# Atualidades

# JUROS DIFERENCIADOS PARA A FAZENDA PÚBLICA, POR QUÊ?

LEONARDO DE ABREU BIRCHAL

*1. Introdução. 2. Juros e correção monetária: 2.1 Juros remuneratórios e juros moratórios. Juros legais e juros convencionais: 2.1.1 A taxa legal dos juros moratórios: 2.1.1.1 A taxa Selic e as questões de sua aplicabilidade em face dos arts. 406 do Código Civil e 161, § 1º, do Código Tributário Nacional; 2.1.2 As taxas legais dos juros remuneratórios; 2.2 Correção monetária; 2.3 Juros remuneratórios, moratórios e correção monetária: funções e taxas. 3. Os juros diferenciados da Fazenda Pública: 3.1 A sistemática imposta pelo art. 1º-F da Lei 9.494/1997; 3.2 O índice da poupança e as funções dos juros remuneratórios, moratórios e da correção monetária; 3.3 O princípio da igualdade e o tratamento diferenciado dos juros de mora da Fazenda Pública: 3.3.1 Os juros moratórios da Fazenda Pública enquanto credora e devedora; 3.3.2 O tratamento da Fazenda Pública "vis-à-vis" com o dos particulares. 4. Direito intertemporal: 4.1 As normas de direito processual material e o art. 1º-F da Lei 9.494/1997; 4.2 A vigência do art. 1º-F da Lei 9.494/1997. 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas.*

## *1. Introdução*

Com muita propriedade, Georges Ripert afirmou que "[é] mais fácil substituir, nas usinas, material envelhecido por máquinas novas do que substituir uma aparelhagem jurídica tradicional pela nova ordem jurídica".[1] Se a afirmativa do jurista francês é dotada de verdade quase que universal e demonstra bem a dificuldade do direito em seguir o ritmo do mundo dos negócios, pelo menos no campo dos juros e da correção monetária, o direito brasileiro esforçou-se bastante em desmenti-la.

Ao longo dos anos, várias foram as disposições legais e regulamentares dispostas a acompanhar os movimentos do cenário econômico, criando Planos Econômicos,[2] modificando taxas de juros[3] e estabelecendo novos indexadores.[4] Infelizmente, porém, a

1. Georges Ripert, *Aspectos do Capitalismo Moderno*, p. 56.

2. Como exemplo de Planos Econômicos instituídos, podem ser citados os Planos Bresser, Verão e Collor, introduzidos pelos Decretos-lei 2.335/1987, 2.336/1987 e 2.337/1987 e pelas Leis 7.730/1989 e 8.024/1990.

3. As taxas de juros foram objeto de regulamentações sucessivas destinadas ora a limitar ora a liberar as taxas de juros aplicáveis. Assim, o Código Civil de 1916 nada previa quanto ao máximo legal nos seus arts. 1.062, 1.063 e 1.262; o Decreto 22.626/1933 (Lei de Usura) restringiu a pactuação de juros até o dobro da taxa legal no seu art. 4º; a Lei 4.595/1964 liberou as instituições financeiras dos limites postos pelo Decreto-lei 22.626/1933 no seu art. 4º, inciso IX; a Constituição de 1988, no seu polêmico art. 192, § 3º, estabeleceu os juros reais em 12% ao ano; até que a Emenda Constitucional 40/2003 revogasse este dispositivo.

4. Várias foram as leis relativas a indexadores para correção monetária, como, *e.g.*, as Leis 8.177/1991, 9.069/1995, 10.192/2001, dentre outras.

maioria delas destinou-se mais ao atendimento de interesses questionáveis de política monetária do que à satisfação das reais necessidades de mercado.

Em 29 de junho de 2009, uma nova alteração foi concretizada nesta área. A Lei 11.960/2009 reformulou a disposição do art. 1º-F da Lei 9.494/1997, para dispor que os juros remuneratórios, moratórios e a correção monetária devidos pela Fazenda Pública passariam a incidir por uma única vez, de acordo com os índices oficiais aplicados à caderneta de poupança.

A modificação, como pode se ver, não é pequena ou irrelevante. Apesar de consistir na mudança de um artigo curto de lei, suas consequências são significativas, implicando em nova disciplina para os juros de remuneração, de mora e para a correção monetária de que a Fazenda Pública é devedora.

Ao invés de existirem indicadores diversos para cada uma destas categorias – tal como se dava em função dos arts. 389, 395, 404, 406 e 591 do Código Civil –, agora só o índice oficial divulgado para as cadernetas de poupança servirá como referência para a incidência de todas elas e por uma única vez.

Além disso, uma distinção de tratamento entre a Fazenda Pública e os particulares é observada. Se os débitos daquela passam a ser objeto de remuneração, penalização e atualização exclusiva pela poupança, os destes continuam a sofrer incidências específicas indicadas na legislação civil para os juros remuneratórios (CC, art. 591), para os juros moratórios (CC, art. 406) e para a correção monetária (CC, arts. 389, 395 e 404) (v. item 2, *infra*).

Não obstante, até o momento, foram poucas as manifestações a respeito do art. 1º-F da Lei 9.494/1997. A doutrina restou praticamente silente a seu respeito e a jurisprudência dos tribunais limitou-se ao exame de normas de direito intertemporal, para verificar o termo inicial de sua vigência (v. item 4, *infra*).

Assim, o objetivo deste trabalho é conferir maior amplitude no estudo da matéria. Para tanto, duas questões iniciais e principais serão colocadas:

a) É o índice da poupança apto a exercer as três funções desempenhadas pelos juros de remuneração, de mora e pela correção monetária (respectivamente, remuneração, penalização e atualização do capital)?

b) É justificável ou não violaria o princípio da isonomia a distinção feita pelo art. 1º-F da Lei 9.494/1997 para a Fazenda Pública?

Uma última questão será colocada ainda no que toca às normas de sobredireito. Como este é o ponto abordado pela jurisprudência – principalmente pela do Superior Tribunal de Justiça – é devido um olhar sobre o posicionamento dos tribunais, seja para confirmá-lo ou rejeitá-lo, independente das conclusões a que se tenha chegado quanto aos questionamentos anteriores.

Vale destacar que, no desenvolvimento das questões postas, tentar-se-á encarar não só os aspectos jurídicos pertinentes, mas também o contexto atual da economia nacional, para que se aprecie a real dimensão da operação proporcionada pelo art. 1º-F da Lei 9.494/1998 e os seus desdobramentos.

Todavia, antes de se encaminhar às respostas das indagações propostas, é preciso compreender os conceitos relacionados aos juros remuneratórios, moratórios e à correção monetária, verificando-se, ainda, o regime a que a Fazenda Pública estava submetida até a alteração do art. 1º-F da Lei 9.494/1997, pela Lei 11.960/2009.

## *2. Juros e correção monetária*

### *2.1 Juros remuneratórios e juros moratórios. Juros legais e juros convencionais*

Juros são frutos civis.[5] Apesar de destacáveis do principal,[6] são bens acessórios sempre relacionados à existência daquele.

5. Neste sentido, a doutrina não apresenta maiores variações. Cf. Caio Mario da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, vol. II, 23ª ed., p. 119; Nancy Andrighi,

Podem ser remuneratórios (ou compensatórios, como também se costuma denominá-los) ou moratórios, dependendo da função que assumem.

Quando remuneratórios, constituem a contraprestação pela privação e pelos riscos que o titular sofre pela cessão de bens a terceiros. Sua incidência pode se dar sobre qualquer objeto, desde que fungível, admitindo-se, por exemplo, juros sobre o pagamento de determinada quantidade de soja, calculados sobre percentuais desta.[7]

Não obstante, o normal é que eles sejam devidos em função do empréstimo em espécie, no dizer de Caio Mario da Silva Pereira, serem os juros remuneratórios "o preço devido pelo uso do capital"[8] e Álvaro Villaça de Azevedo que "mutua-se (empresta-se) dinheiro contra o pagamento de juros".[9]

De uma forma ou de outra, o importante de se considerar quanto aos juros remuneratórios é a sua ideia de contrapartida. São eles nada mais do que o valor oferecido pelo devedor pela utilização do bem cedido por outrem ou, como quer Pontes de Miranda, "a prestação que enche o lugar ao que se tirou do patrimônio do credor".[10]

De modo contrário, os juros moratórios não se ligam a qualquer tipo de remuneração, sendo verdadeira penalidade pelo atraso no pagamento.[11] São devidos, assim, em razão da mora, que, nos termos do art. 396 do Código Civil, depende da verificação de fato ou omissão imputável ao devedor (*i.e.* culpa).[12]

Os juros podem ser ainda convencionais ou legais, segundo decorram, respectivamente, da convenção ou da lei.[13] A despeito de intuitiva, não é exata a correspondência entre juros remuneratórios e convencionais ou moratórios e legais, existindo tanto juros remuneratórios legais, como os que mandante deve ao mandatário pelo adiantamento de despesas (CC, art. 677); quanto os moratórios convencionais, quando as partes os estipulam em contrato, dentro dos limites legais.[14]

Sidnei Beneti e Vera Andrighi, *Comentários ao Novo Código Civil*, vol. IX, coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira, pp. 158-159; Arnaldo Rizzardo, "Juros no Código Civil de 2002", *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais da Arbitragem* 22/54. No entanto, é de se ressalvar que Pontes de Miranda – ao que parece vencido – empresta aos juros caráter contratual, descartando seu aspecto acessório. Cf. Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado. Parte Especial*, t. XLII, 3ª ed., p. 20.

6. Cf. Caio Mario da Silva Pereira, ob. cit., p. 119; Nancy Andrighi, Sidnei Beneti e Vera Andrighi, ob. cit., pp. 158-159.

7. Cf. Caio Mario da Silva Pereira, ob. cit., p. 119.

8. Caio Mario da Silva Pereira, ob. cit., p. 119.

9. Álvaro Villaça Azevedo, *Curso de Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações*, 3ª ed., p. 275.

10. Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, ob. cit., p. 16.

11. A referência a "atraso no pagamento" deve ser entendida de forma ampla, já que, nos termos do art. 394 do Código Civil, a mora não compreende apenas o pagamento intempestivo, mas toda prestação feita em desconformidade com o tempo, lugar e forma ajustados. Neste sentido, dentre outros, cf. Judith Martins-Costa, *Comentários ao Código Civil*, vol. V, t. II, coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira, p. 382.

12. A respeito, cf. Caio Mario da Silva Pereira, ob. cit., pp. 119-120. Ainda, com o mesmo entendimento, Judith Martins-Costa ressalta apenas que a cobrança dos juros moratórios dispensa a verificação do efetivo prejuízo, sendo este presumido a teor do disposto do art. 407 do Código Civil, bastando, portanto, a simples verificação da mora (Judith Martins-Costa, ob. cit., pp. 382-383). Aliás, ainda sobre o tema, é precisa a afirmação de Pontes de Miranda ao dizer que: "[o]s interesses – juros ou outros – nada têm com os juros de mora. Aquêles são contraprestação, correspectivo do uso e fruição do capital que se emprestou. Estes supõem o não cumprimento da obrigação, a mora eficaz" (Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, ob. cit., p. 20). De fato, a despeito de nomes, juros de remuneração e de mora não guardam qualquer correspondência de função entre si.

13. Cf. Caio Mario da Silva Pereira, ob. cit., pp. 119-120.

14. Em sentido contrário, parece ser o entendimento de Arnaldo Rizzardo, que afirma que se estabelece "outra classificação, restrita aos juros de mora: os juros 'legais' e os 'convencionais'" (Arnaldo Rizzardo, ob. cit., p. 55). Pedindo-se vênia ao civilista, entende-se como

Todavia, para além dos aspectos debatidos neste item, tema de grande importância e relevância prática é o da limitação dos juros. Longe de tranquilo ou simples, este é um estudo permeado por polêmicas e desencontros, sendo enfrentado abaixo, de acordo com as taxas previstas para os juros moratórios e para os remuneratórios.

2.1.1 As taxas legais dos juros moratórios

No Código Civil de 1916, os juros moratórios não possuíam limites, sendo que, na ausência de sua previsão pelas partes ou nos casos de sua imposição pela lei, eram fixados em 0,5% ao mês ou 6% ao ano. Neste sentido, eram os revogados arts. 1.062 e 1.063:

"Art. 1.062. A taxa de juros moratórios, quando não convencionada (art. 1.262), será de 6% (seis por cento) ao ano.

"Art. 1.063. Serão também de 6% (seis por cento) ao ano os juros devidos por força de lei, ou quando as partes os convencionarem sem taxa estipulada."

Após, com o Decreto-lei 22.626/1933, os juros de mora ganharam um teto no art. 5º deste diploma (de dificil redação), passando a serem elevados até o máximo de 1% ao mês ou 12% ao ano:[15] "Art. 5º. Admite-se que pela mora dos juros contratados estes sejam elevados de 1% (um por cento) e não mais".

Esta tendência foi confirmada pela Constituição da República, que manteve a determinação do mesmo percentual no seu art. 192, § 3º:

"Art. 192. O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, será regulado em lei complementar, que disporá, inclusive, sobre:

"(...).

"§ 3º. As taxas de juros reais, nelas incluídas comissões e quaisquer outras remunerações direta ou indiretamente referidas à concessão de crédito, não poderão ser superiores a doze por cento ao ano; a cobrança acima deste limite será conceituada como crime de usura, punido, em todas as suas modalidades, nos termos que a lei determinar."

O art. 192, § 3º, da Constituição da República, porém, teve vida curta. Primeiro, foi considerada pelo Supremo Tribunal Federal como norma programática, desprovida de incidência imediata,[16] e, após, foi retirada do texto constitucional pela Emenda Constitucional n. 40/2003.

Entretanto, a despeito da controvérsia sobre tal dispositivo, o certo é que, até então, poucas divergências havia em relação ao *quantum* da taxa legal para os juros moratórios. Sendo sempre referida de forma expressa e sem remissão a outro parâmetro, as polêmicas nesta área podiam se dar quanto a outros aspectos, mas não em razão do percentual aplicável, que vinha declinado de forma expressa no texto da lei.

Com o advento do Código Civil de 2002, no entanto, esta realidade se modificou. No seu art. 406, foi estabelecido que os juros de mora seriam contados não mais segundo uma porcentagem específica, mas de acordo com a taxa em vigor para a mora no pagamento dos impostos federais, sempre que legais ou, quando convencionais, as partes não o previssem ou deixassem de determinar o valor respectivo: "Art. 406. Quando os juros moratórios não forem convencionados, ou o forem sem taxa estipulada, ou quando provierem de determinação da lei, serão fixados segundo a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional".

mais adequada a possibilidade de juros remuneratórios legais, tendo em vista que a própria lei indica hipóteses desta natureza.

