

III - renda e proventos de qualquer natureza;

[...]

§ 2º - O imposto previsto no inciso III:

I - será informado pelos critérios da generalidade, da universalidade e da progressividade, na forma da lei;

II - não incidirá, nos termos e limites fixados em lei, sobre rendimentos provenientes de aposentadoria e pensão, pagos pela previdência social da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, a pessoa com idade superior a sessenta e cinco anos, cuja renda total seja constituída, exclusivamente, de rendimentos do trabalho. (\*Revogado pelo art. 17 da Emenda Constitucional nº 20 de 15 de Dezembro de 1998).

A Constituição Federal de 1988 outorgou competência à União para instituição do Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza, de forma que, a referida imposição deverá observar os critérios da generalidade, universalidade e progressividade na forma da lei.

Assim, a observação do critério generalidade exige que a regra de incidência alcance todas as pessoas que revelem capacidade contributiva. A universalidade alcança os fatos de subsunção à hipótese de incidência e por fim, quanto maior o acréscimo de patrimônio, maior deverá ser a alíquota aplicável, define a progressividade.

Ressalte-se, ainda, que o constituinte originário exigiu que o legislador ordinário, ao exercer a sua competência tributária atinente ao Imposto sobre a Renda, deve tributar todas e quaisquer rendas e os proventos de forma geral e não seletiva, isto é, sem a diferenciação da origem, natureza ou destino.

#### 4.3 Da ação de repetição do indébito do imposto de renda incidente sobre os valores de aposentadoria complementar e de resgate da contribuição

A discussão resolvida recentemente pelo Superior Tribunal de Justiça girava em torno da existência ou não de bi-tributação do imposto de renda sobre as aposentadorias pagas pelas entidades privadas entre o período de 01.01.1989 a 31.12.1995.

A matéria foi disciplinada especificamente no Regulamento do imposto de renda aprovado por intermédio do Decreto 58.400/66, mantido pelo Decreto

85.450/80, era possível a dedução das contribuições para os institutos e caixas de aposentadoria e pensões desde que tributadas na fonte pagadora.

Com o advento da Lei nº 7.713/88, houve alteração na sistemática do cálculo do imposto de renda sobre pessoa física, determinando a isenção do referido imposto aos 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 tivessem sido tributados na fonte, conforme arts. 3º e 6º, inciso VII, alínea b, da referida lei, que dispõe:

Art. 3º O imposto incidirá sobre o rendimento bruto, sem qualquer dedução, ressalvado o disposto nos arts. 9º a 14 desta Lei;

[...]

Art. 6º Ficam isentos do imposto de renda os seguintes rendimentos percebidos por pessoas físicas:

[...]

VII - os benefícios recebidos de entidades de previdência privada:

[...]

b) relativamente 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; (\* inciso revogado pela Lei nº 9.250/95)

VIII - as contribuições pagas pelos empregadores relativas a programas de previdência privada em favor de seus empregados e dirigentes;

Entretanto, com o advento da Lei nº 9.250/95, foi novamente alterada a forma de tributação do imposto de renda no tocante às contribuições e rendimentos relativos às entidades de previdência privada, e especificamente em seu art. 4º, inciso V, a contribuição para as entidades de previdência complementar passou a ser deduzida da base de cálculo do imposto de renda na fonte, com a incidência do imposto no momento do recebimento do benefício, conforme disposto no art. 33, *in verbis*:

Art. 4º. Na determinação da base de cálculo sujeita à incidência mensal do imposto de renda poderão ser deduzidas:

[...]

V - as contribuições para as entidades de previdência privada domiciliadas no País, cujo ônus tenha sido do contribuinte, destinadas a custear benefícios complementares assemelhados aos da Previdência Social;

[...]

Art. 33. 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.

