

Ilegalidade e Inconstitucionalidade da Taxa SELIC

Joacil de Britto Pereira

O novo Código Civil, originário da Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - o qual só entrou em vigor um ano depois de sua publicação (art. 2044), um longo período de *vacatio legis*, portanto, para pleno conhecimento da Nação - buscou, na certa verdade, terminar o debate provindo da vigência da antiga codificação de 1916 a respeito dos juros de mora.

Será que conseguiu esse intento o legislador? É a pergunta que faço, agora, ao abordar este palpitante assunto que tanto interessa aos operadores do Direito em geral, aos magistrados em todas as instâncias, inclusive dos Tribunais Estaduais e dos Superiores, até os da Suprema Corte do país.

A doutrina pátria passou a se preocupar com essa importante temática, em seus diversos aspectos, a começar do tempo para constituir o devedor em mora. Quando se deve conter a fluência desse acessório contra o devedor inadimplente? Também se tem de saber a forma e o lugar para cumprimento da obrigação pelo devedor em mora.

No seu livro “Direito Civil”, 3ª edição, 2003, o civilista Sálvio Venosa nos mostra que os dispositivos da nova Lei Civil sobre juros é matéria não pacífica e encontra discussão na doutrina e na jurisprudência.

Convém fazer, aqui, um estudo comparativo entre os dispositivos da velha codificação e os da nova relativamente a juros.

Título IV

DO INADIMPLENTO DAS OBRIGAÇÕES

CAPÍTULO I
DISPOSIÇÕES GERAIS

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.

Código Civil 1916

Art. 1.056. Não cumprindo a obrigação, ou deixando de cumpri-la pelo modo e no tempo devidos, responde o devedor por perdas e danos.

Art. 390. Nas obrigações negativas o devedor é havido por inadimplente desde o dia em que executou o ato de que se devia abster.

Código Civil 1916

Art. 961. Nas obrigações negativas, o devedor fica constituído em mora, desde o dia em que executar o ato de que devia abster.

Art. 391. Pelo inadimplemento das obrigações respondem todos os bens do devedor.

Código Civil 1916

Art. 1.518. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se tiver mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação.

Art. 392. Nos contratos benéficos, responde por simples culpa o contratante, a quem o contrato aproveite, e por dolo aquele a quem não favoreça. Nos contratos onerosos, responde cada uma das partes por culpa, salvo as exceções previstas em lei.

Código Civil 1916

Art. 1.057. Nos contratos unilaterais, responde por simples culpa o contraente, a quem o contrato aproveite, e só por dolo, aquele a quem não favoreça.

Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.

Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.

Código Civil 1916

Art. 1.058. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito, ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado, exceto nos casos dos arts. 955, 956 e 957.

Parágrafo único. O caso fortuito, ou de força maior, verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar, ou impedir.

Capítulo II

Da Mora

Art. 394. Considera-se em mora o devedor que não efetuar o pagamento e o credor que não quiser recebê-lo no tempo, lugar e forma que a lei ou a convenção estabelecer.

Código Civil 1916

Art. 955. Considera-se em mora o devedor que não efetuar o pagamento, e o credor que não quiser receber no tempo, lugar e forma convençados. (art. 1.058).

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.

Parágrafo único. Se a prestação, devido à mora, se tornar inútil ao credor, este poderá enjeitá-la, e exigir a satisfação das perdas e danos.
Código Civil 1916

Art. 956. Responde o devedor pelos prejuízos a que a sua mora der causa (art. 1.058)

Parágrafo único. Se a prestação, por causa da mora, se tornar inútil ao credor, este poderá enjeitá-la, e exigir a satisfação das perdas e danos.

Art. 396. Não havendo fato ou omissão imputável ao devedor, não incorre este em mora.

Código 1916

Art. 963. Não havendo fato ou omissão imputável ao devedor, não incorre este em mora.

