

Rio de Janeiro, 27 de abril de 2013

Análise e Relatório das Ações Judiciais Questionando o BET

O presente Memorando foi elaborado a pedido da Associação dos Participantes e Pensionistas do Plano de Benefícios nº 1 da PREVI ("AAPREVI") e objetiva analisar a viabilidade das ações judiciais já postuladas que versam sobre o Imposto de Renda Retido na Fonte ("IRRF") incidente sobre o denominado Benefício Especial Temporário ("BET"), nos contracheques dos Aposentados do Banco do Brasil.

I - INTRODUÇÃO

Conforme podemos verificar, as ações propostas visam obter pronunciamento judicial autorizando a não tributação do superávit decorrente do lucro obtido pela PREVI no Plano 1.

O BET que vem sendo pago desde março de 2011 pela PREVI aos seus pensionistas, corresponde a 20% do complemento da aposentadoria ou pensão. A discussão em tela cinge sobre o recolhimento na forma retida do Imposto de Renda realizado pela Previ no momento da distribuição do valor referente ao BET aos seus pensionistas (ou seja, discute-se a validade do desconto do IRRF no contracheque dos pensionistas da PREVI).

Desta forma, elaboramos o presente memorando com o intuito de analisar e identificar pontos de destaque das ações já em curso perante as Varas Federais da Cidade do Rio de Janeiro.

II – DA ANÁLISE PRELIMINAR

II.A. COMPETÊNCIA TERRITORIAL

Conforme verificado, a AAPREVI autora da ação civil coletiva possui sede no Estado do Paraná e representa diversos associados com domicílio em toda a Federação. Considerando essa situação, passamos a analisar a competência da Justiça Federal do Rio de Janeiro para julgar as ações distribuídas.

II.a.1 Lei Federal nº 9.494/97 e o alcance da sentença prolatada

Conforme previsto no artigo 2º-A da Lei Federal nº 9.494/97, incluído pela Medida Provisória nº 2.180-35/2001, a sentença civil prolatada em ação de caráter coletivo proposta por qualquer entidade associativa será válida apenas aos associados que, na data da propositura da ação, comprovem o seu domicílio na competência do órgão jurídico. *In verbis*:

“Art. 2º-A. A sentença civil prolatada em ação de caráter coletivo proposta por entidade associativa, na defesa dos interesses e direitos dos seus associados, abrangerá apenas os substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator.

Parágrafo único. Nas ações coletivas propostas contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas autarquias e fundações, a petição inicial deverá obrigatoriamente estar instruída com a ata da assembléia da entidade associativa que a autorizou, acompanhada da relação nominal dos seus associados e indicação dos respectivos endereços.”

Logo, conforme pode ser verificada através da análise do dispositivo supracitado, as sentenças proferidas pela Justiça Federal do Rio de Janeiro apenas terão validade àqueles que na data da propositura da ação comprovaram o seu domicílio no Estado do Rio de Janeiro.

Tal entendimento é corroborado pela jurisprudência pátria, conforme poderá ser verificado abaixo:

“DIREITO ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. SERVIDOR PÚBLICO. AÇÃO COLETIVA. EFEITOS DA SENTENÇA. LIMITES. COMPETÊNCIA TERRITORIAL DO ÓRGÃO PROLATOR DA

SENTENÇA. ART. 2º-A DA LEI 9.494/97. AGRAVO IMPROVIDO.

1. Nos termos do art. 2º-A da Lei 9.494/97, "A sentença civil prolatada em ação de caráter coletivo proposta por entidade associativa, na defesa dos interesses e direitos dos seus associados, abrangerá apenas os substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator".