Daí surge à situação de ilegalidade - a bi-tributação - posto que em relação às contribuições recolhidas entre o período de 01.01.1989 a 31.12.1995, sob a égide da Lei nº 7.713/88, incidia o imposto de renda sobre os valores recolhidos na fonte, sem a dedução da base de cálculo, e após a vigência da Lei nº 9.250/95, o imposto passou a incidir no momento da percepção do benefício ou do resgate dos valores recolhidos, em atenção ao disposto no art. 43 do Código Tributário Nacional, *in verbis*:

Art. 43. O imposto, de competência da União, sobre a renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica:

I – de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos;

II – de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior.

De onde se extrai que o imposto de renda tem como fato gerador a aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica de renda e de proventos de qualquer natureza, e sendo as verbas percebidas a título de complementação de aposentadoria ao regime geral de previdência, do mesmo modo que a renda advinda do trabalho, subsumem-se ao enunciado atinente à tributação de proventos de qualquer natureza, enquadrando-se, assim, no conceito de renda insculpido no Código Tributário Nacional.

Assim, os valores recolhidos pelo empregado-contratante sob a égide da Lei nº 7.713/88, onde ocorreu à incidência do imposto de renda deve ser destacado do valor de complementação de aposentadoria, para que não incida a dupla tributação sobre o mesmo fato gerador e o mesmo contribuinte. Nesse sentido é a Jurisprudência pátria:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA RETIDO NA FONTE. PREVIDÊNCIA PRIVADA. COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. LEIS 7.713/88 E 9.250/95. DIREITO À RESTITUIÇÃO DECORRENTE DE LESÃO CONSISTENTE NA INOBSERVÂNCIA DA PROIBIÇÃO DO BIS IN IDEM. ARTIGO 6º, VII, "B", DA LEI 7.713/88. ARTIGO 33, DA LEI 9.250/95. "RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA". ARTIGO 543-C, DO CPC. RESOLUÇÃO STJ 8/2008. ARTIGO 557, DO CPC. APLICAÇÃO.

1. Os recebimentos de benefícios e resgates decorrentes de recolhimentos feitos na vigência da Lei 7.713/88 não estão sujeitos à incidência do Imposto de Renda, mesmo que a operação seja efetuada após a publicação da Lei 9.250/95.

2. É mister perquirir, quer se trate da percepção de benefícios decorrentes de aposentadoria complementar, quer se trate de resgate de contribuições quando do desligamento do associado do plano de previdência privada, sob qual regime estavam sujeitas as contribuições efetuadas, para fins de incidência do imposto de renda.

3. As contribuições recolhidas sob o regime da Lei 7.713/88 (janeiro de 1989 a dezembro de 1995), com a incidência do imposto de renda no momento do recolhimento, ostenta como efeito que os benefícios e resgates daí decorrentes não serão novamente tributados, sob pena de violação à regra proibitiva do bis in idem.

4. O recolhimento efetivado na vigência da Lei 9.250/95 (a partir de 1.º de janeiro de 1996) importa que sobre os resgates e benefícios referentes a essas contribuições incide a exação.

5. A Primeira Seção, quando do julgamento do REsp 1.012.903/RJ, sujeito ao regime dos "recursos repetitivos", reafirmou o entendimento de que não incide imposto de renda sobre o valor do benefício de complementação de aposentadoria e o do resgate de contribuições que, proporcionalmente, corresponderem às parcelas de contribuições efetuadas no período de 01.01.1989 a 31.12.1995, cujo ônus tenha sido exclusivamente do participante do plano de previdência privada, por força da isenção concedida pelo artigo 6º, inciso VII, alínea "b", da Lei 7.713/88, na redação anterior à que lhe foi dada pela Lei 9.250/95 (Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 08.10.2008, publicado no DJe de 13.10.2008).

6. [...]

