EXCELENTÍSSIMOS SENHORES MINISTROS DO COLENDO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 1.063.187/SC
Embargante: **UNIÃO (Fazenda Nacional)**
Embargado: **ELECTRO ACO ALTONA SA**

A **UNIÃO** (**FAZENDA NACIONAL**), por intermédio de sua Procuradora da Fazenda Nacional que ao final assina, respeitosamente, vem, à presença de Vossa Excelência, pelas razões a seguir aduzidas, com fundamento no artigo 1022, II e no art. 183, §1º, do Código de Processo Civil, em razão da existência de **omissão, obscuridade e contradição**, opor os presentes

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

Trata-se de acórdão do Colendo Supremo Tribunal Federal que, em sessão no Plenário Virtual, negou provimento ao Recurso Extraordinário interposto pela Fazenda Nacional e deu interpretação conforme à Constituição Federal ao § 1º do art. 3º da Lei nº 7.713/88, ao art. 17 do Decreto-Lei nº 1.598/77 e ao art. 43, inciso II e § 1º, do CTN (Lei nº 5.172/66), de modo a excluir do âmbito de aplicação desses dispositivos a incidência do imposto de renda pessoa jurídica– IRPJ e da CSLL sobre a taxa SELIC recebida pelo contribuinte na repetição de indébito tributário. Eis a ementa do precedente:

> Recurso extraordinário. Repercussão geral. Direito Tributário. IRPJ e CSLL. Incidência sobre os valores atinentes à taxa Selic recebidos em

> razão de repetição de indébito tributário. Inconstitucionalidade.
> 1. A materialidade do imposto de renda e a da CSLL estão relacionadas com a existência de acréscimo patrimonial. Precedentes.
> 2. A palavra indenização abrange os valores relativos a danos emergentes e os concernentes a lucros cessantes. Os primeiros, que correspondem ao que efetivamente se perdeu, não incrementam o patrimônio de quem os recebe e, assim, não se amoldam ao conteúdo mínimo da materialidade do imposto de renda prevista no art. 153, III, da Constituição Federal. Os segundos, desde que caracterizado o acréscimo patrimonial, podem, em tese, ser tributados pelo imposto de renda.
> 3. Os valores atinentes à taxa Selic recebidos em razão de repetição de indébito tributário visam, precipuamente, a recompor efetivas perdas (danos emergentes). A demora na restituição do indébito tributário faz com que o credor busque meios alternativos ou mesmo heterodoxos para atender a suas necessidades, os quais atraem juros, multas, outros passivos, outras despesas ou mesmo preços mais elevados.
> 4. Foi fixada a seguinte tese para o Tema nº 962 de repercussão geral: "É inconstitucional a incidência do IRPJ e da CSLL sobre os valores atinentes à taxa Selic recebidos em razão de repetição de indébito tributário".
> 5. Recurso extraordinário não provido.

O julgado ora embargado incorreu em omissão, contradição e obscuridade, como se passa a demonstrar.

I – DA CONTRADIÇÃO

Constata-se contradição da tese fixada com a parte dispositiva do acórdão (e também com a prolação do resultado do julgamento), tendo em vista que a tese fixada se refere, tão somente, à discussão sobre imposto de renda pessoa jurídica - IRPJ, enquanto que o dispositivo deu interpretação conforme à Constituição Federal ao § 1º do art. 3º da Lei nº 7.713/88, o qual versa, exclusivamente, sobre imposto de renda pessoa física - IRPF, conforme transcrições abaixo colacionadas do dispositivo do voto e do artigo de Lei:

> "**À luz de todo o exposto, nego provimento ao recurso extraordinário, dando interpretação conforme à Constituição Federal ao § 1º do art. 3º da Lei nº 7.713/88**, ao art. 17 do Decreto-Lei nº 1.598/77 e ao art. 43, inciso II e § 1º, do CTN (Lei nº 5.172/66), de modo a excluir do âmbito de aplicação desses dispositivos a incidência do imposto de renda e da CSLL sobre a taxa SELIC recebida pelo contribuinte na repetição de indébito tributário."

> **Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988.**
> Art. 1º Os rendimentos e ganhos de capital percebidos a partir de 1º de janeiro de 1989, **por pessoas físicas residentes ou domiciliados no Brasil**, serão tributados pelo imposto de renda na forma da legislação vigente, com as modificações introduzidas **por esta Lei**.
> Art. 2º (...).
> Art. 3º O imposto incidirá sobre o rendimento bruto, sem qualquer dedução, ressalvado o disposto nos arts. 9º a 14 desta Lei.
> § 1º Constituem rendimento bruto todo o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos, os alimentos e pensões percebidos em dinheiro, e ainda os proventos de qualquer natureza, assim também entendidos os acréscimos patrimoniais não correspondentes aos rendimentos declarados.

Por outro lado, por ocasião do julgamento do Tema 962 de repercussão geral, **a tese restou assim fixada**:

> "É inconstitucional **a incidência do IRPJ** e da CSLL sobre os valores atinentes à taxa Selic recebidos em razão de repetição de indébito tributário".

Insta registrar ainda que o tema que havia sido afetado para julgamento segundo a sistemática da repercussão geral era, também, restrito à incidência tributária sobre as pessoas jurídicas, conforme o acórdão que reconheceu a existência de repercussão geral da matéria, publicado em 22.09.2017

Verifica-se, portanto, a existência de contradição no julgado, o qual, apesar de fixar a tese com menção expressa ao IRPJ e à CSLL, restrito à tributação da renda e do lucro das pessoas jurídicas, fez constar, da parte dispositiva, interpretação conforme à Constituição de dispositivo que versa sobre IRPF, legislação que extrapola a tributação das pessoas jurídicas, com ela não se confundindo.