2. Agravo regimental improvido. (AgRg no Ag 1012591/PE, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 04/12/2009, DJe 01/02/2010)"

"PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DECLARATÓRIA. LITISCONSÓRCIO ATIVO FACULTATIVO. PESSOA FÍSICA E SINDICATOS DOS POLICIAIS FEDERAIS DO ESTADO DE SANTA CATARINA E DO ESPÍRITO SANTO. AÇÃO PROPOSTA NO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA DO STF. LEGITIMIDADE DAS PARTES. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. CONHECIMENTO DE OFÍCIO. JULGAMENTO EXTRA PETITA. NÃO OCORRÊNCIA. SENTENÇA CIVIL DE CARÁTER COLETIVO PROFERIDA EM ESTADO DIVERSO DAQUELE DA CATEGORIA REPRESENTADA PELOS SINDICATOS QUE INTEGRAM O LITISCONSÓRCIO.

1. É defeso ao STJ a apreciação de eventual ofensa à Constituição Federal, por meio da via especial, competindo, tão-somente, ao STF tal exame.

2. A formação do litisconsórcio ativo facultativo diz respeito à legitimidade das partes para a propositura da ação, tratando-se de questão de ordem pública. Sendo assim, não se afigura estranha ao pedido, ou seja, extra petita, a sua apreciação, maculando o julgado com o vício apontado. Aliás, não só pode, como deve o órgão julgador verificar tais pressupostos, inclusive de ofício, e, se for o caso, como de fato ocorreu, extinguir o feito na forma do art. 267, VI, do CPC.

3. Conforme dispõe o art. 2º-A da Lei n. 9.494/97, somente os sindicatos cujos associados estejam domiciliados no território da competência do órgão prolator da sentença civil, proferida em ação de caráter coletivo, é que serão abrangidos pelos efeitos daquela.

4. No caso vertente, os sindicatos autores representam a categoria dos policiais federais dos Estados de Santa Catarina e do Espírito Santo, não havendo base jurídica para que a ação em tela seja proposta em outro estado da Federação (Rio Grande do Norte), que não aquele em que estão domiciliados os seus associados, isto é, os interesses dos sindicalizados devem ser tutelados - administrativa ou judicialmente - junto ao estado da categoria que o respectivo sindicato representa.

5. A divergência jurisprudencial invocada não pode ser conhecida caso não seja demonstrada nos moldes legais preconizados pelo § 2º do art. 255 do RISTJ, bem como o parágrafo único do art. 541 do CPC.

6. Incide a Súmula 284/STF quando os recorrentes deixam de apontar o dispositivo legal no qual fundam seu direito.

7. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido. (REsp 786.448/RN, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/11/2009, DJe 27/11/2009)"

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 535 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. ALEGAÇÃO GENÉRICA. AÇÃO COLETIVA. EFEITOS DA SENTENÇA. LIMITES. COMPETÊNCIA TERRITORIAL DO ÓRGÃO PROLATOR. PREQUESTIONAMENTO. FALTA. ARTIGO 2º-A DA LEI Nº 9.494/1997. DECISÃO MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS.

1. Não há como abrigar agravo regimental que não logra desconstituir os

fundamentos da decisão atacada.

2. Inadmissível especial interposto com fundamento no art. 535 do Código de Processo Civil, quando o recorrente não indica, especificamente, quais seriam os pontos omissos, obscuros, ou contraditórios do aresto hostilizado.

3. No exame de recurso especial, não se conhece de matéria que não foi objeto de apreciação pelo Tribunal de origem, inexistente, assim, o necessário prequestionamento.

4. Nos termos do artigo 2º-A da Lei nº 9.494/1997, "a sentença civil prolatada em ação de caráter coletivo proposta por entidade associativa, na defesa dos interesses e direitos dos seus associados, abrangerá apenas os substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator".

5. A vedação constante no enunciado nº 729 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, que afasta a aplicação da decisão proferida na Ação Direta de Constitucionalidade nº 4 em causa de natureza previdenciária, refere-se apenas à antecipação de tutela, hipótese de que não cuidam os presentes autos.

5. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no REsp 972.765/PE, Rel. Ministro PAULO GALLOTTI, SEXTA TURMA, julgado em 18/06/2009, DJe 10/08/2009)"

Logo, a fim de evitar qualquer questionamento na fase de execução referente à validade da sentença que por ventura venha a ser proferida (caso o mérito seja favorável), bem como a prescrição do direito de se pleitear os valores indevidamente retidos, aconselhamos que nos ajuizamentos de qualquer ação coletiva seja realizado um levantamento por Estados dos associados da AAPREVI que desejam ser representados, para que possam ser ajuizadas as demandas nos Estados de domicílio de cada substituído.

II.a.2. Domicílio da AAPREVI

Com relação às ações que estão em curso, verificamos que existe a discussão preliminar de que a Justiça Federal do Rio de Janeiro não seria competente porque a AAPREVI é domiciliada no Estado do Paraná. Segundo os entendimentos da Procuradoria e alguns juízes da Subseção Judiciária Federal do Rio de Janeiro as ações deveriam ser ajuizadas na Subseção Judiciária Federal do Paraná.

No entanto, considerando todo o exposto no item anterior, é facilmente verificado que este argumento não deve prevalecer sob pena de inviabilizar a propositura de ações coletivas pelas associações.

De acordo com a Lei nº 9.494/97, deve ser observado o domicílio de cada substituído a fim de se verificar qual a justiça competente para o julgamento de qualquer matéria em sede de ação coletiva, sendo assim vincular o domicílio da associação ao cabimento e julgamento das ações coletivas por ela ajuizadas é o mesmo que vedar e restringir o alcance do artigo 5º, inciso XXI da CRFB.

II.b. Cabimento da Ação Ordinária de Natureza Coletiva

Muito se discute sobre a possibilidade de ajuizar uma ação coletiva para discussão de matéria tributária em razão da alteração legislativa promovida pela Medida Provisória nº 2.180-35/2001, que incluiu o parágrafo único no artigo 1º da Lei da Ação Civil Pública (Lei Federal nº 7.347/85) que dispõe:

“Art. 1º. Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados:

I - ao meio-ambiente;

II - ao consumidor;

III - a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo.

V - por infração da ordem econômica;

VI - à ordem urbanística.

Parágrafo único. Não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados.”

Os tribunais pátrios já se posicionaram no sentido de que a referida ação visa, em regra, a defesa de interesses difusos ou coletivos, prestando-se à

tutela de direitos individuais disponíveis tão-somente quando homogêneos e oriundos de relação de consumo.

“PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. **DIREITO INDIVIDUAL DISPONÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DESCABIMENTO.**

PRECEDENTES. EMBARGOS DECLARATÓRIOS REJEITADOS.

1. A possibilidade de atribuição de efeitos infringentes ou modificativos a embargos de declaração sobrevém como resultado da presença de omissão, obscuridade ou contradição a serem corrigidas no acórdão embargado, e não da simples interposição do recurso.

2. A ação civil pública visa, em regra, a defesa de interesses difusos ou coletivos, prestando-se à tutela de direitos individuais disponíveis tão-somente quando homogêneos e oriundos de relação de consumo.

3. O direito à percepção de benefício previdenciário é de natureza individual disponível, e o vínculo entre beneficiário e o instituto de previdência não caracteriza relação de consumo.

Ademais, o art. 1º, parágrafo único, da Lei 7.347/85 veda o ajuizamento de **ação civil pública** para conduzir pretensões que envolvem benefícios previdenciários.

4. Embargos de declaração rejeitados.

(STJ; EDcl no REsp 381142 / SC; Relator Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA; QUINTA TURMA; DJ 05/02/2007 p. 323)”

Assim, concluímos pelo não cabimento da Ação Civil Pública. No entanto, considerando que o artigo 8º, inciso III estabelece que “*ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas*”.