15. Cf. Nancy Andrighi, Sidnei Beneti e Vera Andrighi, ob. cit., p. 167.

16. Cf. STF, Pleno, Rel. Min. Sydney Sanches, ADI 4, j. 7.3.1991, *DJ* 25.6.1993.

A partir de então, de imediato veio a indagação – qual é a taxa para a mora dos impostos federais que o art. 406 do Código Civil faz referência? – surgindo, para tanto, duas respostas. Alguns acenaram logo para o art. 161, § 1º, do Código Tributário Nacional e outros para o art. 84, inciso I, da Lei 8.981/1995, cuja norma foi alterada posteriormente pelo art. 13 da Lei 9.065/1995.

Contudo, cada um destes dispositivos apontava para taxas de juros moratórios diversas. O art. 161, § 1º, do Código Tributário Nacional estabelecia o percentual de 1% ao mês ou 12% ao ano, enquanto os arts. 84, inciso I, da Lei 8.981/1995, e 13 da Lei 9.069/1995 indicavam para a taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia (Selic):

"Art. 161. (...).

"§ 1º. Se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de 1% (um por cento) ao mês."

"Art. 84. Os tributos e contribuições sociais arrecadados pela Secretaria da Receita Federal, cujos fatos geradores vierem a ocorrer a partir de 1º de janeiro de 1995, não pagos nos prazos previstos na legislação tributária serão acrescidos de:

"I – juros de mora, equivalentes à taxa média mensal de captação do Tesouro Nacional relativa à Dívida Mobiliária Federal Interna."

"Art. 13. A partir de 1º de abril de 1995, os juros de que tratam (...) o art. 84, inciso I (...) da Lei 8.981, de 1995, serão equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia – Selic para títulos federais, acumulados mensalmente."

Assim, ficou criado o impasse: o art. 406 do Código Civil aponta para o percentual de 1% ao mês do Código Tributário Nacional ou para a Selic, conforme definição das Leis 8.981/1995 e Lei 9.069/1995? Este é o objeto do item 2.1.1.1 *infra*, em que se explicará o que é a taxa Selic, bem como as posições que rejeitam e defendem a sua aplicação.

*2.1.1.1* A taxa Selic e as questões de sua aplicabilidade em face dos arts. 406 do Código Civil, e 161, § 1º, do Código Tributário Nacional – O Selic – e não a taxa Selic – é um sistema de controle diário de custódias, liquidações e operações de títulos públicos por meio informatizado (Circular 3.316/2066 do Banco Central do Brasil). Foi criado na década de setenta, ante a necessidade de dar maior segurança, agilidade e transparência à negociação de tais títulos, principalmente, as Letras do Tesouro Nacional (LTN).[17]

Em resumo, o que nele acontece é a negociação de diversos títulos públicos – tais como as Notas do Tesouro Nacional (NTN), as Letras do Tesouro Nacional (LTN), os Bônus do Tesouro Nacional (BTN), as Letras de Câmbio do Banco Central (LBC) e as Notas do Banco Central (NBC) – com possibilidade de recompra.

O Poder Público – com vistas à captação de recursos – lança estes papéis no mercado interno e externo, recebendo, por tanto, uma determinada soma de capital. Após, quem os houver adquirido os revende ao Poder Público, recebendo, como contraprestação, o valor despendido, acrescido de uma remuneração.[18]

A taxa Selic é basicamente a média de tais remunerações. Por esta razão, inclusive, foi ela adotada como o parâmetro de contagem dos juros de mora dos impostos federais nas Leis 8.981/1995 e 9.069/1995, em detrimento do percentual de 1% ao mês do art. 161, § 1º, do Código Tributário Nacional.

A ideia é até bastante lógica, ainda que não do ponto de vista jurídico, mas orçamentário. Para a elaboração do orçamento público, os déficits do Poder Público devem corresponder às suas receitas. Assim, como uma parte dos gastos do Poder Público advinha do lançamento de títulos públicos,

17. Luiz Antônio Scavone Jr., *Juros no Direito Brasileiro*, 3ª ed., p. 92.

18. Arnaldo Rizzardo, ob. cit., p. 58.

remunerados em média pela Selic, para se manter o equilíbrio seria necessário que os impostos federais – parcela considerável das receitas públicas – fossem corrigidos também por este índice.[19]

Desse modo, a taxa Selic foi eleita como o indicador adequado para a mensuração das moras nos pagamentos dos impostos federais, tal como disposto nos arts. 84, inciso I, da Lei 8.891/1995, e 13 da Lei 9.069/1995. Todavia, a despeito de toda esta lógica orçamentária, a adoção da Selic causava problemas na esfera jurídica.

De início, acusava-se a violação aos princípios tributários da legalidade, anterioridade e da indelegabilidade de competência tributária, por possuir a Selic natureza jurídica de ato administrativo e não de lei em sentido estrito. De fato, o responsável pelo cálculo e divulgação do índice é o Conselho de Política Monetária do Banco Central (COPOM), ou o Presidente do Banco Central do Brasil, por delegação daquele, o que representa um problema em relação à proibição de se aumentar valor de tributos sem ser por lei – ato do Congresso Nacional – ou de deferir tal prerrogativa a outrem – o Poder Executivo.

Além disso, dizia-se que a Selic não era operacional, por dois motivos:

a) Em primeiro lugar, ela abrangeria em sua composição juros e correção monetária. Em função disso, argumentava-se ser impossível decotar da Selic a parte correspondente à

19. Para a compreensão do que foi dito no corpo do texto, é bastante interessante a transcrição de trecho – um pouco extenso, é certo – do trabalho bastante esclarecedor de Leonidas Cabral Albuquerque: "A utilização da taxa SELIC pela Fazenda Nacional produz não apenas a oneração do contribuinte moroso, mas também – e principalmente – a obtenção do equilíbrio das finanças públicas da União.

"A partir do momento em que a norma civil reporta-se à de natureza tributária, não pode o intérprete olvidar-se dos princípios regentes e comuns às áreas afins, como as de finanças públicas e política fiscal. Assim, visitando a obra de James Giacomoni (*Orçamento Público*, 5ª ed., São Paulo, Atlas, 1994, pp. 80-82), colhem-se os seguintes apontamentos sobre o princípio do equilíbrio:

"'De todos os princípios clássicos, esse é o que tem merecido maior atenção, fora do âmbito específico do orçamento, interessando de perto outras áreas econômicas, como finanças públicas, política fiscal, desenvolvimento econômico etc.

"'No entendimento de economistas clássicos (Smith, Say, Ricardo), os gastos públicos não se constituíam numa boa aplicação econômica, pois eram atendidos com taxações sobre setores produtivos, que certamente dariam melhor aplicação a esses recursos. Mal maior que os gastos públicos e impostos era o déficit nas contas do governo, cuja cobertura se dava através do endividamento público: o Estado tomava empréstimos de particulares e, em muitos casos, fazia aplicações improdutivas.

"'(...).

"'A Constituição em vigor preferiu adotar uma postura realista em face ao déficit orçamentário, além de adentrar no mérito da sua própria conceituação. Pela sistemática de classificação das contas orçamentárias no Brasil, o déficit aparece embutido nas chamadas Operações de Crédito que classificam tanto os financiamentos de longo prazo contratados para a realização de obras, as operações de curto prazo de recomposição do caixa e que se transformam em longo prazo pela permanente rolagem e a própria receita com a colocação de títulos e obrigações emitidas pelos tesouros, nacional, estaduais e, até, municipais.'

"Assim, tendo em vista que a União paga essa remuneração ao captar recursos, mediante a emissão de títulos públicos, para fazer frente ao Orçamento, justifica-se, pelo princípio do equilíbrio, a cobrança dessa mesma taxa sobre o que lhe for devido.

"Situações concretas, como, (a) na cobrança dos créditos fiscais inadimplidos, onde incide a taxa SELIC como encargo moratório; e (b) quando da devolução de imposto de renda ao contribuinte, que também é feita com o acréscimo da taxa SELIC, nos termos do art. 16, da Lei n. 9.250, de 26.12.1995. O valor da restituição do Imposto de Renda da pessoa física (...) será acrescido de juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia – SELIC para títulos federais (...).

"Ou seja, realizando a concreção do princípio do equilíbrio, a União, assim como promove a cobrança de tributos e créditos fiscais com o acréscimo da taxa SELIC, também cumpre suas obrigações com esse mesmo encargo adicional" (Leonidas Cabral Albuquerque, "Considerações sobre os juros legais no novo Código Civil", *Jornal Síntese* 77/8-9).

atualização da moeda, o que desembocava em inevitável *bis in idem*: incidir-se-ia dois índices de correção monetária, o contemplado na Selic e outro decorrente da legislação;[20] e

b) Em segundo lugar, apontava-se que a Selic seria um fator de remuneração de títulos públicos, sendo que, na sua aplicação como medida de valoração da mora, acabar-se-ia embaralhando as funções de contraprestação pelo uso do capital (típica dos juros remuneratórios) e punição pela demora no pagamento (desempenhada pelos juros moratórios).

Finalmente, como terceiro fundamento, colocava-se a questão da segurança jurídica. Sustentava-se que seria impossível conhecer a Selic no momento da contratação e, portanto, calculá-la de antemão, tendo em vista que ela consideraria – como, realmente, considera[21] – a inflação apurada *ex post*.[22]

Levando em conta os argumentos acima – trazidos inicialmente para a esfera tributária – doutrina civilista de peso os acatou sem maiores ressalvas (*e.g.* Caio Mário da Silva Pereira,[23] Judiht Martins-Costa,[24] Arnaldo Rizzardo[25]),[26] tendo sido eles reunidos, inclusive, no Enunciado n. 20 da I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, que teve a remissão do art. 406 do Código Civil como feita ao art. 161, § 1º, do Código Tributário Nacional:

"20. Art. 406. A taxa de juros moratórios a que se refere o art. 406 é a do art. 161, § 1º, do Código Tributário Nacional, ou seja, 1% (um por cento) ao mês.

"A utilização da Taxa Selic como índice de apuração dos juros legais não é juridicamente segura, porque impede o prévio conhecimento dos juros; não é operacional, porque seu uso será inviável sempre que se calcularem somente juros ou somente correção monetária; é incompatível com a regra do art. 591 do novo Código Civil, que permite apenas a capitalização anual dos juros, e pode ser incompatível com o art. 192, § 3º, da Constituição Federal, se resultarem juros reais superiores a 12% (doze por cento) ao ano."

Todavia, se no campo doutrinário as ideias convergiam, a vida da jurisprudência não foi das mais fáceis. Durante muito tempo os julgados caminharam desencontrados,

20. De fato, segundo informações dispostas no *site* do Banco Central do Brasil, a Selic é composta tanto de juros reais quanto da correção monetária do período considerado: "Do exposto podemos concluir que a taxa Selic se origina de taxas de juros efetivamente observadas no mercado. As taxas de juros relativas às operações em questão refletem, basicamente, as condições instantâneas de liquidez no mercado monetário (oferta *versus* demanda de recursos). Estas taxas de juros não sofrem influência do risco do tomador de recursos financeiros nas operações compromissadas, uma vez que o lastro oferecido é homogêneo.

"Como todas as taxas de juros nominais, por outro lado, a taxa Selic pode ser decomposta *ex post*, em duas parcelas: taxa de juros reais e taxa de inflação no período considerado" (disponível em *http://www.bcb.gov.br/?SELICDESCRICAO*, acesso 9.3.2011).

21. Também no *site* do Banco Central do Brasil, vê-se, de forma expressa, que a inflação *ex post* é considerada no cálculo da Selic: "A taxa Selic, acumulada para determinados períodos de tempo, correlaciona-se positivamente com a taxa de inflação apurada *ex post*" (disponível em *http://www.bcb.gov.br/?SELICDESCRICAO*, acesso 9.3.2011).

22. Para a síntese dos argumentos colocados no corpo do texto, cf. STJ, 4ª T., Rel. Min. Franciulli Neto, REsp 215.881-PR, j. 13.6.2000, *DJ* 19.6.2000.

23. Caio Mario da Silva Pereira, ob. cit., pp. 119-122.

24. Judith Martins-Costa, ob. cit., pp. 401-408.

25. Cf. Arnaldo Rizzardo, "Juros no Código Civil de 2002", *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais da Arbitragem* 22/58-60.

26. A despeito do acatamento em peso, seria equivocado afirmar que a rejeição da Selic pela doutrina civilista foi unânime. Como é comum em todo tema de direito, houve dissenso, podendo ser citadas, no âmbito do direito civil, como defensores da taxa Selic as opiniões de Maria Helena Diniz e Teresa Ancona Lopez. Cf., respectivamente, Maria Helena Diniz, *Código Civil Anotado*, 10ª ed., p. 341; Teresa Ancona Lopez, *Comentários ao Código Civil. Parte Especial. Das Várias Espécies de Contratos*, vol. 7, coord. Antônio Junqueira de Azevedo, p. 182.

afirmando-se ora que o índice correto para o art. 406 do Código Civil seria o de 1% ao mês do art. 161, § 1º, do Código Tributário Nacional, ora a taxa Selic, nos termos dos arts. 84, inciso I, da Lei 8.891/1995, e 13 da Lei 9.069/1995.[27]

Após tempos de discussões, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça chegou até a se manifestar sobre a matéria nos Embargos de Divergência em Recurso Especial n. 727.842-SP, de relatoria do Ministro Teori Albino Zavascki, dizendo que a referência do art. 406 do Código Civil seria à taxa Selic, contrariando o movimento da doutrina civilista que vinha se construindo:

"Civil. Juros moratórios. Taxa legal. Código Civil, art. 406. Aplicação da Taxa Selic.

"1. Segundo dispõe o art. 406 do Código Civil, 'Quando os juros moratórios não forem convencionados, ou o forem sem taxa estipulada, ou quando provierem de determinação da lei, serão fixados segundo a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional'.

"2. Assim, atualmente, a taxa dos juros moratórios a que se refere o referido dispositivo é a taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia – SELIC, por ser ela a que incide como juros moratórios dos tributos federais (arts. 13 da Lei 9.065/1995, 84 da Lei 8.981/1995, 39, § 4º, da Lei 9.250/1995, 61, § 3º, da Lei 9.430/1996, e 30 da Lei 10.522/2002).

"3. Embargos de divergência a que se dá provimento."[28]

Não obstante, mesmo com este pronunciamento, os julgados ainda não se harmonizaram, existindo, dentro do próprio Superior Tribunal de Justiça e mesmo após o julgamento do precedente indicado, decisões que optavam pela incidência de juros de mora de 1% ao mês, nos termos do art. 161, § 1º, do Código Tributário Nacional.[29]

Assim, tomaram-se mais alguns dissensos, até que com o julgamento dos Recursos Especiais Repetitivos ns. 1.111.118-PR e 1.111.119-PR, decididos também pela Corte Especial e com relatoria para o acórdão do Ministro Mauro Campbell Marques, a jurisprudência se pacificou pelo uso da taxa Selic:

"Execução de sentença. Taxa de juros. Novo Código Civil. Violação à coisa julgada. Inexistência. Art. 406 do novo Código Civil. Taxa Selic.