Assim, requer a Fazenda Nacional seja sanada a contradição apontada, para que a parte dispositiva da decisão de julgamento esteja alinhada com a tese fixada, excluindo-se a menção ao § 1º do art. 3º da Lei nº 7.713/88 dentre os dispositivos objeto de interpretação conforme à Constituição Federal.

II – DA OMISSÃO – MODULAÇÃO DE EFEITOS – ALTERAÇÃO DE ARCABOUÇO JURISPRUDENCIAL DE TRIBUNAIS SUPERIORES E SEGURANÇA JURÍDICA

O acórdão embargado incidiu em omissão ao deixar de analisar a modulação de efeitos, cabível na hipótese de alteração jurisprudencial dominante, em face de imperativos de segurança jurídica. Na matéria em debate, observa-se que o **posicionamento adotado por esta Corte modificou o desenho jurisprudencial decorrente dos entendimentos dos Tribunais Superiores em nítido prejuízo à estabilidade das relações jurídicas,** o que enseja a possibilidade de modulação dos efeitos da decisão do presente representativo de controvérsia, com fulcro no princípio constitucional da segurança jurídica e no disposto no § 3º[1] do art. 927 do CPC.

No presente caso, reputa-se cabível o pedido de modulação dos efeitos da decisão deste Egrégio Tribunal, tendo em vista a alteração da jurisprudência dominante do STF e do STJ, de modo a proteger a confiança estabelecida no entendimento dos Tribunais Superiores de que era válida a cobrança do imposto de renda.

A jurisprudência sedimentada no STJ era no sentido da legitimidade da incidência do imposto de renda pessoa jurídica e da contribuição social sobre o lucro líquido sobre a taxa Selic nas hipóteses de repetição de indébito, **tendo em vista a existência de acórdão proferido em julgamento de acordo com a sistemática dos recursos repetitivos neste sentido (REsp 1.138.695/SC)**, bem como de diversos precedentes proferidos por esse e. Supremo Tribunal Federal que afirmavam a ausência de repercussão geral da matéria em face de sua natureza infraconstitucional, a exemplo do fixado no RE 1041965, RE 971595, ARE 822471, RE 881876, ARE 827329..

Além dos precedentes acima mencionados, constata-se que a discussão dos autos se assemelha à controvérsia submetida ao crivo deste e. Supremo Tribunal

[1] Art. 927. [...]
§ 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

Federal por ocasião do julgamento do RE 611.512 (Tema 306[2]), em que, à época, a maioria do Plenário virtual da Corte afirmou a inexistência de repercussão geral da discussão sobre a natureza jurídica da parcela referente aos juros de mora, para fins de incidência do imposto de renda, diante da sua natureza infraconstitucional. A matéria discutida no recurso extraordinário acima mencionado versou sobre controvérsia tida por essa e. Suprema Corte como assunto distinto, mas com diversos pontos em comum, a gerar justa expectativa acerca da natureza infraconstitucional da presente discussão também.

Sendo assim, e diante dos entendimentos exarados por esse e. STF quando do julgamento dos precedentes acima citados e do Tema 306[3] de repercussão geral (RE 611.512), cabia ao egrégio Superior Tribunal de Justiça a definição do tema, o que ocorreu no julgamento do Resp 1.138.695[4], pela sistemática de julgamento dos recursos repetitivos (Tema 505). Naquela oportunidade, o STJ uniformizou o entendimento sobre a controvérsia aqui posta, fixando a tese de que incide imposto de renda sobre o pagamento de juros de mora na repetição do indébito tributário, dada a sua natureza de lucros cessantes, a compor o lucro operacional da empresa.

Nota-se, portanto, que **os posicionamentos que vigoraram durante vários anos nessa Suprema Corte e no Superior Tribunal de Justiça respaldavam o entendimento de que a tributação da Selic na repetição de indébito era plenamente válida e, portanto, passível de ser seguida pela Administração Fazendária**.

Esse cenário de jurisprudência pacífica e dominante sobre o tema, com o afastamento da repercussão da matéria pelo STF e a fixação de entendimento a favor da incidência tributária pelo STJ, leva à seguinte indagação: **diante da ocorrência dos fatos geradores, caberia à Administração Tributária, cuja atividade é vinculada, dispensar o lançamento e a cobrança? Sob o prisma da segurança jurídica e da legalidade que permeia**

---

[2] TEMA 306: Natureza jurídica dos juros, em reclamatória trabalhista, para fins de incidência de Imposto de Renda.

[3] STF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ellen Gracie, julgado em 10.09.2010, publicado DJe em 23.11.2010: TRIBUTÁRIO. INCIDÊNCIA DO IMPOSTO DE RENDA SOBRE VERBAS RECEBIDAS EM RECLAMATÓRIA TRABALHISTA A TÍTULO DE JUROS. DEFINIÇÃO DA NATUREZA JURÍDICA DOS JUROS. APLICAÇÃO DOS EFEITOS DA AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL TENDO EM VISTA TRATAR-SE DE DIVERGÊNCIA SOLUCIONÁVEL PELA APLICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO FEDERAL. INEXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL.

[4] STJ, Primeira Seção, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, julgado em 22.05.2013, publicado no DJe em 31.05.2013.

os atos administrativos, por certo que não. Além da convicção de que a tributação era constitucional, era chancelada pelo Poder Judiciário, por suas duas Cortes Superiores.