10. Agravo regimental desprovido.

(AGRESP – 984655/DF, Processo: 200702107204, STJ, Relator Luiz Fux, Primeira Turma, Data: 18/12/2008, DJE: 19/02/2009)

E mais:

TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. IRPF. AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO. COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. CONTRIBUIÇÕES VERTIDAS PARA O FUNDO NA ÉGIDE DA LEI 7.713/88. BENEFÍCIOS RECEBIDOS NA VIGÊNCIA DA LEI 9.250/95. BIS IN IDEM CONFIGURADO. PRESCRIÇÃO NÃO-CONSUMADA. CONTRADIÇÃO EXISTENTE NO JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL. ACOLHIMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO, COM ATRIBUIÇÃO DE EFEITOS INFRINGENTES.

1. Os embargos de declaração possuem estritos limites processuais cujo cabimento requer estejam presentes os pressupostos legais insertos no art. 535 do CPC. No caso, resulta evidenciada a contradição apontada pelos embargantes. O pleito relativo à prescrição decenal foi atendido, pois o acórdão de segundo grau aplicou claramente a tese dos "cinco mais cinco" anos. A irresignação do recurso especial, e agora repetida nos embargos de declaração, prende-se, tão-somente, ao reconhecimento das datas dos fatos geradores e recolhimentos indevidos do imposto de renda para fins de aferição do cômputo prescricional.

2. O acórdão ora embargado manifestou-se sobre a prescrição em conformidade com o julgado de segundo grau, que aplicou a tese dos "cinco mais cinco" anos, em ação de repetição de indébito, por considerar que os fatos geradores foram anteriores à vigência da Lei Complementar 118/2005. Declarou a Corte de origem que os autores têm direito à dedução/restituição das contribuições que recolheram no período de 20/06/1992 a 31/12/1995, tendo em vista que o ajuizamento da ação ocorreu em 20/06/2002. As anteriores a 20/06/1992 estariam prescritas.

3. A actio nata ocorre no momento da violação do direito real. Na espécie,

quando o contribuinte passou a sofrer nova tributação sobre o recebimento da aposentadoria complementar: a partir da vigência da Lei 9.250/95.

4. Para a verificação da prescrição, deve ser considerado cada fato gerador ocorrido após a Lei 9.250/95, cujo recolhimento foi indevido. Se os beneficiários quisessem promover a ação anteriormente à Lei 9.250/95, não teriam interesse jurídico.

5. A bitributação tem ocorrido, mensalmente, com a incidência de nova cobrança de imposto de renda sobre parcelas que já foram tributadas no momento da contribuição na vigência da Lei 7.713/88. A ilegalidade, portanto, não ocorreu no momento em que foram tributadas as contribuições, mas sim, quando incidiu novamente a exação a partir da Lei 9.250/95. Este é o momento em que se deu a violação ao direito material, nascendo o direito do contribuinte de propor a ação.

6. Considerando que os fatos geradores (e recolhimentos indevidos) ocorreram após a vigência da Lei 9.250/95, e que o ajuizamento da ação se deu em 20/06/2002, observando-se a tese dos "cinco mais cinco", não se encontram atingidas pela prescrição nenhuma das parcelas vindicadas.

7. Atribuição de efeitos modificativos aos presentes embargos para, dando provimento ao recurso especial dos autores, afastar a decretação da prescrição.

8. Embargos de declaração acolhidos, com efeitos infringentes.

(EDRESP – 761149/PR, Processo: 200501008668 , STJ, Relator Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, Data: 12/08/2008, DJE:08/09/2008)

Para reparar a ilegalidade cometida, a bi-tributação do IR, ocasionada no resgate das parcelas de contribuições de previdência privada, foi editada a Medida Provisória 1.943-52, de 21.05.1996 (reeditada sob o nº 2.159-70/01), em seu art. 7º<sup>13</sup>, reconhece a dupla incidência do imposto de renda referente às contribuições recolhidas às entidades privadas no período de 01.01.1989 a 31.12.1995, bem como aos benefícios complementares, posto que decorrente de contribuições na vigência da Lei nº 7.713/88, devendo ser afastada a incidência do imposto de renda, evitando-se, assim, o *bis in idem*.