"1. Não há violação à coisa julgada e à norma do art. 406 do novo Código Civil, quando o título judicial exequendo, exarado em momento anterior ao CC/2002, fixa os juros de mora em 0,5% ao mês e, na execução do julgado, determina-se a incidência de juros previstos nos termos da lei nova.

"2. Atualmente, a taxa dos juros moratórios a que se refere o referido dispositivo *[art. 406 do CC/2002]* é a taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia – SELIC, por ser ela a que incide como juros moratórios dos tributos federais (arts. 13 da Lei 9.065/1995, 84 da Lei 8.981/1995, 39, § 4º, da Lei 9.250/1995, 61, § 3º, da Lei 9.430/1996, e 30 da Lei 10.522/2002) (EREsp 727.842, *DJ* 20.11.2008) (REsp 1.102.552-CE, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, sujeito ao regime do art. 543-C do CPC, pendente de publicação).

"Todavia, não houve recurso da parte interessada para prevalecer tal entendimento.

27. Neste sentido, a favor da aplicação do percentual de 1% ao mês, conforme o art. 161, § 1º, do CTN, cf. STJ, 4ª T., Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, AgRg no Ag 791.802-RJ, j. 11.12.2007, *DJ* 18.2.2008. Em sentido contrário, STJ, 1ª T., Rel. Min. José Delgado, AgRg no REsp 972.590-PR, j. 20.5.2008, *DJe* 23.6.2008.

28. STJ, Corte Especial, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, EREsp 727.842-SP, j. 8.9.2008, *DJe* 20.11.2008.

29. Cf. STJ, 2ª T., Rel. Min. Humberto Martins, AgRg no REsp 965.270-RS, j. 25.5.2010, *DJe* 11.6.2010.

"3. Recurso Especial não provido."[30]

Em resumo, a corrente que adota a taxa Selic sustenta os seguintes argumentos para justificar a sua preferência:

a) o art. 406 do Código Civil ao remeter à "taxa de juros que estiver em vigor", teve em mente, exatamente, uma taxa de juros flutuante, a exemplo da Selic;

b) o art. 161, § 1º, do Código Tributário Nacional ressalva a sua incidência "se a lei não dispuser de modo diverso";

c) os arts. 84, inciso I, da Lei 8.981/1995, e 13 da Lei 9.069/1995 são leis especiais em relação ao Código Tributário Nacional e determinam a aplicação da Selic;

d) outras normas do ordenamento jurídico – *e.g.* os arts. 39, § 4º, da Lei 9.250/1995, e 61, § 3º, da Lei 10.522/2002 – também apontam para a Selic como índice de juros de mora em matéria tributária.[31]

Além disso, a mesma corrente estabelece a necessidade de uma ressalva importantíssima: é indispensável que, ao se considerar a Selic abra-se mão de qualquer outro fator de correção monetária, para se evitar *bis in idem* com a dupla atualização da moeda:

"Civil e processual. Ação de indenização com vítima fatal. Danos morais. Valor. Razoabilidade. Correção monetária. Atualização a partir da data do acórdão que fixa, em definitivo, o valor do ressarcimento. Juros moratórios.

"(...).

"III. Juros moratórios de 6% (seis por cento) ao ano, observado o limite prescrito nos arts. 1.062 e 1.063 do Código Civil/1916 até a entrada em vigor do novo Código, quando, então, submeter-se-á à regra contida no art. 406 deste último diploma, a qual, de acordo com precedente da Corte Especial, corresponde à Taxa Selic, ressalvando-se a não incidência de correção monetária, pois é fator que já compõe a referida taxa. Precedentes.

"IV. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, parcialmente provido."[32]

Em face de tais considerações, é possível concluir que, atualmente, a taxa legal para os juros de mora é a Selic, excluída na sua utilização a incidência de qualquer outro fator de correção monetária. Ainda que ciente de opiniões respeitáveis em sentido diverso, este posicionamento é o que será levado em conta no decorrer deste trabalho, por ser ele o eleito pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.[33]

30. STJ, Corte Especial, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Rel. para o Acórdão Min. Mauro Campbell Marques, REsp 1.111.118-PR, j. 2.6.2010, *DJe* 2.9.2010; STJ, Corte Especial, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Rel. para o Acórdão Min. Mauro Campbell Marques, REsp 1.111.119-PR, j. 2.6.2010, *DJe* 2.9.2010. Ressalva-se que os dois precedentes possuem ementas e votos idênticos.

31. Cf. STJ, Corte Especial, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, EREsp 727.842-SP, j. 8.9.2008, *DJe* 20.11.2008.

32. STJ, 4ª T., REsp 938.564-RS, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 3.2.2011, *DJe* 16.2.2011.

33. A respeito da Selic, ainda mais um comentário se faz necessário, mesmo que em pé de página. Da leitura de vários autores, tem-se a sensação de existir uma preocupação grande com a possibilidade de cobrança de juros astronômicos ao se adotar a Selic. Esta sensação é confirmada, inclusive, por Arnaldo Rizzardo que afirma: "[o]s juros podem trazer um encargo insuportável, se prevalecer o critério de sua correspondência à taxa Selic. Com efeito, se fixada esta última cumulativamente em, *v.g.*, 25% ao ano, e previstos os juros moratórios e compensatórios, sujeitará o devedor a um acréscimo, só neste fator, em 50% ao ano. Adotando-se a diretriz do art. 161, § 1º, do CTN, o máximo que atingirão as duas taxas é 24% ao ano de aumento, o que importa em certa razoabilidade, viabilizando o cumprimento" (Arnaldo Rizzardo, ob. cit., p. 59). Não parece ser isto, porém, uma verdade absoluta. Talvez, o maior complicador da Selic seja a sua flutuação e não a sua superioridade necessária ao percentual de 1% ao mês. A Selic pode variar para cima ou para baixo de 12% ao ano. Por exemplo, na data em que este trabalho é escrito, a Selic estava fixada em 11,75% ao ano (disponível em *www.bcb.gov.br*, acesso 17.3.2011), o que representa reajuste significantemente menor do que o do art. 161, § 1º, do CTN. É que, além dos 0,25% de diferença entre os dois patamares, a imposição da Selic implica na exclusão de outros fatores de correção monetária, o que não aconteceria se fosse

2.1.2 As taxas legais
dos juros remuneratórios

Fixada a taxa legal para os juros moratórios, as questões referentes aos juros remuneratórios concentram-se nos diversos regimes especiais a que estão submetidos. Inicialmente, previstos no art. 1.262 do Código Civil, os juros de remuneração não sofriam qualquer limitação, vigorando, então, a liberdade das partes quanto à matéria:

"Art. 1.262. É permitido, mas só por cláusula expressa, fixar juros ao empréstimo de dinheiro ou de outras coisas fungíveis.

"Esses juros podem fixar-se abaixo ou acima da taxa legal (art. 1.062), com ou sem capitalização."

No entanto, a liberação absoluta dos juros remuneratórios teve fim com o advento do Decreto 22.626/1933, que, no seu art. 1º, lhe impôs teto equivalente ao dobro da taxa legal vigente: "Art. 1º. É vedado, e será punido nos termos desta lei, estipular em quaisquer contratos taxas de juros superiores ao dobro da taxa legal (Código Civil, art. 1.062)".

Neste sistema, o direito brasileiro se manteve até a Lei 4.595/1964, que inaugurou microssistema específico para os juros remuneratórios cobrados por instituições financeiras, ao deferir a prerrogativa de limitar os juros de tais entidades ao Conselho Monetário Nacional, no seu art. 4º, inciso IX:

"Art. 4º. Compete ao Conselho Monetário Nacional, segundo diretrizes estabelecidas pelo Presidente da República:

"(...).

"IX – Limitar, sempre que necessário, as taxas de juros, descontos comissões e qualquer outra forma de remuneração de operações e serviços bancários ou financeiros, inclusive os prestados pelo Banco Central da República do Brasil, assegurando taxas favorecidas aos financiamentos que se destinem a promover: – recuperação e fertilização do solo; – reflorestamento; – combate a epizootias e pragas, nas atividades rurais; – eletrificação rural; – mecanização; – irrigação; – investimentos indispensáveis às atividades agropecuárias."

A Lei 4.595/1964, no entanto, não seguiu caminho tranquilo e, logo de início, sugiram questionamentos sobre a sua aplicabilidade. Uns defendiam a incidência *tout court* do Decreto 22.626/1933, enquanto outros entendiam que, pelo critério da especialidade das leis, a Lei 4.595/1964 deveria prevalecer.

Contudo, após idas e vindas de debates, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – então competente para a apreciação do contencioso infraconstitucional – acabou decidindo pela fuga das instituições financeiras à disciplina do Decreto 22.626/1933, editando uma das suas mais citadas Súmulas – a de n. 596:

"Súmula 596 – As disposições do Decreto 22.626/1933 não se aplicam às taxas de juros e aos outros encargos cobrados nas operações realizadas por instituições públicas ou privadas, que integram o Sistema Financeiro Nacional."[34]

mantida a interpretação de que a remissão do art. 406 do CC fosse ao art. 161, § 1º, do CTN. Nesta hipótese, ao invés de apenas 11,75% ao ano, incidiriam 12% ao ano de juros de mora mais o índice de correção monetária aplicável. Assim, apenas para que se tenha uma ideia, corrigindo-se um débito de R$ 1.000,00 de fevereiro de 2010 a fevereiro de 2011, ter-se-ia que (i) pela Selic esta quantia atingiria o valor R$ 1.099,77; (ii) enquanto que, por 12% ao ano mais correção monetária pelo INPC, chegaria à importância de R$ 1.119,56 (cálculos feitos com base no recurso "calculadora do cidadão", disponibilizado pelo Banco Central do Brasil, no *link https://www3.bcb.gov.br/CALCIDADAO/publico/exibirFormCorrecaoValores.do?method=exibirFormCorrecaoValores&aba=4*). Assim, reitere-se, o delicado ao se trabalhar com a Selic é a sua oscilação. Se é certo que ela poderá ser superior a 12% ao ano (mais correção monetária), não menos certo é que ela também poderá ser inferior, como, atualmente, é.

34. Em vista do teor da Súmula n. 596 do STF, as discussões relativas às limitações das taxas de juros aplicadas por instituições financeiras não se relacionam

Outras regulações particulares, ainda, foram introduzidas, como as que tratam dos créditos rurais (Decreto-lei 167/1967), industriais (Decreto-lei 413/1969) e comerciais (Lei 6.840/1980), levando Judith Martins-Costa a afirmar, corretamente, que, atualmente, os juros remuneratórios dividem-se entre os microssistemas especiais e a regulamentação genérica do Código Civil, de cunho residual.[35]

Todavia, voltando à legislação civil, o Código Civil de 2002 afastou-se da concepção de seu antecessor, colocando, em seu art. 591, a restrição de pactuação dos juros remuneratórios em contratos de mútuo até o valor da taxa referenciada pelo art. 406 – a Selic (v. item 2.1.1.1 *supra*): "Art. 591. Destinando-se o mútuo a fins econômicos, presumem-se devidos juros, os quais, sob pena de redução, não poderão exceder a taxa a que se refere o art. 406, permitida a capitalização anual".

Entretanto, como o art. 591 é específico para o contrato de mútuo, não pode ser ele aplicado aos demais tipos contratuais. Desse modo, para os juros remuneratórios cobrados em contratos distintos do de mútuo, permite-se a cobrança de juros até o dobro da taxa Selic, nos termos do art. 1º do Decreto 22.626/1933. É a hipótese em que cairá, por exemplo, os juros remuneratórios devidos pelo mandante ao mandatário, em função do adiantamento de despesas (CC, art. 667).[36]

Desta forma, hoje, o panorama das taxas de juros remuneratórios pode ser resumida da seguinte forma:

a) havendo microssistema específico – a exemplo do que acontece com a Lei 4.595/1964 – valem os índices nele indicados;

b) inexistindo microssistema específico e cuidando-se de contrato de mútuo, os juros remuneratórios serão fixados até o limite da taxa legal dos juros moratórios – a Selic, nos termos dos arts. 406 do Código Civil, 84, inciso I, da Lei 8.981/1995, e 13 da Lei 9.069/1995 e da jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça;

c) inexistindo microssistema específico e tratando-se de contratos outros que não o de mútuo, os juros remuneratórios podem alcançar até o dobro da taxa Selic, de acordo com o art. 1º do Decreto 22.626/1933.

### *2.2 Correção monetária*

Diferente dos juros remuneratórios e moratórios, a correção monetária não visa à remuneração do capital ou à penalização pela mora. Sua função é a atualização de uma determinada importância para valor presen-

com as restrições colocadas pelo Decreto 22.626/1933. São elas relativas a outras práticas consideradas ilegais, como a imposição de juros muito acima da média de mercado, estipulação de índices pela ANDIB/DETIP (STJ, Súmula 176), cumulação de comissão de permanência (STJ, Súmula 296), dentre outras; vindo a sua decorrência de diversas normas esparsas e entendimentos jurisprudenciais consolidados. Para súmula destes pontos, cf. 1.061.530-RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, 2ª Seção, j. 22.10.2008, *DJ* 10.3.2009, em que STJ, pela técnica dos recursos especiais repetitivos (CPC, art. 543-C), delimitou a fixação das taxas de juros e outros encargos fixados para as instituições financeiras.

35. Cf. Judith Martins-Costa, ob. cit., pp. 386-394. No particular, confira-se a afirmativa da autora quanto a existência do sistema especial do Código Civil e outros especiais para a regulação dos juros remuneratórios: "O vigente quadro legislativo permite entrever um 'sistema comum' e dois 'sistemas especiais' referentes ao tratamento dos juros, cada um deles sendo desenhado em função da qualificação dos sujeitos envolvidos e/ou da finalidade do negócio: a) os juros aplicáveis às relações em que é parte credora entidade integrante do Sistema Financeiro Nacional, cujo objeto é o crédito negociado como atividade institucional; b) os juros incidentes às atividades cuja finalidade é rural, industrial ou comercial; e c) o 'sistema comum', que apanha todos os demais casos não abrangidos em a) ou em b)" (pp. 386-387).