Considera-se que, à luz dos entendimentos anteriores do STF e do STJ e da legislação vigente há mais de quarenta anos, não era exigível da Administração Tributária a adoção de providência que não o lançamento e a cobrança da exação, e que outra não era a conclusão senão a de que a cobrança era considerada válida do ponto de vista legal e, também, do Poder Judiciário.

Se, por um lado, o STF entendia que as questões envolvendo a natureza dos juros de mora para fins de incidência do imposto sobre a renda não ostentavam índole constitucional, o STJ, incumbido, então, de dar a palavra final no tema, asseverava a legalidade da indigitada cobrança, tal como definido no **Resp 1.138.695/SC[5] (tema nº 505 de recursos repetitivos),**

[5] PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. BASE DE CÁLCULO DO IMPOSTO DE RENDA DA PESSOA JURÍDICA - IRPJ E DA CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL. DISCUSSÃO SOBRE A EXCLUSÃO DOS JUROS SELIC INCIDENTES QUANDO DA DEVOLUÇÃO DE VALORES EM DEPÓSITO JUDICIAL FEITO NA FORMA DA LEI N. 9.703/98 E QUANDO DA REPETIÇÃO DE INDÉBITO TRIBUTÁRIO NA FORMA DO ART. 167, PARÁGRAFO ÚNICO DO CTN.
1. (...).
2. Quanto aos juros incidentes na repetição do indébito tributário, inobstante a constatação de se tratarem de juros moratórios, se encontram dentro da base de cálculo do IRPJ e da CSLL, dada a sua natureza de lucros cessantes, compondo o lucro operacional da empresa a teor art. 17, do Decreto-lei n. 1.598/77, em cuja redação se espelhou o art. 373, do Decreto n. 3.000/99 - RIR/99, assim como o art. 9º, §2º, do Decreto-Lei nº 1.381/74 e art. 161, IV do RIR/99, estes últimos explícitos quanto à tributação dos juros de mora em relação às empresas individuais.
3.
4. Por ocasião do julgamento do REsp. n. 1.089.720 - RS (Primeira Seção, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 10.10.2012) este Superior Tribunal de Justiça definiu, especificamente quanto aos juros de mora pagos em decorrência de sentenças judiciais, que, muito embora se tratem de verbas indenizatórias, possuem a natureza jurídica de lucros cessantes, consubstanciando-se em evidente acréscimo patrimonial previsto no art. 43, II, do CTN (acréscimo patrimonial a título de proventos de qualquer natureza), razão pela qual é legítima sua tributação pelo Imposto de Renda, salvo a existência de norma isentiva específica ou a constatação de que a verba principal a que se referem os juros é verba isenta ou fora do campo de incidência do IR (tese em que o acessório segue o principal). Precedente: EDcl no REsp. nº 1.089.720 - RS, Primeira Seção, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 27.02.2013.
5. Conhecida a lição doutrinária de que juros de mora são lucros cessantes: "Quando o pagamento consiste em dinheiro, a estimação do dano emergente da inexecução já se acha previamente estabelecida.

publicado em 31.05.2013, que fixou a tese de que incide imposto de renda e CSLL sobre a Selic no contexto de ação de repetição de indébito.

Constata-se, portanto, que **havia um arcabouço jurisprudencial sólido que permitia concluir pela higidez da cobrança tributária em questão, na medida em que esta Suprema Corte sempre entendera que discussões de tal índole implicavam ofensa constitucional reflexa ou indireta e o Superior Tribunal de Justiça afirmara a legalidade da incidência.**

Perceba-se que, diante desse desenho da jurisprudência dos Tribunais Superiores sobre a matéria, a atuação da Administração Fazendária tinha não apenas respaldo, como se protraiu ao longo de bastante tempo, também em cumprimento à legislação vigente há mais de quarenta anos. Ainda que esta Suprema Corte tenha entendido, nesta oportunidade, pela existência de violação constitucional, observa-se que se deve garantir a estabilidade das relações ante o imperativo de segurança jurídica.

Com efeito, a segurança jurídica é garantia constitucional que deve orientar as alterações de entendimento jurisprudencial, preservando-se a estabilidade das relações jurídicas e garantindo a previsibilidade, que é necessária às relações jurídicas.

Se a norma é declarada inconstitucional em virtude dos problemas que se vislumbram nela, não é menos verdade que existem novos problemas que decorrem da ausência de segurança jurídica quando se profere decisão de tal declaração, em virtude das diversas relações estabilizadas em decorrência da aplicação das normas, em especial quando tais relações estavam alicerçadas no posicionamento jurisprudencial dominante. Nessas circunstâncias, impõe-se a modulação dos efeitos da decisão.

No presente caso, é importante mais uma vez destacar que **a atuação do Fisco**

Não há que fazer a substituição em dinheiro da prestação devida. Falta avaliar os lucros cessantes. O código os determina pelos juros de mora e pelas custas" (BEVILÁQUA, Clóvis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado, V. 4, Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1917, p. 221).
6. Recurso especial parcialmente provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C, do CPC, e da Resolução STJ n. 8/2008.

se estabeleceu no passado a partir da justa confiança no arcabouço jurisprudencial.