Art. 397. O inadimplemento da obrigação, positiva e líquida, no seu termo, constitui de pleno direito em mora o devedor.

Parágrafo único. Não havendo termo, a mora se constitui mediante interpelação judicial ou extrajudicial.

Código 1916

Art. 960. O inadimplemento da obrigação, positiva e líquida, no seu termo constitui de pleno direito em mora o devedor.

Não havendo prazo assinado, começa ela desde a interpelação, notificação, ou protesto.

Art. 398 Nas obrigações provenientes de ato ilícito, considera-se o devedor em mora, desde que o praticou.

Código 1916

Art 962. Nas obrigações provenientes de delito, considera-se o devedor em mora desde que o perpetrou.

Art. 399. O devedor em mora responde pela impossibilidade da prestação, embora essa impossibilidade resulte de caso fortuito ou de força maior, se estes ocorrerem durante o atraso; salvo se provar isenção de culpa, ou que o dano sobreviria ainda quando a obrigação fosse oportunamente desempenhada.

Código 1916

Art. 957. O devedor em mora responde pela impossibilidade da prestação, embora essa impossibilidade resulte de caso fortuito, ou força maior, se estes ocorrerem durante o atraso; salvo se provar isenção de culpa, ou que o dano sobreviria, ainda quando a obrigação fosse oportunamente desempenhada (art. 1.058)

Art. 400. A mora do credor subtrai o devedor isento de dolo à responsabilidade pela conservação da coisa, obriga o credor a ressarcir as despesas empregadas em conservá-la, e sujeita-o a recebê-la pela estimação mais favorável ao devedor, se o seu valor oscilar entre o dia estabelecido para o pagamento e o da sua efetivação.

Código 1916

Art. 958. A mora do credor subtrai o devedor isento de dolo à responsabilidade pela conservação da coisa, obriga o credor a ressarcir as despesas empregadas em conservá-la, e sujeita-o a recebê-la pela sua mais alta estimação, se o seu valor oscilar entre o tempo do contrato e o do pagamento.

Art. 401 Purga-se a mora:

I - por parte do devedor, oferecendo este a prestação mais a importância dos prejuízos decorrentes do dia da oferta;

II - por parte do credor, oferecendo-se este a receber o pagamento e sujeitando-se aos efeitos da mora até a mesma data.

Código 1916

Art. 959. *Purga-se a mora:*

I- Por parte do devedor, oferecendo este a prestação, mais a importância dos prejuízos decorrentes até o dia da oferta;

II – por parte do credor, oferecendo-se este a receber o pagamento e sujeitando-se aos efeitos da mora até a mesma data;

III – por parte de ambos, renunciando aquele que se julgar por ela prejudicado os direitos que da mesma lhe provierem.

A voracidade com que o Poder Público se lança sobre o contribuinte, em nosso país, para cobrar juros de mora, juros compensatórios, multas de mora, correção monetária, taxas das mais diversas denominações, chega, na certa verdade, a constituir verdadeiras extorsões. O atraso no cumprimento da obrigação de pagar qualquer tributo leva o Fisco a pedir pelo retardamento de abusivas indenizações, convencionais ou ilegais.

Ora, na vigência do Código revogado, a taxa de juros de mora era de 6% ao ano, como estabelecia o art. 1062, se não houvessem as partes acordado outra taxa. Podiam elas, porventura, ajustar uma taxação diferente. Mas, se houvesse ajuste prévio, ter-se-ia, de qualquer forma, de respeitar a limitação fixada na Lei de Usura (Decreto n.º 22.626, de 07.04.33). Em seu art. 1º, este diploma, que não foi revogado, determina que os juros acertados pelas partes não podem ser superiores ao dobro da taxa legal. Vem sendo tal dispositivo amplamente desrespeitado; os advogados que atuam em causas trabalhistas e previdenciárias sabem muito bem que os juros de mora, nessas duas esferas, são de 1% ao mês, portanto, de 12% ao ano. Em matéria previdenciária, a jurisprudência adota o mesmo percentual de 1% ao mês. Isso apesar de no Plano de Custeio (Lei n.º 8.212/91, no seu art. 45, § 4º) e no Plano de Benefícios, ao tratar da contagem recíproca de tempo de serviço (Lei n.º 8.231/91, no seu art. 96, inciso IV), fixa igualmente o mesmo percentual.

