

Heleno Torres: Selic nas declarações de inconstitucionalidade

O Supremo Tribunal Federal [formou maioria](#) no julgamento do Recurso Extraordinário 1.063.187, submetido à sistemática da repercussão geral (Tema 962), ao decidir ser inconstitucional a incidência do imposto de renda — pessoa jurídica (IRPJ) e da contribuição social sobre o lucro líquido (CSLL) sobre a taxa Selic (juros de mora e correção monetária) recebida pelo contribuinte na repetição do indébito. O



Heleno Torres
Professor e Advogado

r mais acertado.

A partir do reconhecimento judicial da inconstitucionalidade de uma dada

exação, espontaneamente paga ou coercitivamente exigida pela Administração Fazendária, não há que se falar, de certo, em devolução de "tributo" propriamente dito. Diversamente, tem-se o indébito tributário, objeto prestacional de obrigação de direito público, no âmbito da responsabilidade extracontratual do Estado, orientada a recompor os danos decorrentes de ilícitos praticados por seus agentes.

Dentre outras repercussões, a eficácia do reconhecimento da inconstitucionalidade do suporte normativo de qualquer regra de tributação, de fato, deverá ser anulada, com reparação integral dos danos causados aos particulares, mediante recurso à ferramenta de repetição do indébito tributário. Tudo a reestabelecer o *status quo ante*, de realização máxima da Constituição.

Os valores devolvidos aos sujeitos passivos da tributação assumem a condição de indébito tributário, como objeto prestacional é de natureza jurídica claramente indenizatória, recompositiva de patrimônio. Neste particular, não importa que a causa de repetição do indébito tributário, lastreada em reconhecimento judicial da inconstitucionalidade de uma dada exação, não se encontre expressamente colacionada ao rol do artigo 165 do CTN. Nela, tem-se cobrança ou pagamento de tributo indevido, a ensejar reparação do patrimônio privado reduzido.

Quando os sujeitos passivos promovem recolhimentos de tributos posteriormente reputados inconstitucionais pelo Poder Judiciário, impõe-se verdadeiro dever jurídico de reparação do Estado. Tudo a garantir estabilidade às relações firmadas entre Fisco e sujeitos passivos da tributação, mediante vedação — a mais ampla possível — do enriquecimento ilícito do erário.

Por conseguinte, a reparação da repetição de indébito tributário se faz no seu montante integral, sem o que não se logra expurgar o enriquecimento ilícito do ente tributante. Trata-se de instituto de equalização obrigacional. Por meio dele, obtém-se verdadeira indenização estatal, entendida como pagamento por equivalência, orientado a reparar e compensar integralmente o dano sofrido pelos sujeitos passivos da tributação.

Como dito, o objeto da devolução pecuniária pelo poder público, em razão do reconhecimento judicial da inconstitucionalidade de uma dada cobrança tributária, originalmente exigida como se tributo fosse, não se confunde com tributo, mas assume a condição própria de indébito tributário.

Mesmo não se tratando de tributo, o indébito tributário não é passível de inclusão na base de cálculo do imposto sobre a renda ou da contribuição social sobre o lucro líquido, porquanto dotado de natureza jurídica indenizatória, orientada a recompor lesão a patrimônio privado, decorrente de atos ilícitos praticados pela Administração Fazendária (exigência de tributo inconstitucional).

Tributar o principal e os seus consectários, como os juros Selic, em verdade, concorreria para impedir a recomposição integral do patrimônio privado, reduzido em favor do erário, como forma de assegurar a propriedade privada e, simultaneamente, reafirmar a legalidade e a constitucionalidade violadas.

Para que se considere realizado o fato gerador do imposto sobre a renda, concorrem, então, os seguintes elementos:

- a) A realização, pelo sujeito passivo, de ações conformes ao critério material constitucionalizado, ou seja, ao núcleo do mencionado imposto, na forma posta pelo Constituinte de 1988, qual seja, adquirir renda ou provento, como produto do emprego do capital, do trabalho ou da combinação de ambos, ou de outra modalidade que implique efetivo acréscimo patrimonial;
- b) A caracterização do produto acima referido como riqueza nova, isto é, como típico acréscimo, assim entendido como variação positiva do patrimônio preexistente de um dado sujeito passivo da tributação;
- c) A disponibilização do produto para o sujeito passivo da tributação de modo certo e determinado.