Assim, **afigura-se como imperiosa a modulação dos efeitos da decisão do STF, sob pena de se imputar à União a responsabilidade pela repetição de valores cobrados em estrita observância à jurisprudência pacífica dos Tribunais Superiores, fixada, inclusive, em sede de recurso especial julgado segundo a sistemática dos recursos repetitivos. Reitere-se: havia a firme convicção de que a tributação era legal e constitucional, pois chancelada pelo Poder Judiciário, jurisprudência esta que orientou o entendimento do Estado brasileiro e proporcionou o devido planejamento orçamentário.**

Visa-se, pois, resguardar a justa expectativa dos jurisdicionados quanto à orientação do Poder Judiciário até a mudança de entendimento. Quando o Judiciário modifica sua orientação, está efetivamente introduzindo nova norma jurídica no ordenamento.

Assim, **diante da credibilidade do arcabouço jurisprudencial sobre a matéria, faz-se necessário que se outorguem efeitos prospectivos à decisão ora embargada, para alcançar somente os fatos geradores ocorridos a partir do julgamento da repercussão geral finalizado em 24.9.2021, de forma a conferir segurança jurídica às situações passadas que se aperfeiçoaram com base no entendimento jurisprudencial vigente até então.**

Logo, a Fazenda Nacional entende que a superação da jurisprudência, fixada inclusive em sede de recurso representativo de controvérsia há oito anos, **não deve retroagir para alcançar fatos geradores ocorridos antes do final do julgamento da repercussão geral, sob pena de a alteração no entendimento até então sedimentado pelos Tribunais Superiores retroagir para alcançar situações antes em perfeita harmonia com a orientação jurisprudencial, hipótese que não se deve admitir, mormente à luz do princípio da segurança jurídica**.

A mudança de entendimento dessa e. Suprema Corte não pode prejudicar os atos praticados em confiança a sua jurisprudência, devendo o **novo entendimento lançar seus efeitos para os fatos geradores futuros, não podendo ser aplicado aos fatos geradores ocorridos até a alteração jurisprudencial.**

A esse respeito, importa destacar que, recentemente, o Ministro Roberto Barroso proferiu voto a favor da modulação de efeitos em razão da virada jurisprudencial no julgamento dos embargos de declaração no RE nº 1.072.485[6] (Tema 985 de repercussão geral), e que no RE nº 669.196[7] (Tema 668 de repercussão geral) esse e. STF, por maioria e seguindo o voto do Ministro Roberto Barroso, modulou os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, em decorrência da mudança na jurisprudência, o que também ocorreu no RE nº 574.706[8] (Tema 69 de repercussão geral) no RE nº 643.247[9] (Tema 16 de repercussão geral).

DAS AÇÕES AJUIZADAS ATÉ A FINALIZAÇÃO DO JULGAMENTO

Importante registrar que, conforme notícia do Jornal Valor Econômico, de 24 de setembro de 2021[10], anexada ao final dos presentes aclaratórios, houve uma **verdadeira corrida dos contribuintes para o ajuizamento de ações sobre a matéria, com vistas à fruição de eventual ressalva às ações já ajuizadas.**

Dados extraídos do sistema de acompanhamento judicial - SAJ da PGFN demonstram que, versando sobre o Tema n. 962 de repercussão geral, consta o registro de mais de 10.000 (dez mil) processos, sendo que 7.428 (sete mil, quatrocentos e vinte e oito) processos cadastrados são de primeira instância. Após a inclusão em pauta do presente *leading case* no dia 1º de setembro de 2021, foram protocolados 1.820 (mil, oitocentos e vinte) casos em todo o país, dentre os quais 1.344 (mil, trezentos e quarenta e quatro) processos foram ajuizados entre 17.9.2021 e 24.9.2021 (período de julgamento virtual, com 8 dias de intervalo), de maneira que **as causas iniciadas após 1º.9.2021 perfazem 24,5% daquelas em primeira instância sobre a temática, dentre as quais 73, 84% foram ajuizadas somente no interregno de tempo referente à semana do julgamento virtual**.

[6] STF, RE 1072485, Embargos de Declaração com julgamento virtual iniciado em 26.03.2021, mas retirado do virtual em face de pedido de destaque.
[7] STF, RE 669196, Embargos de Declaração julgados em 08.04.2021, Ata de julgamento publicada em 13.04.2021.
[8] STF, RE 574.706, Embargos de Declaração julgados em 13.05.2021, Ata de julgamento Publicada em 21.05.2021.
[9] STF, RE 643.241, Embargos de Declaração julgados em 12.06.2019, Ata de julgamento publicada em 21.06.2019.
[10] Endereço Empresas correm para aproveitar decisão do STF | Valor Jurídico | Valor Econômico (globo.com)

Excelências, tais dados evidenciam a utilização, por parte dos contribuintes, da ressalva à modulação de efeitos por vezes aplicada às ações já ajuizadas, como forma de esvaziar o instituto, tornando-o inócuo diante do significativo número de contribuintes cujos fatos geradores, ocorridos antes do julgamento, ainda serão atingidos pelos seus efeitos.

Por tal razão, a Fazenda Nacional requer a modulação de efeitos do presente julgado, a fim de que sejam preservados os efeitos já operados pelos precedentes deste STF que entendiam pela natureza infraconstitucional da controvérsia e pelo **Resp 1.138.695/SC**, (Tema nº 505 de recursos repetitivos), **de maneira que a proclamação de inconstitucionalidade não venha a alcançar os fatos geradores anteriores à finalização do julgamento de mérito do Tema 962**, já que amparados pela pacífica jurisprudência dos Tribunais Superiores quanto à legitimidade da exação.