Portanto, não estamos no caso diante de uma Ação Civil Pública ou Ação Popular, cujo escopo é delimitado e expressamente estabelecido por sua norma de regência. Na realidade trata-se apenas de uma Ação Ordinária Coletiva em que a associação de determinados contribuintes atingidos pela norma impositiva tributária.

Ou seja, a ação na realidade diz respeito a interesse coletivo clássico (pessoas determinadas ligadas por um mesmo liame jurídico), ou seja, no caso tratam-se de pessoas físicas pensionistas da PREVI que estão recebendo o superávit e tendo a retenção do IR.

Desta forma, entendemos ser cabível a Ação Ordinária Coletiva pela PREVI

em nome de seus associados que atuaram como substituídos e concluímos pelo não cabimento das Ações Populares e Civil Pública.

III – DO MÉRITO DAS AÇÕES

A ação postulada visa declarar a inexigibilidade do Imposto de Renda sobre o Benefício Especial Temporário que está sendo descontado pela PREVI dos contracheques dos seus pensionistas.

Em síntese, é alegado que o IRRF não é devido no momento da distribuição do BET aos pensionistas da PREVI, pois a PREVI já pagou Imposto de Renda sobre os seus ganhos que originaram o superávit que é a base da formação do BET. Assim sendo, é alegada a existência de uma dupla-tributação do IR: 1º - pagamento pela PREVI sobre o lucro auferido e 2º - retenção em nome dos seus pensionistas quando da distribuição do BET.

Assim sendo, é fundamental analisar formação do BET e conseqüentemente observar a formação do superávit

III.a. Superávit

Genericamente, o termo superávit trata-se de um resultado positivo, ou seja, quando o montante de receitas supera as despesas. Esse resultado positivo no âmbito dos Planos de Previdência Complementar está regulamentado no artigo 20 da Lei Complementar nº 109/2001 (“LC 109/2001”), que assim dispõe:

“Art. 20. O resultado superavitário dos planos de benefícios das entidades fechadas, ao final do exercício, satisfeitas as exigências regulamentares relativas aos mencionados planos, será destinado à constituição de reserva de contingência, para garantia de benefícios, até o limite de vinte e cinco por cento do valor das reservas matemáticas.

§ 1º Constituída a reserva de contingência, com os valores excedentes será constituída reserva especial para revisão do plano de benefícios.

§ 2º A não utilização da reserva especial por três exercícios consecutivos determinará a revisão obrigatória do plano de benefícios da entidade.

§ 3º Se a revisão do plano de benefícios implicar redução de contribuições deverá ser levada em consideração a proporção existente entre as contribuições dos patrocinadores e dos participantes, inclusive dos

assistidos.”

Logo, podemos concluir que o resultado superavitário deverá ser destinado, em primeiro lugar à formação de uma reserva que garanta o pagamento dos benefícios devidos por estas entidades, a chamada “RESERVA DE CONTINGÊNCIA”. Formada a “reserva de contingência”, os valores excedentes integrarão o que a lei denomina de “RESERVA ESPECIAL”, que deverá ser utilizada, obrigatoriamente, para a revisão do plano de benefícios da entidade.

Assim, ultrapassados três exercícios consecutivos sem a utilização destes valores, a revisão do plano de benefícios da entidade será obrigatória (§ 2º do art. 20 da LC109/2001).

Além disso, a própria lei complementar deixa antever que uma das formas de utilização da “reserva especial” é a redução das contribuições e que, mesmo neste caso, está-se diante de uma “revisão do plano de benefícios” (§ 3º do art. 20 da LC 109/2001).

O Conselho de Gestão da Previdência Complementar, em virtude dos artigos 3º, 5º e 74 da LC n. 109/2001, e artigo 1º do Decreto nº 4.678/2003, expediu a Resolução CGPC n. 26, de 29 de setembro de 2008, dispondo sobre as condições e os procedimentos a serem observados pelas entidades fechadas de previdência complementar na apuração do resultado, na destinação e utilização de superávit e no equacionamento de déficit dos planos de benefícios de caráter previdenciário.