36. Não se pode deixar de registrar ser de todo estranho que se permita taxa de juros remuneratórios em contratos de mútuos em patamares inferiores a outros contratos distintos, como o de mandato. Os juros de remuneração é figura de típica presença no mútuo, sendo que é neste tipo contratual que deveriam vigorar as maiores taxas.

te.[37] Não constitui "*plus* que se acrescenta ao crédito, mas *minus* que se evita",[38] sendo apenas reajuste que "não dá nem tira nada de ninguém".[39]

Assim, no exemplo simples e esclarecedor de Fábio Ulhoa Coelho, a correção monetária apenas preserva o poder aquisitivo de uma soma de capital, já que, sem ela, seria impossível adquirir os mesmos bens a que se teria acesso no passado, em função da inflação observada no período: "Se a lei não obrigasse o devedor a pagar a correção monetária do valor devido, beneficiá-lo-ia por uma forma de enriquecimento indevido. Imagine uma inflação de 10% ao ano. Se os $ 100 devidos em janeiro são suficientes, nessa época, para a aquisição de 10 produtos ao preço de $ 10 cada, em dezembro compram apenas 9 ao preço de $ 11".[40]

Sua origem advém da necessidade de tratar as obrigações de pagamento de pecúnia com normas diversas daquelas que regem a transferência de propriedade de coisa corpórea.[41] As coisas corpóreas valem por si mesmas, enquanto o dinheiro não vale pelo seu significante, mas pelo seu significado.

Quando se ajusta a compra e venda de um imóvel, pelo valor de R$ 100.000,00, quem compra está interessado no imóvel *per se*, mas quem vende não se importa com o substrato material da moeda (*e.g.* nas cédulas de dinheiro), mas no valor a que corresponde os R$ 100.000,00 e no que pode ser feito com ele.

O grande problema é que, com o passar do tempo, o valor do dinheiro vai se modificando. Desse modo, pode a mesma cifra representar um poder aquisitivo maior ou menor dentro de certo período de tempo, conforme venha a se verificar a ocorrência de inflação ou deflação.

Em outros termos, os R$ 100.000,00 que bastaram para a compra do imóvel no exemplo anterior, daqui a dez anos, podem nem servir sequer como entrada de seu pagamento, se a inflação for significativa, bem como pode o mesmo imóvel passar a valer R$ 90.000,00, existindo deflação.

Desta problemática, surgiu, então, divisão importantíssima entre as dívidas de dinheiro e as dívidas de valor. As dívidas de dinheiro valem apenas pelo valor nominal estampado na face do título sem nenhum acréscimo, ao passo que, nas dívidas de valor, o valor nominal é ajustado constantemente para acompanhar a correspondência daquela quantia para o tempo presente.

No direito brasileiro, desde o Código Civil de 1916, veio se dando preferência ao princípio do nominalismo, preterindo-se as dívidas de valor em razão das de dinheiro. No entanto, mesmo quando ausente qualquer autorização legislativa, a jurisprudência convencionou admitir exceção costumeira a esta vertente, instituindo dívida de valor *tout court*, através da imposição da correção monetária.[42]

Atualmente, o art. 315 do Código Civil continua a afirmar o nominalismo como regra ao impor o pagamento na data do vencimento, pela moeda corrente e no valor nominal. Todavia, os arts. 389, 395, *caput*, e 404 do Código Civil ratificam o entendimento firmado ao longo do tempo, prevendo a incidência automática de correção monetária segundo

37. Cf. Judith Martins-Costa, *Comentários ao Código Civil*, vol. V, t. I, coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira, p. 245; cf. Gustavo Tepedino, Heloísa Helena Barbosa e Maria Celina Bodin Moraes, *Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República*, vol. I, 2ª ed., p. 612.

38. STJ, 1ª T., Rel. Min. Luiz Fux, REsp 926.140-DF, j. 1.4.2008, *DJe* 12.5.2008.

39. STJ, 3ª T., Rel. Min. Waldemar Zveiter, REsp 7.098-SP, j. 12.3.1991, *DJ* 29.4.1991.

40. Fábio Ulhoa Coelho, *Curso de Direito Civil*, vol. 2, 3ª ed., p. 185.

41. Cf. Judith Martins-Costa, ob. cit., pp. 249-251.

42. Cf. Gustavo Tepedino, Heloísa Helena Barbosa e Maria Celina Bodin Moraes, ob. cit., p. 612.

os índices oficiais regularmente divulgados, quando do inadimplemento ou da mora:

"Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado."

"Art. 395. Responde o devedor pelos prejuízos a que sua mora der causa, mais juros, atualização dos valores monetários segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado."

"Art. 404. As perdas e danos, nas obrigações de pagamento em dinheiro, serão pagas com atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, abrangendo juros, custas e honorários de advogado, sem prejuízo da pena convencional."

Saber qual seria o índice oficial a que faz referência a regra, no entanto, é matéria de certa complexidade. A legislação é silente a este respeito, não se tendo notícia de doutrina que também tenha se destinado a resolver a questão. Nos tribunais, o problema também não se desfaz de forma uniforme, sendo comum que cada tribunal aponte suas próprias tabelas de correção monetárias, fazendo remissão a elas em suas decisões.[43]

Não obstante, recentemente, o Superior Tribunal de Justiça enfrentou a matéria, apontando a Selic como o indicador adequado para a atualização monetária desde janeiro de 2003 em diante:

"Processual civil. Administrativo. Intervenção do Estado no domínio econômico. Responsabilidade objetiva do Estado. Fixação pelo Poder Executivo dos preços dos produtos derivados da cana-de-açúcar abaixo do preço de custo. Dano moral. Indenização cabível. Juros moratórios. Cabimento. Correção monetária devida. Pedido implícito. Expurgos. Tabela única.

"(...).

"16. A correção monetária independe de pedido expresso da parte interessada, não constituindo um *plus* que se acrescenta ao crédito, mas um *minus* que se evita, vale dizer: a correção monetária plena é mecanismo mediante o qual se busca a recomposição da efetiva desvalorização da moeda, a fim de se preservar o poder aquisitivo original.

"17. A jurisprudência do STF, cristalizada na Súmula 562, é no sentido de que: 'Na indenização de danos materiais decorrentes de ato ilícito cabe a atualização de seu valor, utilizando-se, para esse fim, dentre outros critérios, dos índices de correção monetária'.

"18. Outrossim, a correção monetária incide a partir do prejuízo (Súmula 43/STJ: 'Incide correção monetária sobre dívida por ato ilícito a partir da data do efetivo prejuízo').

"19. Ademais, é assente que a correção monetária, para se caracterizar como plena, deve abranger os expurgos inflacionários aplicáveis ao período.

"20. Destarte, consoante a Tabela Única que se convencionou nesta Corte (que agrega o Manual de Cálculos da Justiça Federal e a jurisprudência do STJ), os índices de correção monetária aplicáveis nas ações condenatórias em geral (*in casu*, cuida-se de ação de indenização) são os seguintes: (i) ORTN, de 1964 a fevereiro de 1986; (ii) OTN, de março de 1986 a janeiro de 1989; (iii) IPC/IBGE, em janeiro de 1989, no percentual de 42,72% (expurgo, em substituição ao BTN); (iv) IPC/IBGE, em fevereiro de 1989, no percentual de 10,14% (expurgo, em substituição ao BTN); (v) BTN, de março de 1989 a março de 1990; (vi) IPC/IBGE, de março de 1990 a fevereiro de 1991 (expurgo, em substituição ao BTN e ao INPC de fevereiro de 1991); (vii) INPC, de março de 1991 a novembro de 1991; (viii) IPCA série especial, em dezembro de 1991;

43. A título de exemplo, segue referência de alguns tribunais brasileiros com os respectivos links para suas tabelas de atualização monetária: (i) TJSP (*http://www.tj.sp.gov.br/IndicesTaxasJudiciais/AtualizacaoMonetaria.aspx*); (ii) TJRJ (*http://www.tjrj.jus.br/cgj/tabelas/indices-correcao-monetaria-2011.pdf*); (iii) TJMG (*http://www.tjmg.jus.br/corregedoria/atualizacao_monetaria/*).

(ix) UFIR, de janeiro de 1992 a dezembro de 2000; (x) IPCA-E, de janeiro de 2001 a dezembro de 2002; e (xi) Selic, a partir de janeiro de 2003.

"21. A inclusão da Selic a partir de janeiro de 2003, a título de correção monetária nas ações condenatórias em geral, consoante determinado na aludida Tabela corrobora o entendimento da aplicação exclusiva do referido índice a título de juros de mora, *ex vi* do art. 406, do Código Civil de 2002, uma vez que, em virtude da natureza da Taxa Selic, revela-se impossível sua cumulação com qualquer outro índice, seja de juros, seja de atualização monetária.

"(...)."[44]

O entendimento – apesar de não indicar de forma expressa a base legal em que se apoia – é coerente com a posição do próprio Superior Tribunal de Justiça em relação à taxa legal para os juros moratórios. Como a opinião é de que esta seria a Selic – o que impediria a cumulação de outro fator de correção monetária – é conveniente que se tenha o mesmo índice como o apropriado para a atualização de valores, de forma a se evitar *bis in idem*.

### *2.3 Juros remuneratórios, moratórios e correção monetária: funções e taxas*

Do que foi exposto nos itens anteriores (v. n. 2, 2.1, 2.1.1, 2.1.1.1, 2.1.2 e 2.2 *supra*), percebe-se que para cada uma das categorias enfocadas – juros remuneratórios, juros de mora e correção monetária – corresponde uma função específica e distinta.

Os juros remuneratórios, como o próprio nome diz, remuneram o uso do capital. Os moratórios penalizam o devedor faltoso pela mora. E a correção monetária simplesmente atualiza valores, para fazer frente às distorções decorrentes do processo inflacionário.

Cada uma destas funções corresponde a propósitos específicos e possuem regime diverso em razão das suas peculiaridades. Dessa forma, em tese, também para cada uma delas corresponderia um indicador específico, apto a desempenhar o papel que delas se espera.

Todavia, por questões de ordem legislativa, as taxas legais dos juros de mora e da correção monetária acabaram unificadas na Selic, que, supostamente, é apta para punir a mora, pelos juros que engloba, e para atualizar valores, pela consideração da inflação *ex post* que contempla.

Já, as taxas legais para os juros remuneratórios ainda permanecem separadas, sendo frutos de cobranças autônomas e cumuladas com a dos juros moratórios e da correção monetárias,[45] limitadas, porém, à Selic, quando previstas em contratos de mútuo, ou ao dobro dela quando em contratos diversos.

Desse modo, em resumo, para as cobranças dos juros remuneratórios, moratórios e correção monetária, na ausência de contratação expressa das partes, tem-se as seguintes possibilidades:

| Função | Taxa |
|---|---|
| **Juros remuneratórios** | a) Limitada à Selic, quando em contratos de mútuos;<br>b) Cobrados até o dobro da Selic, quando em contratos distintos dos de mútuo. |
| **Juros moratórios e correção monetária** | Nos termos dos arts. 389, 395, 404 e 406 do Código Civil e do entendimento da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, equivalentes à taxa Selic. |

44. 1ª T., Rel. Min. Luiz Fux, REsp 926.140-DF, j. 1.4.2008, *DJe* 12.5.2008.

45. A este respeito, o Superior Tribunal de Justiça já pacificou o entendimento acerca da licitude da cumu-

### *3. Os juros diferenciados da Fazenda Pública*

#### *3.1 A sistemática imposta pelo art. 1º-F da Lei 9.494/1997*

Na ausência de lei especial, submete-se a Fazenda Pública ao regime legal de direito privado quanto à contagem de juros e correção monetária. Assim, até a alteração do art. 1º-F da Lei 9.494/1997 pela da Lei 11.960/2009, lhe eram aplicáveis as mesmas normas elencadas no item n. 2, *supra*.

Confirmava este entendimento – ainda que de forma dispensável – o art. 1º da Lei 4.414/1964, que dispunha: "Art. 1º. A União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e as autarquias, quando condenados a pagar juros de mora, por êste responderão na forma do direito civil".

É certo que existiam algumas exceções legais esparsas, que autorizavam a cobrança de encargos diferenciados, como foi o caso, por exemplo, do próprio art. 1º-F da Lei 9.494/1997, que, antes da modificação implementada pela Lei 11.960/2009, estabelecia juros de mora de 6% ao ano nas causas referentes a servidores e empregados públicos, ou do Decreto 3.365/1941, que ainda hoje impõe, no seu art. 15-A, os juros remuneratórios também de 6% ao ano para as imissões provisórias na posse em processos de desapropriação:

"Art. 1º-F. Os juros de mora, nas condenações impostas à Fazenda Pública para pagamento de verbas remuneratórias devidas a servidores e empregados públicos, não poderão ultrapassar o percentual de seis por cento ao ano."

"Art. 15-A. No caso de imissão prévia na posse, na desapropriação por necessidade ou utilidade pública e interesse social, inclusive para fins de reforma agrária, havendo divergência entre o preço ofertado em juízo e o valor do bem, fixado na sentença, expressos em termos reais, incidirão juros compensatórios de até seis por cento ao ano sobre o valor da diferença eventualmente apurada, a contar da imissão na posse, vedado o cálculo de juros compostos."

Todavia, ressalvadas estas hipóteses legais, prevalecia a incidência subsidiária da disciplina de direito privado, até a reformulação proporcionada pela Lei 11.960/2009 no art. 1º-F da Lei 9.494/1997, que determinou a (i) atualização monetária, (ii) a remuneração do capital; e (iii) a compensação pela mora, pelo índice oficial da poupança, nos casos de condenações sofridas pela Fazenda Pública: "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".

Em face desta nova disposição, não seriam mais compatíveis as normas de direito privado para a regulação dos juros remuneratórios, de mora e da correção monetária devidos pela Fazenda Pública. Esta, agora, gozaria de microssistema específico que lhe garantiria o índice oficial da poupança como fator único, apto a satisfazer as três funções elencadas na norma.

Diante disto, resta analisar, então, as perguntas colocadas no início deste trabalho e verificar:

a) Se a poupança constitui indicador hábil para exercer as funções de remuneração do capital (juros remuneratórios), penalização da mora (juros moratórios) e atualização monetária (correção monetária); e

b) Se o tratamento diferenciado conferido à Fazenda Pública encontra justificativa

lação de juros remuneratórios com juros moratórios (cf. 2ª T., STJ, Rel. Min. Castro Filho, REsp 402.483-RS, j. 26.3.2003, *DJ* 5.5.2003). Aliás, nada mais justo, já que o credor prejudicado pelo devedor moroso ainda continua privado de seu capital durante o atraso no pagamento, sendo-lhe devidos os juros remuneratórios por tanto.

plausível ou se ofenderia ele o princípio da igualdade, previsto no art. 5º, inciso I, da Constituição da República.

*3.2 O índice da poupança e as funções dos juros remuneratórios, moratórios e da correção monetária*

De acordo com o art. 12 da Lei 8.177/1991, o índice oficial da poupança é composto pela soma da Taxa Referencial Diária (TRD) com o percentual de 0,5% ao mês:

"Art. 12. Em cada período de rendimento, os depósitos de poupança serão remunerados:

"I – como remuneração básica, por taxa correspondente à acumulação das TRD, no período transcorrido entre o dia do último crédito de rendimento, inclusive, e o dia do crédito de rendimento, exclusive;

"II – como adicional, por juros de meio por cento ao mês."