Aliás, o Código Tributário Nacional, no art. 161, estabelece:

“Art. 161. O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas nesta Lei ou em lei tributária.

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

§2º O disposto neste artigo não se aplica na pendência de consulta formulada pelo devedor dentro do prazo legal para pagamento do crédito.”

Veio, agora, a nova codificação civil - que o Professor Miguel Reale chama de “Constituição do Homem Comum” - e, no art. 406, reza:

“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.”

Gera-se, no espírito do intérprete, uma perplexidade muito séria. Como vai rever a jurisprudência dos novos Tribunais? O novo Código Civil não pacificou a dissensão, que é antiga.

O Juiz Federal e Professor de Direito Civil da Universidade Federal da Paraíba - UFPB, Rogério de Menezes Fialho Moreira, em estudo que publicou no livro “O Novo Código Civil – Questão Controvertidas”, sob o título “A Nova Disciplina dos Juros de Mora: Aspectos Polêmicos”, manifesta-se sobre a utilização da taxa de 1% ao mês, prevista no Código Tributário Nacional, e não aceita a cobrança da Taxa SELIC.

Ora, é amplamente sabido que a conceituação de tributos é antiga. Como ensina Aliomar Baleeiro:

“A Constituição de 1946 utilizava a palavra tributos no sentido genérico, para abranger três contribuições de caráter coativo (exceto as pessoas pecuniárias e reparações de guerra), a saber: a) impostos; b) taxas; c) contribuições de melhoria”.¹

E, acrescentou o mestre baiano, que foi eminente Professor de Finanças no seu Estado natal, também no Rio e em Brasília, além de Deputado Federal, Ministro do Supremo Tribunal Federal e Presidente daquela Corte Judiciária:

“Essa terminologia, quanto aos impostos e taxas, como espécies do gênero tributário, vem desde o começo do regime republicano de 1891, quando Amaro Cavalcanti já distinguia aqueles dois gravames, embora, não houvesse diferenciado as taxas e preços.”²

E prossegue o notável Baleeiro, citando o grande vulto do Rio Grande do Norte, onde, ainda hoje, é conhecido pela honrosa alcunha de “o Rui Barbosa norte-riograndense”:

“Taxa” – ensinava o ilustre publicista da 1ª República – “designa contribuição que os indivíduos pagam por um serviço diretamente recebido”; “enquanto pelas taxas, o indivíduo procura obter um serviço que lhe é útil pessoalmente, individualmente, o Estado, ao contrário, procura pelo imposto, os meios de satisfazer as despesas necessárias da administração ou

¹ BALEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro**. Rio: Forense, 1970. p. 33.

² Aut. ob. cit, p. 33.

indispensáveis ao bem comum, tais como a manutenção da ordem etc.”³

Por fim, aquele emérito mestre disse:

“Não diferia a interpretação jurisprudencial, como se pode observar, por exemplo, do acórdão do Supremo Tribunal federal de 17 de dezembro de 1924:

A taxa distingue-se do imposto, consistindo este na contribuição de todos os membros da sociedade, ou de uma parte deles, para as despesas do Governo, ao passo que aquela tem por objeto a remuneração de um dado serviço público e a ela somente estão sujeitos os contribuintes que dela se aproveitam e, quando obrigatória, por motivo superior de saúde, como na espécie, todas as pessoas a quem o Estado ministra diretamente a utilidade”⁴

É verdade que se tentou fazer distorção do conceito desse tipo de tributo, mas não triunfou essa confusão “maliciosa”, permanecendo, na doutrina, na legislação do tempo e no constitucionalismo histórico, o entendimento de que são taxas os tributos destinados a remunerar serviços públicos prestados ao contribuinte, que delas se utiliza, ou que os tem permanentemente à sua disposição.

