

VOTO - VOGAL

O Senhor Ministro Gilmar Mendes: Trata-se de recurso extraordinário da **União**, com fundamento no Art. 102, III, ' b ', da Constituição, a discutir a incidência do Imposto de Renda Pessoa Jurídica (IRPJ) e da Contribuição Social Sobre o Lucro Líquido (CSLL) sobre a taxa Selic recebida pelo contribuinte na repetição do indébito.

Tem-se aqui a discussão do Tema 962 da sistemática da repercussão geral.

A recorrente (União) questiona acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região assim ementado:

“IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA (IRPJ).
CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO (CSLL).
ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA NA REPETIÇÃO DE INDÉBITO OU
SOBRE DEPÓSITOS JUDICIAIS.

A Corte Especial deste Tribunal, nos autos da Arguição de Inconstitucionalidade n. 5025380-97.2014.404.0000, reconheceu a inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, do § 1º do art. 3º da Lei nº 7.713, de 1988, do art. 17 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, e do art. 43, inc. II e § 1º, do CTN (Lei nº 5.172, de 1966), de forma a afastar da incidência do imposto de renda (IR) e da contribuição social sobre o lucro líquido (CSLL) sobre a taxa SELIC recebida pelo contribuinte na repetição de indébito.” (eDOC. 7).

A transcrição dos dispositivos legais declarados inconstitucionais pela Corte Especial do TRF4 se mostra oportuna:

Decreto-Lei nº 1.598, de 1977

“Art. 17 - **Os juros**, o desconto, a correção monetária prefixada, o lucro na operação de reporte e o prêmio de resgate de títulos ou debêntures, **ganhos pelo contribuinte, serão incluídos no lucro operacional** e, quando derivados de operações ou títulos com vencimento posterior ao encerramento do exercício social, poderão ser rateados pelos períodos a que competirem. [...]”

Lei 7.713, de 1988

“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.”

CTN

“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.

§ 1º A incidência do imposto independe da denominação da receita ou do rendimento, da localização, condição jurídica ou nacionalidade da fonte, da origem e da forma de percepção. (Incluído pela Lcp nº 104, de 2001)”

A **Procuradoria-Geral da República** manifestou-se (eDOC. 83) pelo provimento do recurso extraordinário e pela fixação da seguinte tese de repercussão geral: “ *É constitucional a cobrança de IRPJ e CSLL sobre a Selic paga a título de juros moratórios em decorrência do indébito tributário, tendo em vista o incremento de riqueza nova ao patrimônio do contribuinte* ”.

É breve o relatório.

Decido.

A temática destes autos guarda relativa proximidade com discussão recente a que se dedicou esta Corte. Refiro-me ao julgamento do RE 855091, representativo do tema 808 da sistemática da repercussão geral.

Por ocasião do mencionado julgamento, concluído em sessão do plenário virtual finalizada em 12/03/2021, este Supremo Tribunal deu ao § 1º do art. 3º da Lei nº 7.713/88 e ao art. 43, inciso II e § 1º, do CTN interpretação conforme à Constituição Federal, de modo a excluir do âmbito de aplicação desses dispositivos a incidência do imposto de renda sobre os *juros de mora decorrentes de atraso no pagamento das remunerações decorrentes do exercício de empregos, cargos ou funções* .

Fixou-se, na ocasião, a seguinte tese: " *Não incide imposto de renda sobre os juros de mora devidos pelo atraso no pagamento de remuneração por exercício de emprego, cargo ou função* ".

Para que se vislumbre com clareza a distinção fática, enquanto no RE 855091 a origem dos valores - cujo atraso no pagamento renderam juros moratórios que este Tribunal decidiu como imunes da incidência de imposto de renda – referia-se à remuneração do trabalho, a origem dos valores aqui discutidos se refere à SELIC utilizada para remunerar o pagamento a destempo em sede de repetição de indébitos tributários. Discute-se, aqui, além da incidência do imposto de renda, também a CSLL.

Naquela assentada, restei vencido isoladamente no mérito. Nada obstante, os argumentos por mim enunciados viriam a ser adotados e reforçados em voto divergente de Sua Excelência, **Ministro Roberto Barroso**, quando do julgamento embargos de declaração, mas tão somente para defender a modulação dos efeitos da decisão. Registro que, ao final, a maioria se formou pela *não modulação* dos efeitos da decisão (6 votos à 5 – Sessão do Plenário Virtual de 11 a 18.06.2021).

Quanto ao mérito do RE 855091, o eminente Relator, **Ministro Dias Toffoli**, em minucioso e exauriente voto, dedicou-se à rica contextualização acerca da evolução do tema perante o Supremo Tribunal Federal e perante o Superior Tribunal de Justiça. Ademais, situou a natureza jurídica, sob a ótica privatista, dos juros moratórios acrescidos a verbas remuneratórias reconhecidas em reclamatória trabalhista.