Segundo o artigo 2º da Resolução *“considera-se como revisão do plano de benefício a sua readequação visando restabelecer seu equilíbrio econômico financeiro e atuarial”*.

A “revisão do plano de benefícios” pode se dar de forma voluntária, a partir da constituição da reserva especial, sendo obrigatória após o decurso do prazo de 3 (três) exercícios (artigo 12 da Resolução CGPC nº 26/2008).

O artigo 20 da Resolução estabelece as formas de "revisão do plano de benefícios", prevendo: (I) a redução parcial de contribuições; (II) a redução integral ou suspensão da cobrança de contribuições no montante equivalente a, pelo menos, três exercícios; e (III) a melhoria dos benefícios e/ou a reversão de valores de forma parcelada aos participantes, aos assistidos e/ou ao patrocinador.

Os processos de destinação de superávit, à exceção daqueles consistentes na redução, parcial ou integral, das contribuições, necessitam ser submetidos à análise e aprovação da Superintendência Nacional de Previdência Complementar – PREVIC.

A análise da melhoria de benefícios envolve alteração no Regulamento do Plano de Benefícios da entidade (artigo 23 da Resolução), operação passível de prévia e expressa autorização prevista no artigo 33, I da LC 109/2001.

Na reversão de valores, a aprovação prévia é exigida pelo artigo 26 da Resolução CGPC n. 26/2008, no qual o processo passa por demonstração de condições especiais como, por exemplo, a quitação de contribuições para o plano de benefícios e a realização prévia de auditoria independente específica para avaliação dos recursos garantidores e das reservas matemáticas.

Já os processos de destinação de superávit que envolvam tão somente Redução de contribuições não necessitam de alteração no Regulamento do Plano de Benefícios, ocorrendo apenas por alteração do respectivo Plano de Custeio, ficando, portanto, restritos ao campo de atuação da entidade de previdência complementar, sem necessidade de prévia e expressa autorização da PREVIC.

Assim, após a análise da Resolução CGPC nº 26/2008, e tendo-se em conta as três premissas apontadas acima (quando da análise da LC nº 109/2001), é possível afirmar que existem três formas de distribuir aos participantes e assistidos das entidades fechadas de previdência complementar os valores integrantes da "reserva especial", quais sejam: (I) a redução, total ou

parcial, das contribuições; (II) a melhoria do benefício; e (III) a reversão de valores.

Independentemente da forma utilizada, a distribuição dos valores integrantes da "reserva especial" sempre pode ser considerada como "revisão do plano de benefícios".

E se o plano de benefícios é revisto com a distribuição do superávit, é porque este último, quando destinado aos participantes e assistidos das entidades fechadas de previdência complementar, ostenta a natureza jurídica de "benefício de caráter previdenciário", independentemente do nome que se lhe dê a entidade que o distribui.

III.b. A Dupla Incidência

Alegamos que haveria *"bitributação, tendo em vista que os valores correspondem a ganhos de capital tributados na fonte."* Afirmamos que "tendo em vista que os valores de superávit distribuídos aos segurados, dizem respeito a rendimentos produzidos pelo patrimônio, sobre os quais há retenção de imposto de renda na fonte, não pode incidir novamente o mesmo imposto quando da distribuição dos valores aos beneficiários, nos termos do artigo 31 da Lei 7.713/88".

Assim, inicialmente, destaca-se, que segundo a doutrina, ocorre bitributação quando um tributo cobrado em decorrência de um mesmo fato gerador praticado por um mesmo contribuinte, é exigido, em duplicidade, por entes tributantes diferentes. Como a Constituição Federal reserva a cada ente tributante uma determinada parcela do Poder de Tributar, a bitributação sempre implica em inconstitucionalidade, pois que na medida em que dois entes distintos cobram um mesmo tributo em razão de um mesmo fato econômico, pode-se apregoar sem chances de erro – que um deles invadiu a competência tributária constitucionalmente reservada ao outro.