Deixo de discorrer sobre a contribuição de melhoria, como espécie do gênero tributo - portanto, de caráter compulsório, já que a pessoa paga pela obra ou pelo serviço que valorizou a sua propriedade - porque pouco interessa ao objeto deste estudo.

Ora, tributo é toda contribuição pecuniária, instituída, através de lei, com caráter compulsório, pela União, pelo Estado, pelo Distrito Federal

³ Idem.

⁴ Aut. ob. cit. pp. 33/34.

e pelos Municípios, no uso da competência, constitucional de cada uma dessas pessoas de Direito Público Interno. Os tributos são impostos, taxas e contribuições de melhoria.

As contribuições parafiscais, arrecadadas pelas instituições previdenciárias, surgiram depois, com a evolução do Direito Tributário, do Direito Fiscal e da Ciência das Finanças.

Foi este neologismo “parafiscal”, originário da França, quando do inventário Schuman, fruto da rica imaginação gaulesa, e logo o Brasil o copiou, como forma híbrida, por vezes considerados como taxas, outras vezes, impostos.

O que, porém, cumpre-nos, nesta dissertação, é pinçar a taxa, para mostrar como se tem disfarçado a cobrança da taxa, através de juros de mora ou de juros compulsórios, sobrecarregando o contribuinte, ilegalmente, com afronta inclusive à Constituição do País.

A ganância do Poder Público, no Brasil, levou-nos a um verdadeiro delírio tributário, sobretudo na utilização da prática constante de cobranças de juros que são verdadeiros disfarces de impostos, ou de taxas que desrespeitam e afrontam a Lei de Usura e o novo Código Civil, de 2002.

No seu trabalho aqui invocado, o Juiz Federal e Professor de Direito Civil da Universidade Federal da Paraíba (UFPB) Rogério de Menezes Fialho Moreira enfoca, com mestria, os ‘Juros de Mora’ no novo Código Civil (Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002). Preleciona assim:

“Juros de Mora: Como já visto, constituem a pena imposta ao devedor pelo atraso no cumprimento da obrigação. É indenização pelo retardamento na execução do débito, podendo ser convencionais ou legais.

Na vigência do Código de 1916, a taxa de juros de mora, quando não convencionada, era de 6% ao ano (art. 1062). Se convencionada, deveria guardar o limite da Lei de Usura (Decreto n.º

22.626, de 7. 04. 33) que, em seu art. 1º, determinava que os juros acertados pelas partes não poderiam ser ‘superiores ao dobro da taxa legal’, vale dizer, não poderiam exceder ao percentual de 12% a.a.

Nas causas tributárias o índice dos juros de mora era de 1% ao mês.

Grande era a controvérsia quanto à matéria previdenciária, orientando-se a jurisprudência, a meu pensar equivocadamente, pelo percentual também de 1% ao mês, sob o fundamento de que se tratava de ‘obrigação alimentar’. Ora, nenhum diploma legal dispunha que, nas prestações de alimentos, os juros seriam superiores aos legais, previstos no artigo 1.062 do Código Civil de 1916.

Demais disto, é bom frisar que a própria norma previdenciária previa o percentual de 0,5 % ao mês, tanto no Plano de Custeio (Lei 8. 212/91, art. 45, parágrafo 4), quanto no Plano de Benefícios, ao cuidar da contagem recíproca de tempo de serviço (Lei 8.213/91, art. 96, IV).”⁵

Em continuação, analisa o professor e magistrado paraibano o art. 406 do Novo Código:

“Apenas aparentemente restou pacificado o antigo debate. Alguns juízes passaram a aplicar a taxa SELIC (Sistema Especial de Liquidação e de Custódia) para títulos federais, também como taxa de juros moratórios nas condenações judiciais em todos os processos, qualquer que fosse a matéria discutida nos autos. Aquelas decisões ressalvam, evidentemente, a impossibilidade de cumulação com a correção monetária, vez que a SELIC também cumpre a mesma finalidade desta última.