Assim, para identificar a aptidão da poupança em exercer as funções de juros remuneratórios, moratórios e de correção monetária, é preciso examinar a natureza jurídica (i) do índice que lhe compõe – a TRD; e (ii) do percentual de 0,5% ao mês que lhe é adicionado.

Nos termos do art. 2º, *caput*, da Lei 8.177/1991, a TRD nada mais é do que o valor *pro rata* da Taxa Referencial (TR), para cada dia útil: "Art. 2º. O Banco Central do Brasil divulgará, para cada dia útil, a Taxa Referencial Diária (TRD), correspondendo seu valor diário à distribuição *pro rata dia* da TR fixada para o mês corrente".

A TR, por sua vez, corresponderia à remuneração mensal, líquida de impostos, dos depósitos a prazo fixo, captados pelas instituições mencionadas no art. 1º, *caput*, da Lei 8.177/1991, ou dos títulos públicos federais, estaduais e municipais, calculada na forma aprovada pelo Conselho Monetário Nacional e encaminhada ao Senado Federal: "Art. 1º. O Banco Central do Brasil divulgará Taxa Referencial (TR), calculada a partir da remuneração mensal média líquida de impostos, dos depósitos a prazo fixo captados nos bancos comerciais, bancos de investimentos, bancos múltiplos com carteira comercial ou de investimentos, caixas econômicas, ou dos títulos públicos federais, estaduais e municipais, de acordo com metodologia a ser aprovada pelo Conselho Monetário Nacional, no prazo de sessenta dias, e enviada ao conhecimento do Senado Federal".

Todavia, como o cálculo de responsabilidade do Conselho Monetário Nacional nunca chegou a existir,[46] a TR veio sempre fixada por metodologia determinada pelo Banco Central, conforme determinado pela norma supletiva do § 3º, do art. 1º, da Lei 8.177/1991:

"Art. 1º.

"(...).

"§ 3º. Enquanto não aprovada a metodologia de cálculo de que trata este artigo, o Banco Central do Brasil fixará a TR."

Nestes moldes, segundo o art. 1º da Resolução 3.354/2006 do Banco Central, a TR equivale hoje à média do volume de captação efetuado por meio de certificados e recibos de depósito bancário (CDB/RDB) das 30 maiores instituições financeiras do país, com prazo de 30 a 35 dias corridos: "Art. 1º. Estabelecer que, para fins de cálculo da Taxa Básica Financeira – TBF e da Taxa Referencial – TR, de que tratam os arts. 1º da Lei 8.177, de 1º de março de 1991, 1º da Lei 8.660, de 28 de maio de 1993, e 5º da Lei 10.192, de 14 de fevereiro de 2001, deve ser constituída amostra das 30 maiores instituições financeiras do País, assim consideradas em função do volume de captação efetuado por meio de certificados e recibos de depósito bancário (CDB/RDB), com prazo de 30 a 35 dias corridos, inclusive, e remunerados

46. Cf Luiz Antônio Scavone Jr., ob. cit., p. 387.

a taxas prefixadas, entre bancos múltiplos, bancos comerciais, bancos de investimento e caixas econômicas".

Em consequência desta formatação, muito se discutiu na doutrina e na jurisprudência sobre a natureza jurídica da TR: seria ela índice de correção monetária ou de remuneração?

Luiz Antônio Scavone Jr. é claro ao expor sua opinião de ser a TR índice de remuneração. Segundo afirma, a TR não mede a variação de preços na economia, mas espelha o *quantum* pago pelos investimentos em CDB/RDBs – *i.e.* juros remuneratórios – não servindo, portanto, para puramente atualizar valores em função da inflação.

Já Arnoldo Wald refuta este entendimento, apontando que a TR pode servir como indexador de correção monetária, graças a uma sutileza encontrada em seu cálculo. Conforme explica, pela Lei 8.177/1991, a TR é uma remuneração líquida, livre de impostos e juros. Assim, para apuração de seu índice, são abatidos cerca de 20% referente aos impostos e juros devidos, restando 80% correspondentes à correção monetária relativa à inflação prevista para o período posterior.[47]

Na jurisprudência as divergências não são menores. O Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 493-DF, relator o Ministro Moreira Alves, pronunciou-se no sentido de ser TR índice de remuneração, compreendendo juros em sua formulação: "A taxa referencial (TR) não é índice de correção monetária, pois, refletindo as variações do custo primário da captação dos depósitos a prazo fixo, não constitui índice que reflita a variação do poder aquisitivo da moeda. (...)".[48]

Já, no Superior Tribunal de Justiça, são várias as decisões permitindo a estipulação da TR como indexador de correção monetária:

"Processo civil. Agravo regimental. Recurso especial. Vícios do art. 535 do CPC. Inexistência. Juros remuneratórios. Limitação. Impossibilidade. Agravo regimental desprovido.

"(...).

"3. Aplica-se a TR na correção monetária do saldo de contrato de mútuo, ainda que pactuado antes da vigência da Lei 8.177/1991, desde que prevista a adoção de coeficiente idêntico ao utilizado na atualização monetária das cadernetas de poupança. Precedentes.

"4. Agravo regimental desprovido."[49]

"Sistema Financeiro da Habitação. Juros capitalizados. Tabela Price. Ausência de pedido. Julgamento *extra petita*. Correção do saldo devedor. Taxa referencial. Possibilidade.

"(...).

"2. 'No âmbito do Sistema Financeiro da Habitação, a partir da Lei 8.177/1991, é permitida a utilização da Taxa Referencial (TR) como índice de correção monetária do saldo devedor. Ainda que o contrato tenha sido firmado antes da Lei n. 8.177/1991, também é cabível a aplicação da TR, desde

47. Cf. Arnoldo Wald, *O Novo Direito Monetário. Os Planos Econômicos, os Contratos, o FGTS e a Justiça*, 2ª ed., pp. 119-127. Ainda neste trabalho, Arnoldo Wald demonstra que o mérito da TR residiria na sua possibilidade de contemplar a inflação futura. Segundo explica, ao se prever o desconto de 20% a título de impostos e juros, tem-se a correção monetária como atualização esperada ou prevista de 80%. Assim, é possível preparar-se a revisão dos valores contratuais já levando em conta o próximo período, o que seria impossível com os índices de preços. Estes – segundo afirma o autor, com base na opinião do economista Mario Henrique Simonsen – só conseguem medir a inflação dos meses passados, importando sempre em defasagem; quando se revisse os valores do contrato, isto se daria em razão da inflação que já se observou, fazendo com que o contrato fosse reajustado para uma realidade que não viveria. Ao que parece, da mesma sistemática da TR vale a Selic, que também considera a inflação *ex post*.

48. STF, Pleno, Rel. Min. Moreira Alves, ADI 493, j. 25.6.1992, *DJ* 4.9.1992.

49. STJ, 3ª T., AgRg no REsp 858.631-RS, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 8.2.2011, *DJe* 14.2.2011.

que haja previsão contratual de correção monetária pela taxa básica de remuneração dos depósitos em poupança, sem nenhum outro índice específico' (2ª Seção, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, REsp 969.129-MG, j. 9.12.2009).

"3. Recurso especial parcialmente conhecido e provido."[50]

"Processual civil e bancário. Embargos de declaração no recurso especial. Recebimento como agravo regimental. Cédula de crédito rural. Disposições de ofício. Impossibilidade. Súmula 381/STJ. Correção monetária. TR. Capitalização mensal de juros. Possibilidade. Súmula 93/STJ.

"(...).

"2. A Taxa Referencial (TR) pode ser aplicada como indexador da correção monetária nos contratos posteriores à Lei 8.177/1991, desde que pactuada, nos termos da Súmula n. 295/STJ.

"(...).

"4. Embargos declaratórios recebidos como agravo regimental a que se dá provimento."[51]

De outro lado, se dúvidas existem quanto à TR, é incontroversa a natureza dos 0,5% que lhe são acrescidos para a composição do índice oficial da poupança. São eles típicos juros remuneratórios, pagos ao depositante como contraprestação pela aplicação de seus recursos em tal modalidade de investimento.[52]

Neste cenário, considerando os embates concernentes à TR, é possível chegar a duas conclusões distintas:

a) No índice oficial da caderneta de poupança, estão incluídos juros remuneratórios e correção monetária, para aqueles que admitem a TR como fator de indexação; ou

b) Só de juros remuneratórios é composta a TR e, consequentemente, a poupança.

Contudo, independente de qual posição se adote, algo surge como inegável truísmo: a poupança não serve para compensar a mora. Formada na melhor das hipóteses por juros remuneratórios e correção monetária, a poupança – verificadas as preferências doutrinárias e jurisprudenciais – pode no máximo remunerar o capital e atualizar o valor da moeda. Porém, não poderá nunca penalizar o devedor moroso, porque lhe faltam os juros de mora.

Poder-se-ia alegar, contudo, e, inclusive, é provável que se alegue, que a poupança foi o critério escolhido pelo legislador para repor os danos da inexecução das obrigações da Fazenda e, quanto a isto, pouco importa que a sua composição abarque ou não juros de mora. Esta foi a opção da lei, imune a críticas ou revisões por questões matemáticas.

O argumento, no entanto, desconsidera a vigência do princípio da proporcionalidade (ou do *substantive due process of law*) no direito brasileiro. Tal princípio, como ensina Eduardo Couture é a garantia do próprio direito,[53] ao impor, nas palavras do Ministro Celso de Mello, a observância do devido coeficiente de razoabilidade na elaboração das leis, de forma a proscrever os excessos legislativos e evitar prescrições arbitrárias e imoderadas:

"Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade – Lei distrital que dispõe sobre a emissão de certificado de conclusão do curso e que autoriza o fornecimento de histórico escolar para alunos da terceira série do ensino médio que comprovarem aprovação em vestibular para ingresso em curso de nível superior – Lei distrital que usurpa competência legislativa outorgada à União Federal pela Constituição da República – Considerações em torno das lacunas preenchíveis - Norma destituída do necessário coeficiente de razoabilidade

50. STJ, 4ª T., Rel. Min. Luis Felipe Salomão, REsp 690.955-PR, j. 7.12.2010, *DJe* 13.12.2010.

51. STJ, 4ª T., Rela. Min. Maria Isabel Gallotti, EDcl no REsp 790.844-SC, j. 2.12.2010, *DJe* 1.2.2011.

52. Cf. Arnoldo Wald, ob. cit., p. 123.

53. Cf. Eduardo J. Couture, *Estudios de Derecho Procesal Civil*, t. I, 3ª ed., p. 42.

– Ofensa ao princípio da proporcionalidade – Atividade legislativa exercida com desvio de poder – Plausibilidade jurídica do pedido – Deferimento da medida cautelar com eficácia 'ex tunc'. A usurpação da competência legislativa, quando praticada por qualquer das pessoas estatais, qualifica-se como ato de transgressão constitucional – (...) Todos os atos emanados do poder público estão necessariamente sujeitos, para efeito de sua validade material, à indeclinável observância de padrões mínimos de razoabilidade. – As normas legais devem observar, no processo de sua formulação, critérios de razoabilidade que guardem estrita consonância com os padrões fundados no princípio da proporcionalidade, pois todos os atos emanados do Poder Público devem ajustar-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do 'substantive due process of law'. Lei Distrital que, no caso, não observa padrões mínimos de razoabilidade. *A exigência de razoabilidade qualifica-se como parâmetro de aferição da constitucionalidade material dos atos estatais*. – A exigência de razoabilidade – que visa a inibir e a neutralizar eventuais abusos do Poder Público, notadamente no desempenho de suas funções normativas – atua, enquanto categoria fundamental de limitação dos excessos emanados do Estado, como verdadeiro parâmetro de aferição da constitucionalidade material dos atos estatais. Aplicabilidade da Teoria do Desvio de Poder ao Plano das Atividades Normativas do Estado. – A teoria do desvio de poder, quando aplicada ao plano das atividades legislativas, permite que se contenham eventuais excessos decorrentes do exercício imoderado e arbitrário da competência institucional outorgada ao Poder Público, pois o Estado não pode, no desempenho de suas atribuições, dar causa à instauração de situações normativas que comprometam e afetem os fins que regem a prática da função de legislar (...)."[54]

Ora, nada mais arbitrário ou imoderado do que prever três funções distintas em uma norma e em seguida impor que sejam elas desempenhadas por critério que é inapto para tanto. Por disposição legal – o art. 12 da Lei 8.177/1991 –, o índice da poupança não possui natureza jurídica de juros moratórios e não pode, portanto, servir para penalizar a mora, sob pena de violação do princípio da proporcionalidade.

Neste sentido, é correta a afirmativa do Ministro Joaquim Barbosa de ser inadmissível a previsão de juros de mora em indicador iníquo que não reflita circunstâncias econômicas decorrentes da mora: "Em matéria de juros, eventual violação do direito de propriedade surgiria se o índice legal aplicável fosse iníquo perante as circunstâncias econômicas impostas pela mora que se pretende corrigir".[55]

A remuneração dos juros moratórios pela poupança causa uma deficiência funcional do art. 1º-F da Lei 9.494/1997 e gera tratamento desigual da Fazenda Pública em relação à compensação da mora, conforme demonstrado no item 3.3, *infra*.

### *3.3 O princípio da igualdade e o tratamento diferenciado dos juros de mora da Fazenda Pública*

Já é lição corrente que o princípio da igualdade não implica em vedação a tratamentos diferenciados. São comuns, inclusive, referências históricas, como à Bíblia ou a Aristóteles, para dizer que esta é uma ideia já antiga, não se podendo esquecer também das menções à célebre máxima de que igualdade significa tratar os desiguais de forma desigual, na medida de sua desigualdade.[56]

54. STF, Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, ADI/MC 2-667, j. 19.6.2002, *DJ* 12.3.2004.

55. STF, Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, RE 453.740-RJ, j. 28.2.2007, *DJe* 24.8.2007.

56. Cf. STF, Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, RE 453.740-RJ, j. 28.2.2007, *DJe* 24.8.2007.

De tudo isto, se percebe que a igualdade é uma noção comparativa. É possível estabelecer regimes jurídicos diversos para situações específicas, desde que, para tanto, encontre-se um fator de discriminação razoável. E é aí que se encontra a questão central do princípio da igualdade. O essencial não é constatar apenas a existência de diferenças – que são perfeitamente admissíveis –, mas verificar a existência de propósito que as justifique.