Não se confunda a incidência tributaria em relação aos rendimentos

auferidos pela entidade de previdência, com incidência do IRPF sobre os valores recebidos pelo beneficiário do fundo de previdência. Em outros termos, somente o fato de a incidência de tributos ser relativa a sujeitos passivos distintos (fundo previdenciário e aposentado/beneficiário), é suficiente para afastar a alegação de bitributação.

Em segundo lugar, ainda que houvesse a dupla incidência do IRPF sobre o mesmo fato econômico, o que, evidentemente, não ocorre in casu, esta dupla incidência teria sido exigida por um mesmo ente tributante, não se configurando pois, a bitributação.

A dupla incidência, se realmente houvesse, seria hipótese de bis in idem, mas o bis in idem, ao contrário da bitributação, não é inconstitucional, pois a dupla tributação de um fato econômico por um mesmo ente tributante não viola – a priori – nenhuma limitação ao Poder de Tributar prevista na Carta Magna. Entretanto, resta claro que os fatos econômicos em questão são distintos (quanto aos beneficiários e quanto ao Fundo de Previdência Privada).

Com efeito, o IR pago pelo associado decorre do recebimento de benefício da previdência privada, sendo o próprio beneficiário o contribuinte do IRPF. Já no caso da tributação sobre rendas auferidas pelo Fundo de Previdência Privada (IRPJ acaso existente), o fato econômico é distinto, revelando grandeza econômica dissociada da primeira hipótese, ou seja, do fato gerador do IRPF por ocasião do recebimento do benefício pelo associado.

Idêntico caso foi recentemente julgado improcedente no Rio Grande do Sul, vejamos:

“Juizado Especial Federal de Santana do Livramento/RS no processo 5001600242012.404.7016:

No caso do Plano de Benefícios nº 1, do qual o Autor é participante, vários fatores colaboraram para o superávit do plano, dentre os quais destacamos: a rentabilidade dos recursos garantidores acima da taxa de juros atuarial, a entrada em aposentadoria em quantidade inferior ao esperado (aumento da quantidade de participantes em riscos iminentes, ou seja, aqueles que, mesmo após o cumprimento das exigibilidades para aquisição do benefício programado, permanecem no plano na situação de participantes ativos,

postergando o recebimento dos benefícios do plano) e a alteração de algumas premissas atuariais que reduziram o valor do passivo atuarial;”

Em resposta a questionamentos o MM Juízo, assim responde:

“c) É possível afirmar que os recursos destinados ao pagamento deste benefício são originários, unicamente de rendimentos e ganhos de capital? Não. Rendimentos de ganhos de capital são um dos fatos geradores que resultaram no superávit técnico do plano no período. (sem grifos no original) Importa dizer que, conforme consta de informação da Previ, os recursos destinados ao pagamento deste benefício não são originários, unicamente de rendimentos e ganhos de capital, ou seja, resta claro que tal fato deixa extrema de dúvidas não ser cabível a tese autoral, sendo certo que não se pode olvidar o art. 128 do CPC.”

Logo, entendemos que as **chances de êxito** das ações com relação ao argumento de bitributação (ou ainda, *bis in idem*) são remotas.

III.c. O IRPF Sobre os Benefícios da Previdência Privada

Considerando que inexistiu no caso bitributação ao *bis in idem*, passaremos a analisar a legislação tributária a fim de verificar se a exigência do IRRF sob os proventos denominados como BET distribuídos pela PREVI aos seus pensionistas deve ser tributado o não.

Conforme previsto no artigo 43 do Código Tributário Nacional o fato gerador do IRPF é a aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica pela pessoa física. Ademais, podemos observar que a incidência do imposto independe da denominação da receita ou do rendimento, da origem e da forma de sua percepção.