A esse respeito, o eminente Juiz Federal Rafael Castegnaro Trevisan, da 1ª. Vara de Passo Fundo – RS, assim se manifestou: ‘Acho que não cabe ao Poder Judiciário questionar a soberana decisão do

⁵ MOREIRA, Rogério de Meneses Fialho. **A Nova Disciplina dos Juros de Mora: aspectos polêmicos**, In: **O Novo Código Civil: questões controvertidas**. São Paulo: Editora Método, 2003 p. 276.

Congresso Nacional no sentido de estabelecer a SELIC (o juro atualmente praticado nos débitos tributários) como juro legal também nas relações privadas. Adequada do ponto de vista econômico ou não, onerosa ou não, a lei é clara, e é lei. Não entendo que isso constitua fundamento para a decisão - a meu ver prevalece a legalidade, não a preferência do Poder Judiciário -, mas também acho que a SELIC é um bom critério para os juros no caso em questão, pois no mercado de capitais é considerado o juro básico do mercado, na economia. A taxa média dos CDI (certificados de depósito interbancários) é praticamente equivalente à SELIC, pois o governo, enquanto evidente maior devedor do país, é quem dita o 'valor de mercado' dos juros básicos.

Entretanto, vale observar que a SELIC não tem natureza de juros de mora, e sim de juros compensatórios. Além da finalidade de atualização monetária, essa taxa visa remunerar o capital representado pelos títulos federais. Mesmo quando utilizada na cobrança de impostos, taxas e contribuições, a natureza é compensatória, e não moratória. Sacha Calmon leciona que 'em direito tributário é o juro que recompõe o patrimônio estatal lesado pelo tributo não recebido a tempo' e que, em consequência, não pode ser utilizado para a prestação dos serviços públicos. Logo, como não recebeu o tributo a tempo e modo, o Estado precisa valer-se de outras fontes de renda, lançando mão, no mais das vezes, da emissão de títulos públicos.

É verdade que o dispositivo legal que determina a utilização da SELIC como taxa de juros aplicáveis, a partir de 1º de abril de 1995, para os tributos arrecadados pela Secretaria da Receita Federal, fez remissão a lei anterior que afirmava tratar-se de 'juros de mora'. Contudo, tal circunstância não seria suficiente, por si só, para a definição da sua natureza, quando tudo leva a crer tratar-se de remuneração à Fazenda pela privação dos recursos públicos, e não mera penalidade pelo atraso, superando mesmo a tradicional doutrina segundo a qual, em direito tributário, não existem juros compensatórios.

Daí porque a discussão sobre tal ponto ainda não serenou. No Superior Tribunal de Justiça há importante precedente, relatado pelo Ministro Franciulli Neto, no sentido de que a aplicação da taxa SELIC, mesmo na cobrança dos tributos federais, seria inconstitucional.

Nada obstante não seja o tema específico deste estudo, e sem embargo das críticas à conclusão pela inconstitucionalidade da SELIC, e de outros acórdãos do mesmo Superior Tribunal de Justiça em sentido contrário, vale a transcrição da ementa do julgado, por ser extremamente elucidativa quanto à natureza e elementos de composição daquele taxa.

Ementa. Tributário. Empréstimo compulsório. Aplicação da taxa SELIC. Art. 39, § 4º, da Lei 9.250/95. Argüição de inconstitucionalidade.”⁶

Na verdade, juros calculados com arrimo na SELIC não são tecnicamente juros moratórios, mas forma camuflada de tributo. O art. 406 do atual Código Civil determina que os juros moratórios só podem ser cobrados à razão de taxa em rigor para a mora dos impostos devidos à Fazenda Nacional.