Consoante esclarece Sua Excelência, **Ministros Dias Toffoli**, no voto do caso agora sob exame (RE 1063187), de semelhante esmero, os assuntos versados são distintos, embora encontrem significativos pontos de tangência.

Conforme adiantei, registrei, na ocasião, minha contrariedade à solução adotada por vislumbrar na discussão uma nítida infraconstitucionalidade.

Pontuei em meu voto que este Supremo Tribunal Federal, em pelo menos duas oportunidades anteriores, havia-se pronunciado pela **ausência de questão constitucional** a revolver o tema da incidência do imposto de renda sobre os juros de mora decorrentes de atraso no pagamento das remunerações decorrentes do exercício de empregos, cargos ou funções.

Refiro-me às conclusões proferidas por esta Corte quando da apreciação do **AI 705941** e do **RE 611512** , representativos dos Temas 236 e 306 de Repercussão Geral, respectivamente.

Convém reproduzir a ementa dos julgados:

“EMENTA: RECURSO. Extraordinário. Incognoscibilidade. Rescisão de contrato de trabalho. Verbas rescisórias. Natureza jurídica. Definição para fins de incidência de Imposto de Renda. **Matéria infraconstitucional. Ausência de repercussão geral.** Agravo de instrumento não conhecido. Não apresenta repercussão geral o recurso extraordinário que, tendo por objeto a definição da natureza jurídica de verbas rescisórias (salarial ou indenizatória), para fins de incidência de Imposto de Renda, versa sobre matéria infraconstitucional.

(AI 705941 RG, Relator(a): CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 19/11/2009)”

“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.

(RE 611512 RG, Relator(a): ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 09/09/2010)”

Não se perca de vista, é importante ressaltar, que a incidência do imposto de renda, independentemente da origem dos valores (se decorrentes de verbas trabalhistas ou se decorrentes da atualização do indébito tributário), encontra respaldo em legislação coincidente: § 1º do art. 3º da Lei nº 7.713, de 1988; art. 17 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977; e art. 43, inc. II e § 1º, do CTN.

Perceba-se, portanto, que, nos idos de 2009 e 2010, este Supremo Tribunal sinalizou cabalmente **inexistir questão constitucional no assunto** e, em acréscimo, que a resolução e pacificação da questão encontraria no Superior Tribunal de Justiça o seu foro apropriado, haja vista revolver matéria afeta à legislação federal.

Com efeito, o tema mereceu pronta atenção daquela Corte Superior. Peço vênias para reproduzir algumas teses firmadas pelo STJ, em sede de recursos repetitivos, que endereçaram a temática da incidência de Imposto de Renda (e CSLL) sobre determinados valores:

Tema 470 do STJ - Não incide Imposto de Renda sobre os juros moratórios legais vinculados a verbas trabalhistas reconhecidas em decisão judicial. (julgado em 28/09/2011).

Tema 504 do STJ - Os juros incidentes na devolução dos depósitos judiciais possuem natureza remuneratória e não escapam à tributação pelo IRPJ e pela CSLL. (julgado em 22/05/2013)

Tema 505 do STJ - 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. (julgado em 22/05/2013)

É bem verdade, como bem apontou o Ministro Relator do RE 855091, **Ministro Dias Toffoli**, que o assunto retornou à consideração deste Supremo Tribunal Federal em razão da superveniência de acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

O acórdão *a quo*, naqueles autos, aplicou entendimento do Órgão Especial do TRF da 4ª Região, proferido na Arguição de Inconstitucionalidade nº 5020732-11.2013.404.0000, que reconheceu *a não recepção do parágrafo único do art. 16 da Lei nº 4.506/64 pela Constituição de 1988, declarando a inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, do § 1º do art. 3º da Lei nº 7.713/1988 e do art. 43, inciso II, § 1º, do Código Tributário Nacional*, de forma a afastar a incidência do imposto de renda (IRPF) sobre os juros de mora legais recebidos, dada a natureza indenizatória da verba.

O mesmo se passa nestes autos, haja vista que o Tribunal *a quo* aplicou o seguinte entendimento: “ *A Corte Especial deste Tribunal, nos autos da Arguição de Inconstitucionalidade n. 5025380-97.2014.404.0000, reconheceu a inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, do § 1º do art. 3º da Lei nº 7.713, de 1988, do art. 17 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, e do art. 43, inc. II e § 1º, do CTN (Lei nº 5.172, de 1966), de forma a afastar da incidência do imposto de renda (IR) e da contribuição social sobre o lucro líquido (CSLL) sobre a taxa SELIC recebida pelo contribuinte na repetição de indébito.*”

Observe-se que esta última Arguição de Inconstitucionalidade foi decidida pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região em **outubro de 2016, quando já firmada a compreensão deste STF (pela infraconstitucionalidade e ausência de repercussão geral da matéria) e, acrescente-se, quando o STJ já firmara seu convencimento no assunto em sede de Recursos Repetitivos.**

Com as vênias de estilo, volto a enfatizar que a decisão do Órgão Especial do TRF 4ª Região tem a potencialidade de subverter o sistema de precedentes delineados pelo Artigo 102, § 3º da Constituição Federal de 1988, bem como o rito previsto nos artigos 1.029 e seguintes do CPC/2015.