Neste sentido, Humberto Ávila afirma ser fundamental a análise dos critérios e medidas objeto da diferenciação, sendo que é a análise deles que indicará a violação ou não do princípio da igualdade: "A concretização do princípio da igualdade depende do critério-medida objeto de diferenciação. Isso porque o princípio da igualdade, ele próprio, nada diz quanto aos bens ou fins de que se serve a igualdade para diferenciar ou igualar as pessoas. As pessoas ou situações são iguais ou desiguais em função de um critério diferenciador. Duas pessoas são formalmente iguais ou diferentes em razão da idade, do sexo ou da capacidade econômica. Essa diferenciação somente adquire relevo *material* na medida em que se lhe agrega finalidade, de tal sorte que as pessoas passam a ser iguais ou diferentes de acordo com um mesmo critério, dependendo da finalidade que ele serve. Duas pessoas podem ser iguais ou diferentes segundo ao *critério da idade*: devem ser tratadas de modo diferente para votar nalgum eleição, se uma tiver atingido a maioridade não alcançada pela outra; devem ser tratadas igualmente para pagar impostos, porque a concretização dessa finalidade é independente à idade".[57]

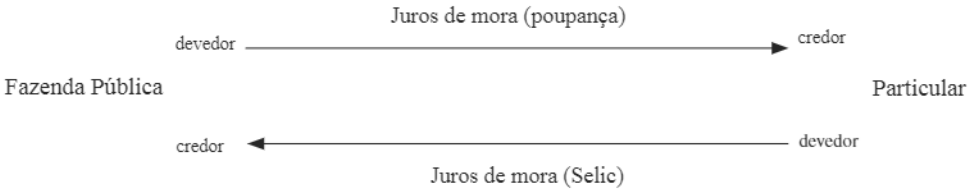
Desse modo, a análise da violação do princípio da igualdade pelo art. 1º-F da Lei 9.494/1997 depende de dois passos subsequentes: (i) verificar as diferenciações por ele introduzidas; e (ii) examinar a razoabilidade da discriminação implementada.

As diferenciações foram duas, uma relacionada à distinção entre os juros de mora de que a Fazenda Pública é devedora e credora e outra concernente à particularidade do regime do art. 1º-F para a penalização da mora *vis-à-vis* com a disciplina geral do art. 406 do Código Civil.

Vejam-se as duas de forma separada.

### 3.3.1 Os juros moratórios da Fazenda Pública enquanto credora e devedora

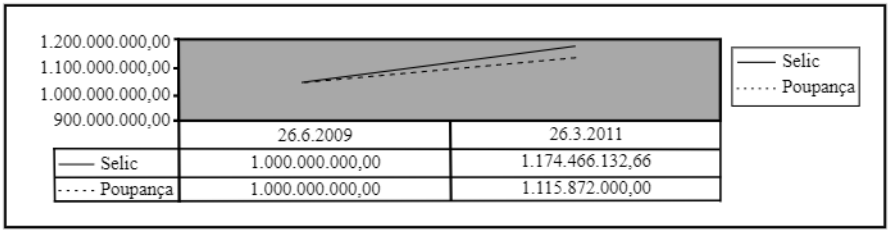
O art. 1º-F da Lei 9.494/1997 estabeleceu que, ao lado dos juros remuneratórios e da correção monetária, os juros moratórios dos débitos da Fazenda Pública serão pagos pela poupança. Todavia, ao assim dispor, cuidou apenas da situação em que a Fazenda Pública é devedora, esquecendo-se dos casos em que ela é credora. O resultado de tanto foi a existência de regulamentações distintas. No seu atraso, a Fazenda Pública fica sujeita ao índice oficial da poupança; já, sofrendo a mora do particular, tem direito ao recebimento do principal acrescido da taxa Selic, nos termos do art. 406 do Código Civil e conforme representado na figura abaixo:




57. H. Ávila, *Teoria dos Princípios: da De□nição à Aplicação dos Princípios Jurídicos*, 9ª ed., p. 150.

A diferença que decorre daí não é desprezível, mas realmente relevante. Nos últimos anos, a taxa Selic rendeu percentuais consideravelmente superiores ao da poupança, fazendo com que a mora da Fazenda Pública venha sendo mais barata do que a do particular.

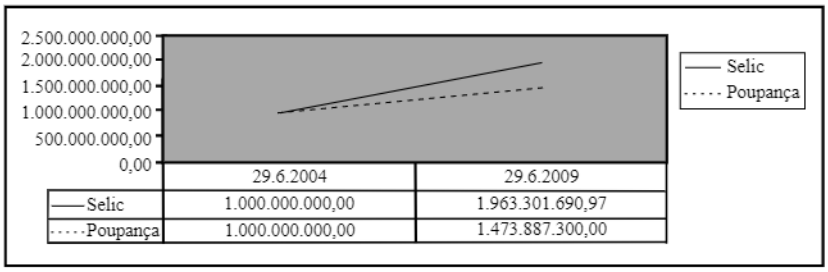
Apenas para que se tenha uma ideia, em um débito de R$ 1.000.000.000,00 vencido em 26 de junho de 2009,[58] a aplicação da Selic resultaria hoje[59] na quantia de R$ 1.174.466.132,66 (17,44%), ao passo que a incidência do índice da poupança acarretaria o valor de R$ 1.115.872.000,00 (11,58%).[60] Isto é, R$ 58.594.132,66 (5,86%) a menos, conforme gráfico abaixo:




O problema envolvido na distinção é que não existe justificativa plausível para se autorizar que qualquer pessoa – inclusive a Fazenda Pública – goze de juros moratórios em percentuais e valores inferiores àqueles observados no atraso de sua contraparte – no caso, o particular.

Logicamente, poderia se argumentar que a Selic é uma taxa flutuante que atualmente é superior do que a poupança, mas que pode vir a andar em patamares menores. Todavia, se isto pode ser uma possibilidade não parece ser, porém, uma probabilidade.

Uma análise, por exemplo, dos últimos 5 anos que antecederam a promulgação da Lei 11.960/2009 (e, portanto, a alteração do art. 1º-F da Lei 9.494/1997), demonstra que a Selic veio superando o índice da poupança no período. Assim, a mesma dívida de R$ 1.000.000.000,00, vencida em 29 de junho de 2004, corresponderia, em 29 de junho de 2009, a R$ 1.963.301.690,97 (96,33%) se corrigida pela Selic e a 1.473.887.300,00 (47,38%), se atualizada pela poupança; *i.e.* com uma diferença de R$ 489.414.390,97 (48,95%):[61]




58. Data de entrada em vigor da Lei 11.960/2009, que deu ao art. 1º-F da Lei 9.494/1997 a sua redação atual.

59. A data de hoje referida no texto equivale a 26.3.2011.

60. Cálculos feitos com o aplicativo "Calculadora do Cidadão" do Banco Central do Brasil, disponível em *https://www3.bcb.gov.br/CALCIDADAO/publico/exibirFormCorrecaoValores.do?method=exibirFormCorrecaoValores*, acesso 26.3.2011.

61. Cálculos feitos com o aplicativo "Calculadora do Cidadão" do Banco Central do Brasil, disponível

Da mesma forma, em visão prospectiva, a expectativa é de que não será tão logo que a Selic despencará para padrões próximos ao da poupança. Se comparado com os países mais ricos, o Brasil apresenta hoje uma das maiores taxas de juros do mundo, que deve continuar a permanecer alta por algum tempo, de acordo com as políticas implementadas pelo Banco Central de controle à inflação;[62] ao passo que a poupança representa remuneração modesta para investimentos financeiros.

Não obstante, ainda que passando para parâmetros inferiores a Selic, nada impediria que se ocorresse no futuro pressões políticas para readequação da taxa de juros moratórios da Fazenda Pública, sendo que o mais apropriado é que se olhe mesmo para o presente, em que a Selic é bastante superior à poupança.

No particular, é bem possível que se lance mão do frequente argumento do interesse público para se defender os juros moratórios diferenciados da Fazenda Pública. Contudo, a alegação seria descabida. Como se sabe, existem duas modalidades de interesse público, o primário em que se vislumbra a tutela da sociedade como um todo, e o secundário, que nada mais é do que o interesse privado da Administração Pública.[63]

No caso, o art. 1º-F da Lei 9.494/1997 só resguarda o interesse público secundário. A sua proteção é destinada apenas aos cofres públicos, diminuindo o valor das quantias que seriam pagas como compensação da mora. Nisto não há nada que guarde relação com interesse público da sociedade como um todo.[64]

A propósito, é de se destacar que circunstância quase idêntica já passou pelo crivo do Supremo Tribunal Federal. Trata-se do Recurso Extraordinário n. 453.740-RJ, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, em que foi analisado o próprio art. 1º-F da Lei 9.494/1997, todavia, na redação anterior à Lei 11.960/2009 que dispunha serem de 0,5% ao mês os juros devidos pela Fazenda Pública nas causas de servidores e empregados públicos: "Art. 1º-F. Os juros de mora, nas condenações impostas à Fazenda Pública para pagamento de verbas remuneratórias devidas a servidores e empregados públicos, não poderão ultrapassar o percentual de seis por cento ao ano".

em http://www3.bcb.gov.br/*CALCIDADAO/publico/exibirFormCorrecaoValores.do?method=exibirFormCorrecaoValores*, acesso 26.3.2011.

62. "Brazil's fiscal policy: how tough will Dilma be?", *The Economist*, 19.2.2011, p. 39.

63. Cf. Celso Antônio Bandeira Mello, *Curso de Direito Administrativo*, 25ª ed., pp. 65-69.

64. No mesmo sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello cita a doutrina de Renato Alessi, informando exemplos de proteção patrimonial do Estado como confusão entre interesses públicos secundários e primários: "Já, de outra feita, aos exemplos aportados pelo insigne Mestre precitado *[Renato Alessi]* colacionamos outros, de busca indevida de interesses secundários, todos extraídos, infelizmente, da desmandada prática administrativa brasileira. Assim: 'Poderíamos acrescentar que seria concebível um interesse da pessoa Estado em recusar administrativamente – e até a questionar em juízo, se convocado aos pretórios – responsabilidade patrimonial por atos lesivos a terceiros, mesmo que os houvesse recusado. Teria interesse em pagar valor ínfimo nas desapropriações, isto é, abaixo do justo, inobstante o preceito constitucional. Com todos estes expedientes, muitos dos quais infelizmente (e injustamente) adota, resguardaria ao máximo seu patrimônio, defendendo interesses à moda de qualquer outro sujeito, mas agrediria a ordem normativa. Ocorre que em todas estas hipóteses estará agindo contra o Direito, divorciado do interesse público, do interesse primário que lhe assiste cumprir. Este proceder, nada obstante seja comum, é fruto de uma falsa compreensão do dever administrativo ou resultado de ignorância jurídica. Os interesses a que se aludiu são todos interesses secundários e que a pessoa governamental tem apenas segundo os termos em que o teria qualquer pessoa. Não são interesses públicos. *Não respondem à razão última de existir própria das pessoas governamentais em geral*" (Celso Antônio Bandeira Mello, ob. cit., pp. 66-67). Tal como as hipóteses de irresponsabilidade administrativa e pagamento de valor aquém à justa indenização pelas desapropriações, a estipulação de índice de juros de mora em patamar inferior para a Fazenda Pública serve, no máximo, para diminuir os impactos sobre os cofres públicos, sendo caracterizados como interesses públicos secundários.

O antigo art. 1º-F da Lei 9.494/1997 continha o mesmo problema do seu correspondente atual. Cuidava apenas dos juros de mora devidos pela Fazenda Pública e não daqueles que eram por ela cobrados dos servidores e empregados públicos, tendo trazido a mesma discussão sobre o princípio da igualdade no Recurso Extraordinário 453.740-RJ.

No *leading case*, o Supremo Tribunal Federal se dividiu. Os Ministros Cármen Lúcia, Carlos Ayres Britto, Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence entenderam que o tratamento era desigual e a norma inconstitucional, enquanto os demais, na linha do voto do Ministro Gilmar Mendes, afirmaram que a discriminação feita era aceitável.

Apesar do dissenso, a corrente que defendia a constitucionalidade do então art. 1º-F da Lei 9.494/1997 saiu vitoriosa. No entanto, na sua fundamentação, não foi defendida nenhuma questão condizente com a supremacia de um suposto interesse público, que, de fato, inexiste.

As razões que levaram à permissão da disciplina de juros de mora diferenciados para a hipótese dos servidores e empregados públicos foram:

a) cuidar este regime de microssistema especial e não geral, o que é permitido em inúmeras outras leis (*e.g.* aquelas que permitem juros de 0,5% ao mês na desapropriação ou nos precatórios);

b) não haver norma específica que disponha sobre os juros moratórios devidos pelos servidores e empregados públicos à Fazenda Pública; e

c) a necessidade de se atribuir a reciprocidade do art. 1º-F da lei 9.494/1997, em interpretação conforme, para fazer com que também os juros referentes às moras dos servidores e empregados públicos sejam de 0,5% ao mês.

Senão, veja-se trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes:

"Por isso, não consigo ver inconstitucionalidade no art. 1º-F, da Lei 9.494, de 1997. Juros moratórios em verbas remuneratórias pagas pela Fazenda Pública são fixados em 0,5% ao mês, a exemplo do que ocorre nos precatórios em geral. Juros moratórios nos títulos da dívida agrária variam de 1 a 3% ao ano. Juros moratórios na desapropriação, devida em dinheiro, pelas benfeitorias, são remunerados em 6% ao ano. Juros moratórios pagos pela Fazenda Pública em âmbito tributário são fixado de acordo com o CTN e com a Lei n. 9.250, de 1995, por força de circunstância fática específica. São situações diferentes, que exigem tratamento normativo distinto.

"Poder-se-ia argumentar que, em relação inversa, isto é, na eventual cobrança que a Fazenda Pública tenha em relação a servidores, cobraria juros mais elevados. Em verdade, sobre o tema não há norma específica. A Administração Federal informou que tais hipóteses estão limitadas a casos de dívida remanescente do servidor, nas mais diversas hipóteses.

"Não há cobrança de juros de mora, por parte do Estado, na hipótese de restituição de valores recebidos indevidamente, bem como não há também na hipótese de ressarcimento por danos causados ao Erário, devidos pelo servidor.

"Nesses casos, se a cobrança se faz administrativamente, não há cobrança de juros. É possível, porém, que haja inscrição do débito em dívida ativa e se venha a efetivar a cobrança com juros diferenciados.