O Código Tributário Nacional, no art. 161, § 1º, preceitua:

“Se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa a de um por cento ao mês.”

Bem se vê, portanto, que a única taxa de juros de mora prevista, em nosso País é a de 1% ao mês. Encontramos tal previsão no art. 161, § 1º, do Código Tributário Nacional. Aliás, o seminário sobre o novo Código Civil, realizado em Brasília, em setembro de 2002, aprovou o seguinte:

⁶ Aut. ob. cit. pp. 277/278.

Enunciado 20 – “ 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”.

Em seus comentários aos anunciados dispositivos do Estatuto Civil em vigor, a Professora Maria Helena Diniz prelecionou:

“Juros moratórios legais. Se as partes não convencionarem os juros moratórios ou os estipularem sem determinação da taxa, serão eles sempre devidos, na taxa que estiver vigorando para a mora de pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional.”⁷

E, acrescenta aquela mestra:

“Hoje tal taxa é, no entendimento de muitos, a SELIC (Sistema Especial de Liquidação e Custódia – Lei n.º 9.779/99) e não incide sobre ela atualização monetária. Mário Luiz Delgado defende a aplicação da SELIC visto que ‘os juros moratórios de 0,5% ao mês sempre foram apontados como causa de morosidade da Justiça, por constituir estímulo decisivo a que as partes, já condenadas ou sem possibilidade de êxito nas respectivas demandas, viessem a adiar o pagamento de seus débitos. Com o aumento dos juros de mora para a taxa SELIC, o devedor em mora, certamente, haverá de priorizar o pagamento’. Para Fábio Ulhoa Coelho, os juros legais incidentes nas obrigações de direito privado também são os da taxa SELIC, desde o mês seguinte ao do vencimento até o anterior ao da execução tardia, acrescidos de 1% referente a este último mês (Lei n.º 8.981/95, art. 84, I e §§ 1º e 2ª.) Esclarece-nos, ainda, que está proibida a capitalização dos juros legais consecutivos, calculados com base na lei. Enquanto não houver, diz ele, preceito autorizando incidência de juros sobre

⁷ DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. 11 ed. Rev. aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 390.

juros na mora dos impostos federais, os juros legais nas relações privadas também não poderão ser capitalizados. Todavia, pelo Enunciado n° 20 (aprovado na Jornada de direito civil, promovida em setembro de 2002, pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal): ‘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 média SELIC (TMS) 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 (ora revogado) da Constituição Federal, se resultarem juros reais superiores a 12% (doze por cento) ao ano’ (no mesmo sentido: TJRS, Ag. 70007258098, j. 29-10-2003, rel. Des. Henrique O.P. Roenick).”⁸

Concordo plenamente com o subsídio jurisprudencial, do Acórdão do STJ, relatado pelo Ministro Franciulli Neto, aqui trazido à colação na obra da civilista Maria Helena, que ensina Direito Civil Comparado na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

Entendo que vivemos no Brasil, em que a Ordem Econômica e Financeira é um verdadeiro caos. A própria Constituição Federal é infringida, constantemente. O art. 192 da “Constituição Cidadã” sofreu alteração pela Emenda Constitucional n.º 40/2003, que revogou, dentre outros dispositivos, o § 3º. Este limitava os juros em 12% ao ano. O art. 192 passou a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 192. O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem,

⁸ Aut. ob. cit p. 391.

abrangendo as cooperativas de crédito, será regulado por leis complementares que disporão, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram.”

Uma vergonha! Uma emenda que beneficia o capital estrangeiro abriu as portas à ganância e à voracidade do capitalismo nacional e forâneo. Permitiu o abuso de criação de juros extorsivos, como os da Taxa SELIC, “que tem natureza híbrida, constituindo ora (...) atualização monetária, ora de juros compensatórios”, como afirmou o Relator em seu voto vencido do aresto por maioria de votos do STJ, aqui já referido.