Em outras palavras, admitir-se que este Supremo Tribunal seja obrigado a apreciar questão sob a ótica constitucional pelo simples fato de um Tribunal Regional ter decidido pela inconstitucionalidade de norma, **após a manifestação deste STF pela infraconstitucionalidade** da questão, é, em definitiva, admitir que Tribunais inferiores pautem o Supremo Tribunal Federal.

O expediente, penso eu, reiterando as vênias, faz tábula rasa da disciplina processual civil prevista nos artigos 1.032 e 1.033 do CPC, a dirimir eventuais dúvidas sobre a natureza das questões discutidas e respectiva competência:

CPC/2015

“Art. 1.032. Se o relator, no Superior Tribunal de Justiça, entender que o recurso especial versa sobre questão constitucional, deverá conceder prazo de 15 (quinze) dias para que o recorrente demonstre a existência de repercussão geral e se manifeste sobre a questão constitucional.

Parágrafo único. Cumprida a diligência de que trata o caput, o relator remeterá o recurso ao Supremo Tribunal Federal, que, em juízo de admissibilidade, poderá devolvê-lo ao Superior Tribunal de Justiça.

Art. 1.033. Se o Supremo Tribunal Federal considerar como reflexa a ofensa à Constituição afirmada no recurso extraordinário, por pressupor a revisão da interpretação de lei federal ou de tratado, remetê-lo-á ao Superior Tribunal de Justiça para julgamento como recurso especial.”

Não desconheço a previsão do Art. 1.035, § 3º, III do CPC/2015 a pressupor a repercussão geral quando o acórdão *a quo* “tenha reconhecido a inconstitucionalidade de tratado ou de lei federal”. Entretanto, em uma

interpretação sistemática, entendendo-o inaplicável à espécie, haja vista as manifestações pretéritas deste STF, firme na ausência de repercussão e, em adição, pela infraconstitucionalidade da matéria.

Relembre-se, uma vez mais, as conclusões do **Ministro Cezar Peluso** no já referido AI 705941 RG, *verbis*:

“Com efeito, se não há controvérsia constitucional a ser dirimida no recurso extraordinário ou se o exame da questão constitucional não prescinde da prévia análise de normas infraconstitucionais, é patente a ausência de repercussão geral, uma vez que essa, indubitavelmente, pressupõe a existência de matéria constitucional passível de análise por esta Corte. (No mesmo sentido: RE 584.608-RG, Rel. Min. ELLEN GRACIE, DJe de 12.3.2009, RE 593.388-RG, Rel. Min. MENEZES DIREITO, DJe de 12.2.2009, RE 592.211-RG, Rel. Min. MENEZES DIREITO, DJe de 20.11.2008).

3. Isto posto, não havendo questão constitucional por examinar, não se pode reconhecer existência de repercussão geral (art. 324, § 2º, do RISTF).”

Não custa consignar alguns dados estatísticos, para que tenhamos uma real dimensão do possível alcance das conclusões desse julgamento. Isso porque, desde a normatização do instituto da repercussão geral, esta Suprema Corte já se debruçou sobre 1160 temas nesta sistemática. Desse total, **376 análises concluíram pela ausência de repercussão geral** (Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/repercussaogeral/>> Acesso em: 03 Ago 2021).

Esse proceder - ou seja, de se impor ao STF a reapreciação de constitucionalidade de temas por força de decisão de tribunal *a quo* - pode conduzir a um revolvimento completo de jurisprudência consolidada perante o Superior Tribunal de Justiça. Em acréscimo, estar-se-á a promover uma constante e completa revisitação de temas cuja infraconstitucionalidade fora julgada por composições anteriores deste Tribunal.

Penso não exagerar ao vislumbrar que a aplicação acrítica e isolada do Art. 1.035, § 3º, III do CPC/2015 possa conduzir à total ineficácia da sistemática da repercussão geral.

A preocupação não é recente. Peço vênias para transcrever manifestação por mim enunciada quando dos debates no julgamento do RE 614.232 AgR-QO, de relatoria da **Ministra Ellen Gracie**, a discutir questão de todo semelhante, qual seja: a anterior negativa de repercussão e a modificação da

posição em face da superveniente declaração de inconstitucionalidade da lei federal por Tribunal Regional Federal. Consignei à época:

“Presidente, eu só gostaria também de me manifestar a propósito deste assunto, apoiando a questão de ordem, mas fazendo algumas observações.