"Daí porque entender cabível, *obiter dictum*, na qual se explícita que o art. 1º-F da Lei n. 9.494, de 1997, também deverá ser observado pela Fazenda Pública, na cobrança de seus créditos, decorrentes de verbas remuneratórias indevidamente pagas a servidores e empregados públicos, fixando-se juros moratórios em 6% ao ano, de modo que crédito e débito tenham tratamento idêntico, entre a Fazenda Pública e seus empregados

e servidores, no tocante à fixação de juros moratórios."[65]

Assim, é de se concluir que, tal como para a hipótese do art. 1º-F da Lei 9.494/1997 pré-Lei 11.960/2009, não há interesse público que justifique a permissão de juros diferenciados para a Fazenda Pública. Isto, porém, não autoriza a conclusão diversa de que, a exemplo do Recurso Extraordinário 453.740-RJ, seria admissível a interpretação conforme do atual art. 1º-F da Lei 9.494/1997 para conferir reciprocidade à incidência do índice da poupança.

Algumas peculiaridades existentes à época do julgamento do precedente e inexistentes hoje impõem sistemática diversa.

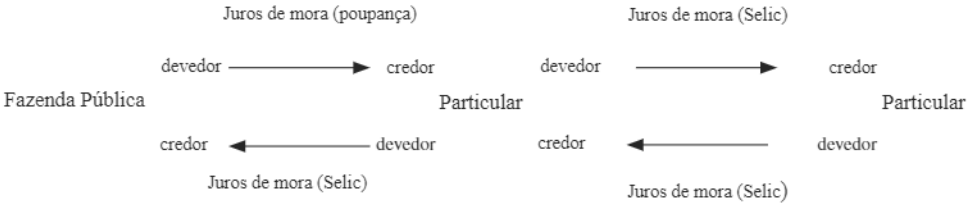
Para o caso do art. 1º-F da Lei 9.494/1997, antes da alteração da Lei 11.960/2009, o Supremo Tribunal Federal compreendeu que não haveria norma específica que regulasse os juros moratórios devidos pelos servidores e empregados públicos. Agora, para o atual art. 1º-F da Lei 9.494/1997 há como contraponto a regra clara do art. 406 do Código Civil que determina a penalização da mora com base na Selic, em regime supletivo geral.

Assim, permitir a cobrança dos índices da poupança tanto nos casos em que a Fazenda Pública é devedora como credora de juros moratórios, importaria em derrogação do art. 406 do Código Civil, o que extrapolaria os limites da interpretação conforme.

Além disso, o antigo art. 1º-F da Lei 9.494/1997 era lei especial, ao passo que o atual é lei geral, abrangendo todos os atrasos da Fazenda Pública.[66] Assim, o tratamento diferenciado aqui examinado neste item se dá de forma generalizada, gerando desigualdade em relação aos juros de mora pagos por todos os demais que não a Fazenda Pública, conforme analisado no item 3.3.2, *infra*.

### 3.3.2 O tratamento da Fazenda Pública *vis-à-vis* com o dos particulares

Para além da questão colocada no item 3.3.1 *supra*, o art. 1º-F da Lei 9.494/1997 enseja outra situação desigual. No seu regime, os juros de mora ficam divididos entre poupança e Selic, de acordo com a posição de devedora ou credora da Fazenda Pública. Mas, os particulares, nas relações entre si, continuam se sujeitando sempre à Selic, nos termos do art. 406 do Código Civil:




Ocorre que a criação de dois sistemas gerais – um para a Fazenda Pública e outro para os particulares – gera um cenário injustificável. Tanto a Fazenda Pública quanto os particulares são penalizados pela mora, em função do cometimento de um ato ilícito, que pode ser extracontratual ou contratual.

Contudo, em uma ou em outra hipótese, não há propósito algum que enseje discriminação de tratamentos. O ilícito da Fazenda Pública é idêntico ao do particular, provocan-

65. STF, Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, RE 453.740-RJ, j. 28.2.2007, *DJe* 24.8.2007.

66. Ficam excepcionados desta afirmativa os demais microssistemas especiais a que está submetida a Fazenda Pública, a exemplo do que acontece com os indébitos tributários, nos termos dos arts. 84, inciso I, da Lei 8.981/1995, e 13 da Lei 9.069/1995.

do o regime diferenciado consequências de âmbito individual e metaindividual.

No âmbito individual, é prejudicado o particular que sofre ilícito cometido pela Fazenda Pública. Fosse o mesmo ilícito, praticado por outro particular, seria aquele compensado pela Selic; mas, pelo simples fato de ser a prática delituosa de titularidade da Fazenda Pública, percebe ele apenas o equivalente aos índices da poupança.

Já, no âmbito metaindividual, perde a economia, particularmente em função do momento por que passa.[67] Como é notório, o país vive hoje momento ímpar em sua história, chegando o Presidente dos Estados Unidos da América, Barack Obama, a afirmar que o futuro finalmente chegou para o Brasil.[68]

Todavia, se é certo que o desenvolvimento nacional impressiona, certo é também que maiores investimentos são precisos para que se mantenha o ritmo de crescimento. A carência da infraestrutura é ainda muito alta, sendo urgente a construção de usinas, portos, aeroportos, ferrovias, estradas, plataformas de petróleo, dentre outros. Isto sem contar com a necessidade de preparação das cidades brasileiras, para sediar a Copa do Mundo de 2014 e os Jogos Olímpicos de 2016.

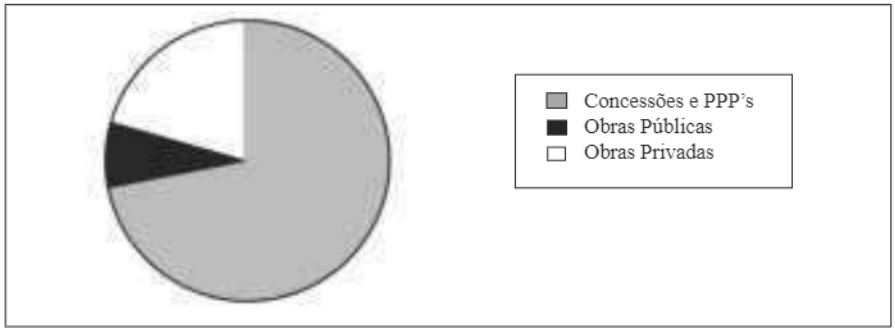
Ocorre que, por mais que a iniciativa privada venha tomando a frente de grandes empreendimentos, a expansão nestas áreas ainda depende muito de recursos públicos, representando a modificação do art. 1º-F da Lei 9.494/1997 a existência de impactos significativos e problemáticos.

Para tanto, basta pensar nas cifras envolvidas no campo da infraestrutura e no número de obras patrocinadas de algum modo pelo Estado. Atualmente, são cerca de 1.200 obras no Brasil, que juntas correspondem ao investimento de 348 bilhões de reais, entre obras iniciadas, em projeto, em licitação e paralisadas.

67. Neste particular, Judith Martins-Costa, com base na doutrina de Roberto Braga Andrade, ensina que a matéria de juros não pode ser analisada apenas sob o foco dos interesses particulares, devendo ser examinada também em função dos interesses metajurídicos e de forma macrojurídica, abordando os impactos positivos e negativos sobre a economia: "Com o crescimento do planejamento econômico, a inserção, nas Constituições, da expressão 'ordem econômica' e uma diversa forma de codificar – que não considera o Código sob a ótica da razão monológica –, a estipulação de juros já não é tratada microjuridicamente, 'e sim macro-juridicamente, como elo de uma cadeia de operações capaz de irradiar efeitos positivos ou negativos sobre todas as engrenagens do processo econômico – produção, comercialização e consumo' (Roberto Braga Andrade, ob. cit., pp. 38-39). Compreende-se que o tratamento dos juros tem direta relação com o desenvolvimento do país, com o crescimento da sua atividade produtiva ou, contrariamente – se os juros são excessivamente altos – com o empobrecimento e com as dificuldades da atividade produtiva, pois é favorecida a especulação e a roda da 'ciranda financeira' põe-se a girar em detrimento da produção. Assim, se alcança a compreensão que o tema dos juros não encontra lindes meramente nos interesses interindividuais envolvidos em determinada relação contratual: diversamente, estão em jogo interesses transindividuais e metaindividuais" (Judith Martins-Costa, *Os Juros (Moratórios) Legais: para uma Interpretação do Art. 406 do Código Civil*, disponível em *http://migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?cod=1426*, acesso 25.1.2011).

68. Nas palavras do Presidente Barack Obama, no discurso no Teatro Municipal, no Rio de Janeiro, em 20.3.2011: "For so long, Brazil was a nation brimming with potential but held back by politics, both at home and abroad. For so long, you were called a country of the future, told to wait for a better day that was always just around the corner. Meus amigos, that day has finally come. And this is a country of the future no more. The people of Brazil should know that the future has arrived. It is here now. And it's time to seize it" (disponível em *http://g1.globo.com/obama-no-brasil/noticia/2011/03/leia-integra-do-discurso-de-barack-obama-no-theatro-municipal.html*, acesso 27.3.2011). Em tradução livre: "O Brasil foi chamado durante muito tempo um país cheio de potencial, mas atrasado pela política, tanto aqui quanto no exterior. Durante muito tempo o Brasil foi o país do futuro e dizia-se para que ele esperasse pelos dias melhores que viriam em breve. Meus amigos, este dia finalmente chegou. Este não é mais o país do futuro, as pessoas do Brasil devem saber que o futuro já chegou e está aqui agora. É hora de aproveitá-lo".

Nesta soma, 149 bilhões dizem respeito a obras já iniciadas, onde a participação pública é bastante expressiva, abrangendo 106 bilhões em concessões ou Parcerias Público Privadas (PPP's) e 11 bilhões em obras públicas, contra 32 bilhões em obras inteiramente privadas:[69]




Além disso, estudos para o setor indicam a possibilidade de injeção de mais meio trilhão de reais em infraestrutura na próxima década, sendo que a opção entre Selic ou poupança significa a movimentação de valores expressivos na economia ou o represamento deles nos cofres públicos.

Neste quadro, o art. 1º-F da Lei 9.494/1997 pode importar entrave sério no desenvolvimento do país. Da realidade que se tem hoje, é patente a urgência na consecução de obras nos mais diversos campos, podendo a alteração dos juros de mora da Fazenda Pública contribuir em muito para o retardamento deste processo.

Ao invés de se dedicarem integralmente à consecução de empreendimentos que lhe são endereçados, as sociedades e companhias do ramo terão que se readequar à nova realidade de mercado, alterando os preços e riscos que negociam em seus contratos com o Poder Público.

Ocorre que toda esta manobra pode acabar gerando várias discussões, provocando pleitos de reajustes de contratos e instaurações de processos judiciais e procedimentos arbitrais, atrasando a concreção das obras que devem ser finalizadas rapidamente.

Neste sentido, é possível dizer que a nova redação do art. 1º-F da Lei 9.494/1997 implica não na proteção do interesse público, mas na sua própria violação, ao prejudicar o crescimento da economia nacional, ofendendo de forma clara o princípio da igualdade, sem qualquer justificativa que se possa apresentar.

### *4. Direito intertemporal*

A despeito das posições defendidas neste trabalho (v. itens 3.2 e 3.3), até o momento, não se teve notícia de qualquer acatamento

69. "Começa a década da infraestrutura", *Revista Exame* n. 7, ano 44, 21.4.2010, p. 22. Para que se tenha uma noção maior, seguem algumas das maiores obras do Brasil com a indicação de seus respectivos investimentos: (i) Metrô de São Paulo, 23 bilhões de reais; (ii) Comperj, 19 bilhões e 200 milhões de reais; (iii) Hidrelétrica de Belo Monte, 19 bilhões de reais; (iv) Hidrelétrica de Santo Antônio, 13 bilhões e 500 milhões de reais; (v) Plataformas de Petróleo da Petrobras, 12 bilhões e 600 milhões de reais; (vi) Hidrelétrica de Jirau, 9 bilhões e 300 milhões de reais; (vii) Usina Nuclear Angra 3, 8 bilhões e 500 milhões de reais; (viii) Porto de Santos, 6 bilhões e 500 milhões de reais; (ix) Ferrovia Leste-Oeste, 6 bilhões de reais; (x) Transposição do Rio São Francisco, 5 bilhões e 200 milhões de reais; (xi) Rodoanel de São Paulo, 5 bilhões de reais; (xii) Ferrovia Norte-Sul (trecho norte), 4 bilhões e 500 milhões de reais; (xiii) BR-101 (trechos nordeste-sul), 3 bilhões e 900 milhões de reais; (xiv) Gasoduto Cacimbas-CATU, 3 bilhões e 500 milhões de reais; (xv) Ferrovia Norte-Sul (extensão sul), 2 bilhões e 200 milhões de reais (p. 20).

delas pela jurisprudência. Em relação ao tema, as manifestações dos tribunais resumiram-se a análise de questões de direito intertemporal, afirmando o Superior Tribunal de Justiça ser o art. 1º-F da Lei 9.494/1997 norma de direito processual material, incidente para os processos ajuizados após a sua vigência:

"Previdenciário. Agravo regimental no recurso especial. (...). Juros de mora nas condenações contra a Fazenda Pública. Lei n. 11.960/2009. Índices da caderneta de poupança. Aplicação aos processos em andamento. Descabimento. Caráter instrumental material dos juros.

"(...).

"3. Esta Corte Superior de Justiça realizando a exegese do art. 1º-F da Lei n. 9.494/1997, com a redação dada pela Medida Provisória n. 2.180-35/2001, entendeu que este possui natureza instrumental material, na medida em que origina direitos patrimoniais para as partes, e, como corolário lógico dessa ilação, que seus contornos não devem incidir nos processos em andamento.

"4. Esse entendimento aplica-se, *mutatis mutandis*, à alteração promovida pela Lei n. 11.960/2009.

"5. Agravo regimental desprovido."[70]

Desse modo, faz sentido a análise deste entendimento jurisprudencial, apesar de as ideias aqui expostas levarem à conclusão de que o art. 1º-F da Lei 9.494/1997 não teria aplicabilidade alguma. Para tanto, serão analisadas as seguintes indagações:

a) Possui o art. 1º-F da Lei 9.494/1997 natureza de norma de direito processual material ou de direito material?

b) Dependendo da resposta à letra "a", qual o termo inicial de vigência do dispositivo?

70. STJ, 5ª T., Rela. Min. Laurita Vaz, AgRg no REsp 1.198.926-RS, j. 21.9.2010, *DJe* 11.10.2010. No mesmo sentido, cf. STJ, 2ª T., Rel. Min. Mauro Campbell Marques, EDcl no REsp 1.126.264-PR, j. 17.2.2011, *DJe* 10.3.2011; STJ, 6ª T., Rel. Min. Haroldo Rodrigues (Des. convocado do TJCE), AgRg no REsp 1.127.652-SC, j. 27.10.2010, *DJe* 22.2.2010.