É importante perceber que **a ressalva às ações ajuizadas**, **além de incentivar a litigiosidade**, fazendo com que ocorra verdadeira corrida ao Judiciário antes do término do julgamento, **vai de encontro à própria razão de ser da modulação de efeitos**. Antes da virada do entendimento, o Direito vigente, chancelado pelo Judiciário, era no sentido da legitimidade da tributação. **Essa é a verdadeira razão da modulação**. Com a recente decisão do STF, deparamo-nos com a clara mudança das normas que regem a sociedade. **Não é adequado, portanto, distinguir contribuintes pelo só fato de terem ajuizado demandas perante o Judiciário**. Não se trata critério distintivo idôneo, o que viola flagrantemente o princípio da isonomia. Por tais razões, requer a União a modulação de efeitos, aplicando-se o entendimento até então vigente a todos os contribuintes indistintamente.

Subsidiariamente, caso se entenda necessária a ressalva quanto às ações pendentes de conclusão, a Fazenda Nacional requer sejam ressalvadas somente as ações ajuizadas até a inclusão do processo em pauta de julgamento (1º de setembro de 2021) ou, no mínimo, até o início do julgamento (17.9.2021), com o escopo de não permitir a manipulação da modulação de efeitos pelos jurisdicionados.

O pleito da Fazenda Nacional vai ao encontro do que foi recentemente

decidido por essa e. Suprema Corte no julgamento do RE 714.139[11] (Tema 745 de repercussão geral), quando, por maioria, modularam-se os efeitos da decisão para que ela produza efeitos somente a partir do exercício financeiro de 2024, ressalvando as ações ajuizadas até a data do início do julgamento do mérito.

III - DA OBSCURIDADE – A BUSCA PELA EXTENSÃO DO ALCANCE DO JULGADO PELOS CONTRIBUINTES

Cumpre observar que a amplitude dos fundamentos do acórdão ora embargado guarda alguma obscuridade, capaz de provocar múltiplos e expressivos impactos na tributação da renda.

Isso porque, uma vez fixado o entendimento de que: i) os juros de mora estão abrangidos pela Selic; ii) o direito aos juros de mora legais decorre de um ato ilícito imputado ao devedor consistente no inadimplemento dos valores em dinheiro nas datas estabelecidas; e iii) a ilicitude do ato confere natureza de dano emergente aos mencionados juros, a afastar a tributação pelo imposto de renda e pela CSLL, os contribuintes passaram a lastrear novas pretensões isentivas, via **elastecimento do alcance da tese para o afastamento da tributação da Selic devida, também, no contexto de todos os tipos de pedidos de restituição, de compensação, de levantamento de depósito judicial, além dos juros de mora em geral, inclusive aqueles pagos em decorrência de atraso no cumprimento de obrigações avençadas entre particulares.**

Sobre o ilícito capaz de conferir a natureza de dano emergente à Selic – a mora no pagamento de indébito reconhecido pelo Poder Judiciário –, assim consta do acórdão embargado:

> A prevalecer a legislação impugnada, a taxa Selic recebida pelo contribuinte na repetição de indébito tributário sempre comporia a base de incidência do imposto de renda (IRPJ) e da contribuição social sobre o lucro líquido (CSLL), o que não se sustenta a partir da análise dos referidos tributos, da natureza jurídica dos juros de mora decorrentes da

[11] STF, RE 714139, embargos de declaração com julgamento virtual iniciado em 10.12.2021 e finalizado em 17.12.2021. Ata de julgamento publicada em 07.01.2022.

lei e da indivisibilidade da taxa Selic.
(...).
É necessário notar, ainda, que a causa que gera o direito aos juros de mora legais decorre de um ato ilícito imputado ao devedor consistente no não pagamento dos valores em dinheiro aos quais tem direito o credor nas datas estabelecidas.
(...).
À luz das considerações do tópico anterior, vejamos se os juros de mora legais devidos na repetição de indébito tributário são lucros cessantes, caso em que eles estarão sujeitos ao imposto de renda e à CSLL, ou se são danos emergentes, hipótese na qual os tributos não podem incidir.
(...).
A meu sentir, os juros de mora estão fora do campo de incidência do imposto de renda e da CSLL, pois visam, precipuamente, a recompor efetivas perdas, decréscimos, não implicando aumento de patrimônio do credor.
(...)
Os juros de mora legais visam, em meu entendimento, a recompor, de modo estimado, esses gastos a mais que o credor precisa suportar (juros decorrentes da obtenção de créditos, juros relativos ao prolongamento do tempo de utilização de linhas de créditos, multas etc., que se traduzem em efetiva perda patrimonial) em razão do atraso no pagamento da verba a que tinha direito
(...)
Da mesma forma que procedi no julgamento do Tema nº 808 da repercussão geral, prossigo dizendo que, mesmo que se considere que os juros de mora legais envolvidos pela taxa Selic devida no contexto em tela abranjam não só danos emergentes, mas também lucros cessantes, não vislumbro a possibilidade de submetê-los à tributação pelo imposto de renda e pela CSLL sem se ferir o conteúdo mínimo das materialidades previstas no art. 153, III, e no art. 195, I, c, da Constituição. Isso porque, se fosse aceita a ideia de que tais juros de mora legais são tributáveis pelo IRPJ e pela CSLL, essa exação acabaria incidindo não apenas sobre lucros cessantes, mas também sobre danos emergentes, parcela que não se adéqua à materialidade desses tributos, por não resultar em acréscimo patrimonial."