Assim, constata-se o direito a repetição de indébito dos valores recolhidos a título de imposto de renda no período de 01.01.1989 a 31.12.1995, quando então vigente a Lei nº 7.713/88, àqueles que tiveram seus benefícios concedidos e/ou resgatados os valores durante a vigência da Lei nº 9.250/95.

Por fim, ressalte-se que não há ocorrência da bi-tributação quanto às contribuições supostamente vertidas pelos contribuintes antes da vigência da Lei nº 7.713/88 ou após a vigência da Lei nº 9.250/95, visto que estas não foram tributadas.

---

<sup>13</sup> Art. 7º Exclui-se da incidência do imposto de renda na fonte e na declaração de rendimentos o 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.

#### 4.4 Da prescrição da ação de repetição

Como ensina Eduardo de Moraes Sabbag (2008, p. 272), "a prescrição, veiculando a perda do direito à ação (*actio nata*), atribuída à proteção de um direito subjetivo e, *ipso facto*, desfazendo a força executória do credor em razão de sua inoperância, apresenta-se como figura de direito processual"<sup>14</sup>.

Assim, com a prescrição, limita-se o prazo para o exercício da ação. Esgotado o prazo, extingue-se o direito de ação. A prescrição é, portanto, a perda da ação atribuída a um direito, ante a inércia do credor, durante um determinado espaço de tempo.

No imposto de renda cobrado sobre os valores recebidos a título de aposentadoria complementar, deve-se considerar a data da extinção do crédito, no caso, ocorre somente com a homologação do pagamento antecipado, seja ela expressa ou ficta, e é a partir desta data da extinção do crédito tributário que se inicia o direito do contribuinte pleitear a restituição/repetição. Constituído e extinto definitivamente o crédito, surge o prazo de 05 (cinco) anos para o contribuinte reclamar a restituição, é o disposto no art. 168, inciso I do CTN, conjugado com o art. 3º da Lei Complementar nº 118/2005, *in verbis*:

Art. 168, CTN - O direito de pleitear a restituição extingue-se com o decurso do prazo de 5 (cinco) anos, contados:

I - nas hipóteses dos incisos I e II do artigo 165, da data da extinção do crédito tributário;

Art. 3º, LC nº 118/2005 - Para efeito de interpretação do inciso I do art. 168 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional, a extinção do crédito tributário ocorre, no caso de tributo sujeito a lançamento por homologação, no momento do pagamento antecipado de que trata o § 1º do art. 150 da referida Lei.

Todavia a orientação jurisprudencial segue no sentido de que o recebimento da complementação de aposentadoria advindas de entidade de previdência privada e/ou resgate das contribuições recolhidas somente não constituíam renda tributável pelo imposto de renda até a edição da Lei nº 9.250/95, que alterou a sistemática de incidência do referido imposto, passando as

---

<sup>14</sup> SABBAG, Eduardo de Moraes. Direito tributário, 9ª Ed., pg. 272

contribuições recolhidas a partir de 1º.01.1996 a serem tributadas no momento do recebimento do benefício ou do resgate das contribuições, e não mais sujeitas à tributação as contribuições efetuadas pelos segurados.

Assim, se a aposentadoria do beneficiário for anterior ao advento da Lei 9.250/95, persistem contribuições vertidas ainda no período de vigência da Lei 7.713/88 e que, portanto, já foram tributadas pelo IRPF.

## CONCLUSÃO

Feitas as considerações necessárias, conclui-se que o imposto de renda recolhido na vigência da Lei nº 7.713/88, incidente sobre os rendimentos brutos, não poderá incidir sobre as contribuições destinadas à previdência privada. Entretanto, durante a vigência da Lei nº 9.250/95, o imposto passou a incidir no momento da percepção do benefício ou do resgate dos valores recolhidos.