### *4.1 As normas de direito processual material e o art. 1º-F da Lei 9.494/1997*

Normas de direito processual material não são das mais comuns. Cuidam elas situações extraprocessuais que afetam, de algum modo, os institutos processuais, com, *e.g.*, ação, competência, prova, coisa julgada e a responsabilidade patrimonial. Cândido Rangel Dinamarco as define como "pontos de passagem entre o direito e o processo":

"Esses institutos – ação, competência, fontes e ônus de prova, coisa julgada e responsabilidade material – são responsáveis por situações que se configuram fora do processo e dizem respeito diretamente à vida das pessoas em sociedade, nas suas relações com as outras ou com os bens que lhe são úteis ou desejados; e só num segundo momento eles são objeto das técnicas do processo, a saber, quando um processo se instaura e então se pensa nas atividades a serem desenvolvidas para sua atuação.

"A ação, a competência, a prova, a coisa julgada e a responsabilidade patrimonial, recebendo do direito processual parte de sua disciplina (técnica), mas também dizendo respeito a situações dos sujeitos fora do processo (às vezes, até antes dele), compõem um setor a que a doutrina denominou direito processual material (Chiovenda). Elas são, portanto, institutos bifrontes: só no processo aparecem de modo explícito em casos concretos, mas são integrados por um intenso coeficiente de elementos definidos pelo direito material e – o que é mais importante – de algum modo dizem respeito à própria vida dos sujeitos e suas relações entre si e com os bens da vida. Constituem pontos de passagem entre o direito e o processo, ou seja, entre o plano substancial e o processual do ordenamento jurídico (Calamandrei)."[71]

Neste sentido, são exemplos de norma de direito processual material:

71. Cândido Rangel Dinamarco, *Institutos de Direito Processual Civil*, vol. I, p. 44.

a) o art. 108 do Código Civil que impõe o instrumento público como requisito dos negócios jurídicos imobiliários com valores superiores a 30 salários-mínimos. A situação nele regulada antecede o processo, mas influi na determinação da prova admitida para a existência do contrato: o instrumento público;

b) o art. 1º da Lei 8.009/1990 que determina o bem de família em razão de situações ocorridas no plano do direito material e o retira do regime de penhorabilidade dos bens futuros e presentes do devedor, estabelecido no art. 594 do Código de Processo Civil.

Uma das peculiaridades importantes das normas de direito processual material diz respeito exatamente à matéria de direito intertemporal. Ao contrário da célebre incidência imediata das normas de direito processual (CPC, art. 1.211), as normas de direito processual material se regem pelo tempo da prática do ato no direito material.

Desse modo, celebrado contrato de compra e venda de imóvel de valor superior a 30 salários, vigerá o art. 108 do Código Civil a impor a necessidade de instrumento público. Acaso posteriormente revogado, os contratos imobiliários futuros dispensarão a solenidade, mas aqueles já executados não serão perturbados pela lei nova.[72]

No mesmo procedimento segue o art. 1º da Lei 8.009/1990, que só terá – ou pelo menos teria – o seu vigor para caracterizar bens de família após a data de sua promulgação, não se aplicando de imediato aos processos já ajuizados e ainda pendentes.[73]

72. José Frederico Marques, *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. I, p. 90.

73. Neste particular, a jurisprudência do STJ é em sentido contrário, tendo a Lei 8.009/1990 como de incidência imediata, nos termos da sua Súmula 205: "A Lei 8.009/1990 aplica-se à penhora realizada antes de sua vigência". No sentido defendido no texto e, ao que parece, com a razão, cf. Cândido Rangel Dinamarco, ob. cit., p. 99.

Nestes termos, o art. 1º-F da Lei 9.494/1997 não pode ser considerado como norma de direito processual material. O seu conteúdo em nada altera institutos de direito processual. A ação, a competência, a prova, a coisa julgada, a responsabilidade patrimonial continuaram sendo os mesmos, exista ou não o dispositivo.

Assim, em verdade, o art. 1º-F da Lei 9.494/1997 é típica norma de direito material. Disciplina a remuneração do capital, a atualização monetária e a compensação da mora, institutos de direito material que não afetam e nem se afetam pela superveniência de um processo.

Sendo assim, parece equivocado vincular a aplicação do art. 1º-F da Lei 9.494/1997 com a data de ajuizamento da ação, sendo mais apropriado de se aplicar as regras elencadas no item 4.2, *infra*.

### *4.2 A vigência do art. 1º-F da Lei 9.494/1997*

Em relação às normas de direito material, é clássica a menção à máxima *tempus regit actum* e à impossibilidade de a lei retroagir para atingir o direito adquirido, ato jurídico perfeito e a coisa julgada. No direito brasileiro, estas normas encontram-se enunciadas nos arts. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil, e 5º, inciso XXVI, da Constituição da República:

"Art. 6º A lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada."

"Art. 5º. (...). XXXVI – a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada."

Quanto aos fatos passados e futuros, não há maiores dificuldades na interpretação de tais dizeres. Ocorridos na vigência da lei velha, são eles regulados por ela, proibindo-se retroações. De outro lado, sucedendo após a promulgação da lei nova, passa a ser esta a lei de regência, não se cogitando mais da lei velha.

Todavia, o mesmo raciocínio não é tão tranquilo para os fatos pendentes (*facta pendentia*), que se originam na lei velha e se estendem para o período da lei nova. Nesta situação, surgem os questionamentos: qual lei aplicar? A velha até a consumação integral do fato e seus efeitos? Ou a nova partir da renovação do fato dentro do seu período de vigor?

A respeito, sugiram várias teses. Paul Roubier, por exemplo, em célebre estudo, defendeu a ideia de aplicação da lei nova a partir da sua edição. Sustentava que não haveria aí retroatividade qualquer, mas apenas incidência imediata sobre os fatos que persistissem após a revogação da lei velha.[74]

Outro modo de solucionar a questão – muito utilizado pela jurisprudência nacional – foi o de dividir a retroatividade em três níveis distintos: máximo, médio e mínimo, conforme ensina José Carlos Matos Peixoto:

"Dá-se a retroatividade máxima (também chamada restituitória, porque em geral restitui as partes ao *status quo ante*), quando a lei nova ataca a coisa julgada e os fatos consumados (transação, pagamento, prescrição). Tal é a decretal de Alexandre III que, em ódio à usura, mandou os credores restituírem os juros recebidos. A mesma categoria pertence a célebre lei francesa de 2 de novembro de 1793 (12 de brumário do ano II), na parte em que anulou e mandou refazer as partilhas já julgadas, para os filhos naturais serem admitidos à herança dos pais, desde 14 de julho de 1789. A carta de 10 de novembro de 1937, art. 95, parágrafo único, previa a aplicação da retroatividade máxima, porquanto dava ao Parlamento a atribuição de rever decisões judiciais, sem executar as passadas em julgado, que declarassem inconstitucional uma lei.

"A retroatividade é média quando a lei nova atinge os efeitos pendentes de ato jurídico verificados antes dela, exemplo: uma lei que limitasse a taxa de juros e não aplicasse aos vencidos e não pagos.

"Enfim a retroatividade é mínima (também chamada temperada ou mitigada), quando a lei nova atinge apenas os efeitos dos atos anteriores produzidos após a data em que ela entra em vigor. Tal é, no direito romano, a lei de Justiniano (C. 4, 32, de *usuris*, 26, 2 e 27 pr.), que, corroborando disposições legislativas anteriores, reduziu a taxa de juros vencidos após a data de sua obrigatoriedade. Outro exemplo: o Decreto-lei 22.626, de 7 de abril de 1933, que reduziu a taxa de juros e se aplicou, 'a partir da sua data, aos contratos existentes, inclusive aos ajuizados' (art. 3º)."[75]

Na doutrina e jurisprudência recente, as retroatividades máxima e média foram sempre condenadas, por implicarem em verdadeira retroação, atingindo o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Já a retroatividade mínima é objeto divergência, tendo sido admitida pelo Código Civil no seu art. 2.035 e pelo Superior

74. A propósito, são as palavras de Paul Roubier: "Si la loi prétend s'appliquer à des fatis accomplis (*facta praeterita*), elle est rétroactive; si elle prétend s'appliquer à des situations en cours (*facta pendentia*), il faudra établir une séparation entre les parties antérieures à la date du changement de législation, qui ne pourraient être atteindes sans rétroactivité, et les parties postérieures, pour lesquelles la loi nouvelle, si elle doit s'appliquer, n'aura jamais qu'un effet imédiat; enfin, vis-à-vis des faits à venir (*facta futura*), il est clair que la loi ne peut jamais être retroactive" (Paul Roubier, *Le Droit Transitoire*, p. 177). Em tradução livre: "Se a lei pretende se aplicar aos fatos realizados (*facta praeterita*), ela é retroativa; se ela pretende se aplicar a situações em curso (*facta pendentia*), será necessário estabelecer uma separação entre as partes anteriores à data da modificação da legislação, que não poderiam ser atingidas sem retroatividade, e as partes posteriores, para as quais a lei nova, se ela deve se aplicar, não terá mais que um efeito imediato; enfim, em face dos fatos a ocorrer (*facta futura*), é claro que a lei não pode jamais ser retroativa".

75. José Carlos Matos Peixoto, "Limite temporal da lei", *Revista Jurídica* da antiga Faculdade Nacional de Direito da Universidade do Brasil, vol. IX, pp. 22-23.

de Justiça,[76] mas rejeitada pelo Supremo Tribunal Federal.[77]

Polêmicas à parte, por não interessarem ao objeto deste trabalho, o certo é que o art. 1º-F da Lei 9.494/1997 só pode valer para os atos praticados após a sua vigência, nos termos dos arts. 6º da Lei de Introdução do Código Civil, e 5º, inciso XXXVI, da Constituição da República.

Neste aspecto, não há que se pensar sequer nos dissensos sobre a retroatividade mínima. É que, ao impor a remuneração do capital, a atualização monetária e compensação da mora pelo emprego do índice oficial da poupança por "uma única vez", o art. 1º-F da Lei 9.494/1997 configuraria retroatividade média, acaso aplicado para traz.

Com efeito, ao dispor desta forma, o art. 1º-F da Lei 9.494/1997 implicaria na desconsideração das taxas de juros remuneratórios, moratórios e de correção monetários devidos previamente, só podendo ser vislumbrado como retroatividade média, jamais mínima.

Assim, para os fatos ocorridos até 29 de junho de 2009 deveria ser considerada a incidência das leis então em vigor – art. 406 do Código Civil e demais leis especiais – pensando-se no art. 1º-F da Lei 9.494/1997 só daí em diante, sem ter que se indagar sobre a época de propositura da ação judicial.

## *5. Conclusão*

Em sede de conclusão, bastam as respostas às perguntas colocadas na introdução (v. item 1, *supra*). A poupança não é parâmetro funcional para desempenhar os papéis de remuneração pelo uso do capital, atualização monetária e compensação da mora, por faltar-lhe em sua composição os juros moratórios correspondentes.

Além disso, a estipulação deste índice pelo art. 1º-F da Lei 9.494/1997 viola o princípio da igualdade em dois aspectos. Primeiro, diferencia, sem justificativa plausível, os juros moratórios de que a Fazenda Pública é devedora daqueles que ela é credora. Demais, confere a esta tratamento distinto ao instituído no art. 406 do Código Civil e aplicado aos particulares, gerando possíveis danos à economia, principalmente na área de infraestrutura, em função do momento pelo que passa o país.

A despeito disto, não se tem notícia de entendimento jurisprudencial que tenha enfrentado a questão, seja para considerar o dispositivo válido ou inválido. Até o momento, o pronunciamento vem se dando apenas na seara do direito intertemporal, para determinar a aplicação do art. 1º-F da Lei 9.494/1997 aos processos ajuizados após a sua vigência.

Contudo, parece equivocada esta orientação, sendo mais apropriado aplicar-se o art. 1º-F da Lei 9.494/1997 aos fatos ocorridos após o seu vigor, tendo em vista o caráter material desta norma e a retroatividade média que esta importaria caso abordasse os efeitos pretéritos à sua promulgação.

## *6. Referências bibliográficas*

ALBUQUERQUE, Leonidas Cabral. "Considerações sobre os juros legais no novo Código Civil". *Jornal Síntese* 77, ano 7, 2003.

ANDRIGHI, Nancy, BENETI, Sidnei, e ANDRIGHI, Vera. *Comentários ao Novo Código Civil*. vol. IX. Rio de Janeiro, Forense, 2008.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos*. 9ª ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2009.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Curso de Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações*. 3ª ed. São Paulo, Ed. RT, 1981.

76. Cf. STF, Pleno, ADI 493, Rel. Min. Moreira Alves, j. 25.6.1992, *DJ* 4.9.1992; STF, 2ª T., Rel. Min. Celso de Mello, RE 461.904 AgR, j. 12.8.2008, *DJe* 29.8.2008.

77. Cf. STJ, 3ª Seção, Rela. Min. Maria Thereza de Assis Moura, REsp 1.096.244-SC, j. 22.4.2009, *DJe* 8.5.2009.

COUTURE, Eduardo J. *Estudios de Derecho Procesal Civil*. t. I, 3ª ed. Buenos Aires, Depalma, 2003.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Institutos de Direito Processual Civil*. vol. I. São Paulo, Malheiros Editores, 2004.

DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado*. 10ª ed. São Paulo, Saraiva, 2004.

LOPEZ, Teresa Ancona. *Comentários ao Código Civil. Parte Especial. Das Várias Espécies de Contratos*. vol. 7. Coord. Antônio Junqueira de Azevedo. São Paulo, Saraiva, 2003.

MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Código Civil*. vol. V, t. II. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro, Forense, 2004.

_____. *Os Juros (Moratórios) Legais: para uma Interpretação do Art. 406 do Código Civil*. Disponível em *http://migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?cod=1426*. Acesso 25.1.2011.

MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. vol. I. Campinas, Millennium, 2000.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 25ª ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2008.

PEIXOTO, José Carlos Matos. "Limite temporal da lei". *Revista Jurídica* da antiga Faculdade Nacional de Direito da Universidade do Brasil. vol. IX, pp. 22-23.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*. vol. II, 23ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 2010.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado. Parte Especial*. t. XLII, 3ª ed. Rio de Janeiro, Borsói.

RIPERT, Georges. *Aspectos do Capitalismo Moderno*. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1947.

RIZZARDO, Arnaldo. "Juros no Código Civil de 2002". *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais da Arbitragem* 22, ano 6, São Paulo, Ed. RT, 2003.

ROUBIER, Paul. *Le Droit Transitoire*. Paris, Dalloz, 1960, p. 177.

SCAVONE JR., Luiz Antônio. *Juros no Direito Brasileiro*. 3ª ed. São Paulo, Ed. RT, 2009.

TEPEDINO, Gustavo, BARBOSA, Heloísa Helena, e MORAES, Maria Celina Bodin. *Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República*. vol. I, 2ª ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2007.

WALD, Arnoldo. *O Novo Direito Monetário. Os Planos Econômicos, os Contratos, o FGTS e a Justiça*. 2ª ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2002.