Da leitura dos trechos extraídos do voto do Exmo. Ministro Relator acima colacionados, constata-se que o **fundamento determinante que justifica a caracterização da Taxa Selic como compensação por danos emergentes é a mora no pagamento do indébito tributário**. O dano emergente a ser indenizado seria em face de toda sorte de dissabores sofrido pelo credor (uso de crédito rotativo, empréstimos, cobranças por atraso, necessidade de comprar a prazo com preços maiores, etc) pela demora em ter os valores restituídos**, sendo a premissa básica do julgamento de que a Fazenda Pública deve estar em mora.**

Ocorre que, como será demonstrado a seguir, o fundamento de incidência da Selic não é somente a função de juros de mora nas ações de repetição de indébito tributário, existindo casos em que a Selic incide ainda que a obrigação da Fazenda Pública não esteja constituída em mora.

Ante a obscuridade do julgado, que deixou de estabelecer discrímen que permita distinguir as hipóteses para emprego da tese fixada, constata-se a interpretação, por parte dos contribuintes, de permissão para o elastecimento do alcance da decisão, para afastar a tributação até mesmo dos juros de mora pagos no contexto de contratos entre particulares, e de toda e qualquer Taxa Selic devida pela Fazenda Pública, mesmo aquela incidente em pedidos de compensação, de restituição e de levantamento de depósito judicial em que ainda inexistente a mora a ser imputada à Fazenda Pública.

Afinal, não custa lembrar que, nos termos do artigo 1º-F da Lei nº 9.494/97[12], **a Selic se destina, também, à remuneração do capital e à atualização monetária, não sendo a compensação pela mora sua finalidade exclusiva. Se não há mora a gerar natureza de dano emergente aos valores decorrentes da Selic, esses valores assumem, portanto, as demais finalidades descritas na norma, a afastar o entendimento fixado no acórdão embargado para tais hipóteses.**

Sobre a Selic recebida em pedidos de restituição administrativa e de compensação, vale alertar que diversas são as hipóteses em que a Administração restitui eventual pagamento a maior feito pelo próprio contribuinte, sem que a Administração Pública tenha concorrido para tanto ou praticado qualquer cobrança indevida – nesses casos, não é possível entender que a Selic incidente estaria desde sempre a indenizar os danos emergentes decorrentes de mora. **Afinal, quando estaria configurada a mora da Fazenda Pública nesses casos em que não houve cobrança indevida?** O entendimento[13] de que haveria mora desde a citação de ação que

[12] Art. 1º-F. Nas condenações impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza e para fins de atualização monetária, remuneração do capital e compensação da mora, haverá a incidência uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança

[13] Entendimento fixado, *em obter dictum*, no julgamento do RE 579431 (Tema 96 de Repercussão Geral), restrito às hipóteses em que há precatório ou RPV em favor do contribuinte, que definiu pela incidência de juros de mora no período compreendido entre a data da conta de liquidação e a expedição do requisitório.

reconhece uma cobrança indevida não se aplica, ante a ausência, justamente, dessa exação incorreta por parte do Erário.

Não há, assim, que se falar em mora desde o pedido de restituição ou de compensação de valores que não foram cobrados indevidamente pelas Fazendas Públicas, e tampouco do ilícito (mora) a gerar natureza indenizatória a afastar a tributação desse rendimento.

Outro exemplo é o caso do próprio IRPJ e da CSSL, quando submetidos ao regime de antecipação por estimativa, que podem ser eventualmente restituídos no exercício seguinte, caso não configurado fato gerador dos tributos ao final do exercício anterior (artigo 2º, e 6º. § 1º, II, da Lei n. 9.430/96) – há restituição, há incidência da Selic, mas não há cobrança indevida, não há mora atrelada ao início da incidência da Selic e tampouco caráter de dano emergente desse índice.

Em verdade, atualmente, a maioria dos tributos são sujeitos ao lançamento por homologação. Ou seja, via de regra, se há indébito é porque o contribuinte calculou mal o tributo e, até mesmo, o declarou incorretamente, via DCTF, GFIP ou outra declaração congênere. Nessa situação, qual seria a mora da Fazenda Pública? No caso, o Fisco sequer sabe da existência do indébito.

Só poderia ser imputada alguma mora à Fazenda Pública no caso de o contribuinte, verificando que apurou mal o tributo, ingressar com pedido de restituição e este não ser satisfeito dentro de um prazo razoável, o qual pode ser considerado aquele do art. 24[14] da Lei nº 11.457, de 16 de março de 2007.

Importante, Excelências, que o acórdão seja claro no sentido de ser o entendimento ali fixado aplicável, tão somente, para as ações de repetição de indébito, quando muito extensível para as hipóteses em houve cobrança indevida por parte da Fazenda Pública. Sem

[14] "Art.24. É obrigatório que seja proferida decisão administrativa no prazo máximo de 360 (trezentos e sessenta) dias".

cobrança indevida, impossível falar-se em mora desde a citação ou pedido de restituição ou compensação, sendo cabível a tributação da Selic incidente nesses casos.

Nos casos em que não houve cobrança incorreta por parte da Fazenda Pública, mas pagamento a maior por erro do próprio contribuinte, retenção a maior na fonte ou pagamento por estimativa maior do que os efetivos fatos geradores, a Selic incidente nos respectivos pedidos de restituição e/ou compensação não tem natureza de indenização por danos emergentes, não há mora e inadimplência por parte do Estado, apesar de haver incidência da Taxa Selic. S**ó faz sentido aplicar a tese firmada no acórdão ora embargado depois que o contribuinte requerer a restituição e houver o inadimplemento da RFB, após um prazo razoável (360 dias, conforme o art. 24 da Lei nº 11.457, de 2007).**

Até então, a correção por juros equivalentes à taxa Selic tem caráter remuneratório e funcionam como uma aplicação financeira, sendo tributados pelo IRPJ e pela CSLL.