Assim, os valores distribuídos aos associados com recursos da “reserva especial” estariam sujeitos ao IR, face à aquisição de disponibilidade econômica e/ou jurídica do benefício pelos participantes, configurando acréscimo patrimonial.

Nesse sentido claramente dispõe o artigo 33 da Lei Federal nº 9.250/95 ser devido o IRRF sobre o benefício recebido de entidade de previdência privada, bem como as importâncias correspondentes ao resgate de

contribuições, sem qualquer distinção a origem da receita/benefício.

Assim, os valores percebidos pelos associados são típicos benefícios, embora extraordinários e transitórios, pagos por entidades de previdência privada, gerando acréscimo patrimonial e, conseqüentemente, passíveis de tributação pelo IR. Portanto, para fins de procedência do pedido nas Ações BET, seria necessário afastar a aplicação de norma legal.

Assim, no momento em que a PREVI, mediante normatização própria, decidiu repartir os lucros advindos do superávit (o que poderia não ser feito, pois a verba, a rigor, foi capitalizada por conta e risco da pessoa jurídica), ofereceu ao demandante nova riqueza, diversa daquela já devolvida a partir da contraprestação pelas contribuições vertidas.

Dessa forma, a disponibilidade econômica se configurou no momento em que a parte autora recebeu o valor, incorporando-o ao seu patrimônio. Portanto, são dois fatos geradores distintos e, igualmente, dois contribuintes diversos.

Com relação à invocação da regra do artigo 31, I da Lei 7.713/88 maior êxito não é verificado. Isso ocorre porque o regime de tributação foi substancialmente alterado pelo regime de tributação previsto na Lei 9.250/95. A regra do art. 31, I da Lei 7.713/88 após a promulgação da Lei 9.250/95 passou a ser incompatível. Basta analisar a literalidade da regra invocada na petição inicial para constatar que ela trata da incidência de imposto de renda apenas sobre parte dos valores pagos pelo fundo de previdência privada ao beneficiário.

No regime da Lei 7.713/88 não se permitia a dedução dos valores vertidos ao fundo de previdência da base de cálculo do imposto de renda. Assim, no inciso VII, alínea b, do artigo 6º determinava-se que seriam isentos do imposto de renda os benefícios recebidos de entidades de previdência privada "*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*".

Com o advento da Lei 9.250/95 "as importâncias pagas ou creditadas a pessoas físicas, sob a forma de resgate, pecúlio ou renda periódica, pelas entidades de previdência privada ficaram sujeitas à incidência do imposto de renda na fonte, calculado de acordo com o disposto no art.25 desta Lei, relativamente à parcela correspondente às contribuições cujo ônus não tenha sido do beneficiário ou quando os rendimentos e ganhos de capital produzidos pelo patrimônio da entidade de previdência não tenham sido tributados na fonte".

Portanto, pode-se afirmar que a regra do art. 31 da Lei 7.713/88 encontra-se tacitamente revogada em decorrência do advento das novas regras de tributação previstas na Lei 9.250/95. Tendo nesse sentido já se manifestado o Superior Tribunal de Justiça:

“TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. APOSENTADORIA COMPLEMENTAR. RATEIO DO PATRIMÔNIO DE ENTIDADE DE PREVIDÊNCIA PRIVADA. CONTRIBUIÇÕES COM ÔNUS DO PARTICIPANTE, EFETUADAS NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 7.713/88. IMPOSTO DE RENDA. NÃO INCIDÊNCIA. GANHOS ORIUNDOS DE INVESTIMENTOS DA ENTIDADE. INCIDÊNCIA.

1. O imposto de renda não incide sobre a complementação de aposentadoria quanto aos resgates e benefícios decorrentes de contribuições cujo ônus tenha sido exclusivamente dos participantes do plano de previdência privada, sob o regime da Lei 7.713/88 (janeiro de 1989 a dezembro de 1995), não abrangendo, todavia, as contribuições vertidas pelo empregador e os ganhos oriundos de investimentos e lucros da entidade, ex vi do artigo 6º, VII, 'b', da referida lei.