Assim, reconhecido está o direito a restituição do indébito dos valores recolhidos a título de imposto de renda do benefício de complementação de aposentadoria, ante a ilegalidade cometida (bi-tributação), ressaltando-se que somente os valores recolhidos no período de 01.01.1989 a 31.12.1995 é que não poderiam ser tributados novamente.

Assim, se a aposentadoria do beneficiário for anterior ao advento da Lei 9.250/95, persistem contribuições vertidas ainda no período de vigência da Lei 7.713/88 e que, portanto, já foram tributadas pelo IRPF. Assim, sob pena de incorrer-se em *bis in idem*, deve ser afastada sua tributação pelo IRPF – mas apenas na proporção do que foi pago a esse título por força da legislação em questão.

## REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Eliel Wasilewski de. *O princípio da legalidade com ênfase tributária*. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 87, 28 set. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4332>>. Acesso em: 07 mai. 2009.

BRITO, Maria do Socorro Carvalho. *O processo administrativo tributário no sistema brasileiro e a sua eficácia*. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 66, jun. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4112>>. Acesso em: 07 mai. 2009.

BUONO, Fernando. *Da prescrição do direito à repetição de indébito fiscal. Análise das inovações introduzidas pela Lei Complementar nº 118/2005*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1006, 3.abr.2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8198>>. Acesso em: 6. jul. 2009.

CAIS, Cleide Previtalli. *O processo tributário*. 4ª Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

CAMPOS, Nelson Renato Palaia Ribeiro de. *Noções Essenciais de direito*. 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2005.

CASTRO, Aldemario Araújo. *Primeiras Linhas de Direito Tributário*. 4a. Edição, 2008.

CASTRO, Alexandre Barros. *Processo tributário: teoria e prática*. 3ª Ed. rev., atual. e ref.. São Paulo: Saraiva, 2008.

CELSO NETO, João. *Incidência de imposto de renda sobre as complementações pagas por entidades de previdência privada. Uma questão permanente*. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1940, 23 out. 2008. Disponível em:

<<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11869>>. Acesso em: 03 jun. 2009.

COELHO, Yuri Carneiro. *Sistema e princípios constitucionais tributários*. Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 36, nov. 1999. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1282>>. Acesso em: 07 mai. 2009.

FREDERICO, Alencar. *Noções preliminares sobre o processo judicial tributário*. Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a. 4, no 187. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1427>> Acesso em: 5 mai. 2009.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Processo tributário*. 3ª Edição. São Paulo: Atlas, 2008

MARQUES, Raphael Peixoto de Paula. *Processo e Procedimento Tributário*. Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a. 1, no 3. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=96>> Acesso em: 5 mai. 2009.

MARINS, James. *Direito processual tributário brasileiro: administrativo e judicial*. 4ª Edição. São Paulo: Dialética, 2005

PEIXOTO, Marcelo Magalhães. *O surgimento mundial do Imposto de Renda. Breve histórico no Brasil*. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 54, fev. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2578>>. Acesso em: 14 jun. 2009

PORTINHO, Alexandre Röehrs. *Da cobrança indevida de Imposto de Renda sobre os valores recebidos a título de aposentadoria complementar, quando há valores pagos pelo beneficiário ao fundo no período de 01/01/1989 a 31/12/1995 e direito a repetição do indébito tributário sobre as diferenças apuradas no momento da retenção*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 61, 01/02/2009. Disponível em [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=6005](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6005). Acesso em 15. jun. 2009.

SABBAG, Eduardo de Moraes. *Direito Tributário*. 9ª Edição. São Paulo: Premier Máxima, 2008.

SILVA, André Ricardo Dias da. Os *princípios constitucionais tributários*. Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a. 4, no 189. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1458>> Acesso em: 7 mai. 2009.

ULHOA, Daniel da Silva. *Do Imposto de Renda sobre a complementação de aposentadoria*. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 601, 1 mar. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6346>>. Acesso em: 03 jun. 2009.