Também merece atenção a hipótese referente à Selic incidente nos pedidos de levantamento de depósito judicial, porque o depósito judicial partiu de um ato de depósito voluntário do próprio contribuinte[15], como bem discriminou o STJ por ocasião do REsp 1138695 (Tema 504 de recursos repetitivos) julgado segundo a sistemática dos recursos repetitivos, guardando a Selic, nessa hipótese, natureza de frutos civis[16]

[15] STJ, RESP n° 1138695, julgado em 22 de março de 2013, trecho do voto Ministro relator Mauro Campbell Marques: "o fato gerador dos juros não decorre de mora da Fazenda Pública (esta não praticou ilícito contratual, extracontratual ou legal algum, não houve impontualidade), mas da existência de depósito voluntariamente efetuado pelo contribuinte em instituição financeira e que se submete à remuneração legalmente estabelecida".

[16] *Idem*: "Aliás, a natureza jurídica dos juros incidentes sobre os depósitos judiciais jamais escapou à perspicácia dos julgadores deste Superior Tribunal de Justiça que sempre os qualificaram como juros remuneratórios e daí extraíram fundamento suficiente para a incidência do IRPJ e da CSLL. Nessa linha, transcrevo excerto do voto-vista do Min. Castro Meira no REsp. n. 1.086.875 - PR (Segunda Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, Rel. p/acórdão Min. Castro Meira, julgado em 18.05.2012): A Lei 9.703/98, que dispõe sobre os depósitos judiciais e extrajudiciais de tributos e contribuições federais, deixa claro que a taxa SELIC incidente sobre o depósito judicial remunera o capital depositado, tanto assim que chama esses frutos civis de 'remuneração', verbis (...)."

Ora, é difícil entrever perdas e danos a serem ressarcidos pelo Erário se a ação que deu causa ao pagamento indevido foi uma ação espontânea (de pagar) efetuada impropriamente pelo próprio contribuinte.

Já sobre a pretensão de aplicação da tese fixada no presente Tema 962 de Repercussão Geral para afastar a tributação dos juros de mora avençados nos contratos entre os particulares, relevante, também, que o acórdão seja claro e preciso quanto à sua aplicação somente para a Selic devida pela Fazenda Pública nas ações de repetição de indébito, consideradas as balizas do caso submetido à apreciação deste Tribunal.

A aplicação do entendimento fixado no acórdão embargado aos juros de mora avençados entre os particulares implicaria a tributação somente do valor histórico das dívidas pagas com atraso, ainda que se trate de hipótese totalmente distinta, e esses juros importem acréscimo patrimonial para o credor, sequer tendo ocorrido qualquer cobrança indevida pelas Fazendas Públicas. A título de exemplo do que esse raciocínio poderia acarretar, **bancos estariam a auferir vultosos juros de mora de seus correntistas, rendimentos esses que estariam isentos de tributação**.

Necessário, portanto, Excelências, seja esclarecido se estas hipóteses – pedidos de restituição, compensação, levamento de depósitos judiciais, juros avençados em contratos entre particulares – estão incluídas no julgamento e, caso estejam, qual o fundamento que justifica sua inclusão, a fim de evitar, inclusive, incremento significativo na litigiosidade (incremento esse que já vem ocorrendo após finalizado o julgamento do Tema 962).

Como bem pontuado pelo voto do Exmo. Ministro Luiz Fux no RE 1293130 (Tema 1119 de Repercussão Geral), **"é curial que a construção do *stare decisis* leve em conta os fatos relevantes da causa", não sendo razoável que o precedente fixado em relação à ação de repetição de indébito contra Fazendas Públicas, que envolve valores corrigidos pela Selic desde o pagamento indevido e culmina em precatórios ou requisições de pequeno valor, após decisão judicial que reconhece a inexigibilidade de determinado tributo, seja aplicado indiscriminadamente a todo e qualquer juros de mora ou mesmo a todo caso de**

incidência da Selic, ainda que envolvendo valores que não foram objeto de cobrança indevida pelo Estado.

A necessidade de esclarecer a inaplicabilidade do precedente fixado no presente Tema de repercussão geral aos juros avençados nos contratos entre particulares e aos pedidos de restituição, compensação e levantamento de depósitos de valores que não foram objeto de cobrança indevida pelas Fazenda Públicas diz com a imprescindibilidade da individualização dos fundamentos determinantes da decisão em questão, via esclarecimento de que a decisão é restrita à Selic incidente nas ações de repetição de indébito.

Sendo assim, a Fazenda Nacional requer seja sanada a obscuridade apontada, de maneira a esclarecer **se os pedidos de restituição, compensação, levamento de depósitos judiciais, bem como os juros de mora avençados em contratos entre particulares – estão incluídas no julgamento e, caso estejam, qual o fundamento que justifica sua inclusão**.

IV – DOS PEDIDOS

Ante o exposto, a Fazenda Nacional requer seja sanada a contradição no acórdão embargado, para que a parte dispositiva da decisão de julgamento esteja alinhada com a tese fixada, excluindo-se a menção ao § 1º do art. 3º da Lei nº 7.713/88, que versa exclusivamente sobre IRPF, dentre os dispositivos objeto de interpretação conforme à Constituição Federal.