2. Precedentes do STJ: EREsp 510.118/DF, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, DJ 13.08.2007; AgRg no AgRg nos EDcl no Ag865.743/SP, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, DJ 03.04.2008; AgRg no REsp 989.062/GO, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, DJ 25.02.2008.

3. Impende salientar que, quer se trate de resgates e benefícios decorrentes de contribuições, quer de rateio do patrimônio de extinta entidade de previdência privada, somente não há incidência do Imposto de Renda sobre o resgate de valores decorrentes das contribuições efetuadas pelo participante sob a égide da Lei 7.713/88. Quanto aos montantes pagos pelo empregador e aos ganhos provenientes de investimentos e lucros da entidade, há a incidência da exação.

Precedente: AgRg nos EREsp 608.357/PR, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 27.09.2006, DJ 23.10.2006.

4. Agravo regimental desprovido.(AgRg no REsp 908.732/DF, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/09/2008, DJe 02/10/2008) (grifado)”

Observamos ainda que o artigo 5º da Lei nº 11.053/2004, a partir de 1º de

janeiro de 2005, passou a dispensar a retenção na fonte e o pagamento em separado do imposto de renda sobre os rendimentos e ganhos auferidos nas aplicações de recursos das provisões, reservas técnicas e fundos de planos de benefícios de entidade de previdência complementar:

Art. 5º A partir de 1º de janeiro de 2005, ficam dispensados a retenção na fonte e o pagamento em separado do imposto de renda sobre os rendimentos e ganhos auferidos nas aplicações de recursos das provisões, reservas técnicas e fundos de planos de benefícios de entidade de previdência complementar, sociedade seguradora e FAPI, bem como de seguro de vida com cláusula de cobertura por sobrevivência.

Parágrafo único. Aplica-se o disposto no caput deste artigo aos fundos administrativos constituídos pelas entidades fechadas de previdência complementar e às provisões, reservas técnicas e fundos dos planos assistenciais de que trata o art. 76 da Lei Complementar no 109, de 29 de maio de 2001. (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)“

O Egrégio Superior Tribunal de Justiça há muito firmou posição uniforme no sentido de que *"a parte que exceder ao total das contribuições constitui acréscimo patrimonial, tal como conceituado pelo art. 43, II, do CTN, estando sujeito, conseqüentemente, à incidência do imposto de renda"*, conforme se depreende do RESP 760.246/PR.

Logo, no caso em questão, não existe norma de isenção do IRPF sobre o benefício de previdência privada em estudo. Ao contrário, há norma expressamente prevendo a incidência (artigo 43 do CTN c/c art. 33 da Lei 9.250/96), sendo certo que a Constituição Federal, no artigo 150, § 6º estabelece que qualquer subsídio ou isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, relativos a impostos, taxas ou contribuições, só poderá ser concedido mediante lei específica, federal, estadual ou municipal, que regule exclusivamente as matérias acima enumeradas ou o correspondente tributo ou contribuição, sem prejuízo do disposto no artigo 155, § 2º, XII, g.

Assim, ante todo o exposto entendemos que a referida ação possui chance de êxito remota, já que conforme diversas jurisprudências exaradas pelos tribunais pátrios a legislação que instituiu a cobrança do IRRF na questão em tela é válida e legal.

Sendo assim, até que ocorra uma alteração na legislação tributária que venha a conceder qualquer benefício/isenção aos pensionistas, o IRRF será devido e deverá ser recolhido pela PREVI em nome dos seus pensionistas.

Permanecemos à disposição para prestar quaisquer esclarecimentos adicionais sobre o assunto.

Atenciosamente,

Patricia Lapa de Noronha Guedes - OAB-RJ 129.654

**Uma das titulares do Escritório Formagio & Guedes Sociedade de Advogados,
contratado da AAPPREVI**