Renda é conceito de direito privado, bem demarcado constitucionalmente, que não poderá ser alargado pelo legislador ou pela Administração Fazendária, com vistas a alcançar materialidade que nenhum acréscimo patrimonial represente. Entendimento diverso contraria a determinação do artigo 110 do CTN, cioso da estabilidade e da coerência dos conteúdos que compõem o sistema tributário nacional, como forma de realização do princípio da segurança jurídica.

Deveras, o marco temporal inicial da incidência da taxa Selic, previsto no artigo 39, § 4º, da Lei 9.250/1995 (momento do pagamento indevido), deixa clara a natureza compensatória de danos, quer de sua parcela associada à correção monetária, quer de sua parcela associada a juros, que deverão ser pagos, pelo ente tributante, com vistas à recomposição total do patrimônio privado, por ele

indevidamente alcançado, desde o instante inicial da sua redução.

A natureza indenizatória da taxa Selic, nas funcionalidades por ela desempenhadas, evidencia-se integral. Ao tempo que persistiam diferenças entre taxas de juros na compensação e na repetição de indébito, com o Fisco na posição de devedor ou de credor, o legislador decidiu uniformizá-las a partir da edição da Lei 9.703/1998, cujo artigo 39, § 4º, estipulou a taxa Selic como único indexador dos juros devidos pela Fazenda Nacional.

Por certo a imposição de juros, expressamente consignada pelo legislador, para fins de repetição do indébito tributário (CTN, artigo 167), deverá ser conjugada a indexadores orientados à atualização monetária, com vistas à máxima reparação dos prejuízos causados. E isso porque a taxa Selic cumpre esta dúplica e indissociável funcionalidade, de manutenção do poder de compra da moeda no tempo, e meio para ressarcir danos patrimoniais sofridos pelos credores de dívidas de dinheiro. Tudo a assegurar o dever de máxima reparação, imposto à União, relativamente aos danos decorrentes de atos ilícitos perpetrados por seus agentes.

Assumem, então, os juros e a atualização monetária, a partir de suas funcionalidades recompositivas, a mesma natureza jurídica da obrigação principal sobre a qual incidem; no caso do indébito tributário, como típica obrigação de direito público, situada no âmbito da responsabilidade do Estado por atos ilícitos perpetrados por seus agentes, de nítido cariz indenizatório.

Eis porque a aplicação da cláusula geral constitucional de atualização monetária, segundo o regime da Selic, longe de propiciar riquezas adicionais, representa mera recomposição do patrimônio privado, como fato gerador do imposto sobre a renda ou da contribuição social sobre lucro líquido.

Tributar a recomposição patrimonial seria, por via transversa, usar de método não autorizado pela Constituição para expropriar patrimônio, com violação ao direito de propriedade privada (CF, artigo 5º, caput e XXII). Logo, ausente a capacidade contributiva (artigo 145, § 1º, da CF) para permitir qualquer tributação sobre os juros de mora dessa natureza, tem-se em verdade campo de aplicação para a proibição do efeito confiscatório do artigo 150, IV, da CF.

Não há que se falar, portanto, em qualquer acréscimo patrimonial e, por conseguinte, em qualquer aquisição de capacidade contributiva; sem o que não há tributação válida, no país, sob pena de contrariar o artigo 145, § 1º, o artigo 146, II e III, "a", bem assim o artigo 153, III, todos da Constituição de 1988.

Em conclusão, a não tributação de juros com taxa Selic atende às expectativas de controle de constitucionalidade para assegurar uma tributação conforme aos pressupostos do conceito constitucional de "renda" (artigo 153, III, da CF), e segundo o princípio de legalidade e respeito à Lei Complementar exigida pelo artigo 146, III, "a", da CF, porquanto o artigo 43 do CTN reclama que a renda seja qualificada como acréscimo patrimonial. Ora, tributar, como se renda fossem, os valores percebidos por particulares, a título de repetição do indébito tributário, nos casos de inconstitucionalidade declarada, faria fenecer a funcionalidade do mecanismo, *de* cunho reconstitutivo de patrimônios ilicitamente lesionados, cioso da responsabilidade civil extracontratual da União (artigo 37, § 6º, da CF).