Outrossim, e em razão do inegável rompimento da jurisprudência pacífica dos Tribunais Superiores que conferiu estabilidade às relações jurídicas e atos praticados com fulcro em tal posicionamento, requer a União a modulação dos efeitos da decisão embargada, nos termos propostos supra, ou seja, que produza efeitos *somente* após finalizado o julgamento do recurso extraordinário selecionado como *leading case*, em 24.9.2021, de maneira que a proclamação de inconstitucionalidade não venha a alcançar os fatos geradores anteriores, já que amparados pela pacífica jurisprudência dos Tribunais Superiores quanto à legitimidade da exação. Por consequência, deverão ser preservados todos os atos administrativos e judiciais praticados até então com fundamento na validade da norma reputada como inconstitucional quando do julgamento do presente recurso extraordinário.

Caso essa c. Suprema Corte, pela eventualidade, entenda pela necessidade de ressalvar as ações judiciais já ajuizadas, a Fazenda Nacional requer, subsidiariamente, sejam ressalvadas apenas as ações ajuizadas até a inclusão em pauta do processo (1º.9.2021) ou, no mínimo, apenas as ações ajuizadas antes do início do julgamento (17.9.2021), ante o elevado número de ações ajuizadas justamente após prolatado o voto do Exmo. Ministro Relator em sentido favorável aos contribuintes, a evidenciar a nítida finalidade de esvaziamento da modulação de efeitos, caso aplicada com ressalvas às ações já ajuizadas.

Por fim, requer seja sanada a obscuridade apontada, de maneira a esclarecer **que os pedidos de restituição, compensação, levamento de depósitos judiciais não estão incluídos no julgamento quando ausente o ilícito pressuposto no julgado ou qualquer cobrança indevida por parte da Fazenda Pública, bem como os juros de mora avençados em contratos entre particulares.**

Termos em que pede deferimento.

Brasília (DF), 7 de fevereiro de 2022

ASSINADO DIGITALMENTE
ANDREA MUSSNICH BARRETO
A conformidade com a assinatura pode ser verificada em:
http://serpro.gov.br/assinador-digital
SERPRO

ANDRÉA MUSSNICH BARRETO
Procuradora da Fazenda Nacional

PAULO MENDES DE OLIVEIRA
Coordenador-Geral de Atuação perante o STF

RICARDO SORIANO DE ALENCAR
Procurador-Geral da Fazenda Nacional

Valor ECONÔMICO | Valor Jurídic o



Por Beatriz Olivon
Formada em jornalismo pela UnB e em Direito pelo IDP. Está no Valor desde 2014 e atua em Brasília, com foco nos tribunais superiores e Carf.

Empresas correm para aproveitar decisão do STF

Ministros devem finalizar até amanhã julgamento sobre Selic

Brasília

23/09/2021 15h30 · Atualizado há 13 horas

Há um corre-corre nos **escritórios de advocacia** para atender empresas que querem recuperar valores de impostos cobrados sobre a **Selic**. A causa de todo esse alvoroço é o julgamento que ocorre no **Plenário Virtual** do Supremo Tribunal Federal (**STF**). Os ministros têm até amanhã para decidir o tema. Só faltam três votos e já há maioria a favor dos contribuintes.

• **Valor lança coluna digital sobre advocacia e Judiciário**

O pedido das empresas é para que os processos sejam ajuizados, no máximo, até amanhã. Elas temem ser afetadas por uma possível **modulação de efeitos**. E há razão de esse medo existir: os ministros têm frequentemente optado por essa sistemática nos **julgamentos de casos tributários**. Quando acontece, só os

contribuintes com ações em curso até a data da decisão têm o direito à restituição dos valores que foram pagos a mais ao governo no passado.

Força-tarefa

Os escritórios estão montando uma força-tarefa para dar conta da demanda. Só o **WFaria Advogados** afirma ter ajuizado dezenas de ações nesta semana. Segundo Leonardo Mazzillo, sócio da banca, o começo do julgamento, com voto do relator, o ministro Dias Toffoli, contrário à cobrança e a sequência de quatro ministros seguindo o mesmo posicionamento deram ânimo às empresas.

A situação se repete no escritório **Silva Gomes**. O sócio, Luis Augusto Gomes, diz ter entrado com aproximadamente 15 ações durante o julgamento que ocorre no STF.

Há grande demanda também no escritório **Gaia Silva Gaede Advogados**. A banca já havia alertado os clientes sobre o tema em 2020 e reiterou os avisos antes do início do julgamento. Ana Paula Faria da Silva, sócia do escritório, relata que nem todos haviam se interessado. Depois de cinco votos favoráveis no STF, porém, mudaram de ideia.

Selic

O **caso que está no STF** envolve uma siderúrgica, a **Electro Aço Altona** (RE 1063187). A União recorre de decisão do Tribunal Regional Federal (TRF) da 4ª Região que afastou a incidência do **Imposto de Renda** e da **CSLL** sobre a taxa Selic recebida pelo contribuinte na repetição de indébito.

Para o relator, ministro Dias Toffoli, os juros de mora legais visam recompor eventuais gastos a mais que o credor precisa suportar por causa do atraso no pagamento da verba a que tinha direito. O voto foi seguido pelos ministros Ricardo Lewandowski, Alexandre de Moraes, Cármen Lúcia, Luís Roberto Barroso e Edson Fachin.



Ministro Dias To oli: juros de mora legais visam recompor eventuais gastos a mais que o credor precisa suportar — Foto: Foto: Fellipe Sampaio /SCO/STF

O ministro Gilmar Mendes proferiu um voto diferente. Entende que esse tema não é constitucional e, portanto, não deveria ser julgado na Corte. Frisou, porém, que se os demais mantiverem a análise do mérito, ele também será contrário à cobrança.