Creio que talvez **esse episódio suscite e justifique a necessidade de pensarmos criticamente em algumas manifestações que fazemos em torno do caráter constitucional ou infraconstitucional de determinados temas**.

Neste caso específico, creio que nós nos manifestamos, a maioria, pelo caráter infraconstitucional da matéria. Talvez seja um vexo, uma fórmula tradicional de escape. Tudo pode ser; podia até não ter repercussão geral, tendo em vista a solução adotada, mas nós não poderíamos ter dito que era matéria infraconstitucional. Parece-me que esse é um ponto que nós podemos fixar.

Quando se acompanha a jurisprudência do Tribunal ao longo dos anos, especialmente nesse período do excesso de processos a partir dos anos 2000, percebe-se certa generosidade no lançamento de argumentos, às vezes cumulativos, quanto ao não cabimento do recurso extraordinário. Aí vêm essas teses todas: trata-se de matéria infraconstitucional. Às vezes não se trata de matéria infraconstitucional, mas estamos tentando conformar apenas o resultado, nós estamos acomodados com o resultado, e, portanto, dizemos alguma coisa para justificar. Outras vezes lançamos mão do artifício da discussão sobre matéria fático-probatória, e, aí, invocamos também, ou se trata de direito local. Em suma, todas aquelas súmulas que legitimam o não conhecimento do recurso extraordinário. **Então, nós temos que ter certa cautela, especialmente nessa distinção entre a matéria constitucional e a matéria infraconstitucional.** Pode ser que a matéria não restou devidamente prequestionada.

Será melhor que afirmemos claramente que, naquele momento, não há repercussão geral para a matéria constitucional, mas não afirmar a natureza infraconstitucional, porque depois nós vamos ter esse encontro marcado com a história, porque vamos transformar uma matéria que nós consideramos infraconstitucional em matéria constitucional.

E veja, não estou fazendo crítica especialmente a ninguém, mas fazendo uma autocrítica, porque se trata de um recurso que se repete. E, compreensivelmente, o Tribunal só conseguia enfrentar essa massa de cem mil processos/ano, com todos esses recursos. Mas é preciso realmente ter maior clareza na aplicação desses instrumentos que estão à disposição. Há uma série de súmulas sobre o recurso extraordinário, mas, às vezes, a própria interpretação é muito alargada; às vezes, nós temos coincidências quanto ao resultado.

Em geral, é isto que se explica: a decisão do Tribunal, de alguma forma, está em consonância com o entendimento geral do Supremo Tribunal Federal. E aí há certo desprezo pela fundamentação.

Então, só para que realmente reflitamos. O caso é específico ou no caso houve declaração de inconstitucionalidade; o *distinguishing* é fácil de fazer, mas é bom que também se tenha a clareza que aqui não se cuidava de matéria infraconstitucional. Nós podemos até dizer que a repercussão geral não se dá, porque nós avaliamos que não há essa relevância, não há a transcendência, e, por conseguinte, nós não devemos reconhecer a repercussão geral. **Mas dizer que era matéria infraconstitucional...! Isso tem uma série de implicações. A matéria deixa de ser da competência do Supremo.**"

Ressalto que o Supremo Tribunal já reputou, mais de uma vez, essa matéria infraconstitucional e, em acréscimo, ao tempo do julgamento da questão de ordem, adotada à época à unanimidade, o ordenamento ainda carecia de disciplina mais minudente. A disciplina viria a ser detalhada pelo Código de Processo Civil de 2015.

Neste sentido, reputo aplicável ao caso a solução preconizada pelo Art. 1.033 do CPC/2015, remetendo-se os autos ao STJ para julgamento como Recurso Especial.

Assim, parece-me ser o caso de NÃO CONHECIMENTO deste Recurso Extraordinário, com a respectiva remessa ao Superior Tribunal de Justiça.

Quanto ao mérito, nada obstante a minha compreensão pessoal já enunciada quando do julgamento do RE nº 855.091/RS, representativo do Tema nº 808 da repercussão geral, não deixo de perceber que o eminente relator destes autos, **Ministro Dias Toffoli**, reproduziu com fidedignidade a *ratio decidendi* do colegiado enunciada naquela ocasião e que hora se replica.

Neste sentido, não encontro dificuldades em acompanhar o voto do eminente relator, com as ressalvas de entendimento enunciadas acima.

Dispositivo

Neste sentido, voto pelo **NÃO CONHECIMENTO** deste Recurso Extraordinário, com a respectiva remessa ao Superior Tribunal de Justiça. Superada a questão prejudicial, acompanho o relator para **NEGAR**

PROVIMENTO ao recurso extraordinário da União, pelas razões e ressalvas oportunamente indicadas.

Plenário Virtual - minuta de voto - 22/09/2021