A doutrina vem sufragando entendimento de repúdio a essa taxa infame. Faço minhas as palavras do Juiz Federal Rogério de Menezes Fialho Moreira, no seu estudo já tantas vezes aqui citado neste ensaio jurídico despretensioso, que é, no entanto, um grito de um velho advogado com mais de cinqüenta anos de militância:

“Por fim observo que a utilização da taxa SELIC, além do grave inconveniente representando pela natureza dúplice, impedindo a verificação da parcela relativa unicamente aos juros de mora, também implica excessiva operosidade, a ser imposta em todas as obrigações.

Tome-se o exemplo da taxa SELIC vigente em meado de 2003, fixada pelo COPOM em 26% ao ano. Além dos juros renumeratórios ajustados, incidentes desde o início da obrigação, pode haver, ainda, a incidência dos juros de mora, a partir da citação, que também podem ser convencionados pelas partes até o dobro dos juros legais. Vale dizer o patamar, para estes últimos, a par dos juros de remuneração do capital, atualmente seria de até 52% ao ano, para os que defendem a aplicabilidade da SELIC, ou de até 24%, prevalecendo o entendimento de que deva ser aplicado o CTN.

É evidente o gravame excessivo para o obrigado, em pagar juros de mora de até 56% ao ano, além dos juros renumeratórios, sobretudo em época de estabilidade da inflação. A filosofia do novo

Código, que deve informar inclusive a interpretação de todos os seus dispositivos, é no sentido de inadmitir vantagem exclusiva para apenas uma das partes.

Os juros de mora têm a finalidade de desestimular o inadimplemento das obrigações. Não devem ser fixados em patamar extremamente baixo, de modo a que seja vantajoso para o devedor a discussão infundada do débito em Juízo, ante a melhor remuneração do capital no mercado financeiro. Mas, por outro lado, não podem ser escorchantes, inibindo mesmo o devedor com direito discutível de pleitear a revisão da sua obrigação.

Portanto, a interpretação que melhor se adequa ao espírito do Código Civil em vigor é a de que a taxa de juros legais referida no seu art. 406 é a de 1% ao mês.”⁹

Assim, deve prevalecer a interpretação de que o novo Código Civil procurou corrigir a confusão instaurada no Sistema Financeiro Nacional, com essa parafernália que foi a criação da SELIC, a partir de 2003.

Tarcísio Nevian, tributarista brasileiro com curso de Pós-Graduação na Faculdade de São Paulo, no seu livro “A Restituição de Tributos Indevidos, Seus Problemas, Suas Incertezas”, Editora Resenha Tributária, ofereceu-nos um importante estudo sobre a repartição dos tributos indevidos em matéria tributária.

A análise criteriosa da cobrança dessa taxa SELIC, no País, a partir do ano de 1995, leva-me à conclusão inevitável de que esse é um tipo de taxação que, uma vez paga, caracteriza caso de repetição do indébito tributário, porque inconstitucional.

Ora, não há imposto sem lei anterior que o institua. A hipótese em discussão é a de criação de um imposto disfarçado. O fundamento do pedido de restituição é o enriquecimento sem causa. Todo aquele que receba o que não lhe é devido está obrigado a restituir. Não se pode tolerar

⁹ MOREIRA, Rogério de Menezes Fialho. **A Nova Disciplina dos Juros de Mora: aspectos polêmicos.** In: **O Novo Código Civil: questões controvertidas.** São Paulo: Editora Método, 2003. pp.282/283.

que as autoridades fiscais continuem valendo-se de artifícios e de disfarces impunemente, pois trata-se de um desrespeito à Constituição.

Muitas são as decisões dos nossos tribunais superiores favoráveis à restituição de tributos pagos indevidamente à Fazenda Pública. Ora, no caso dessa taxa SELIC, o contribuinte basta provar que pagou esse tributo indevido e argüir a sua inconstitucionalidade, para, em ação própria, obter a restituição. Recomendável, pois, a propositura dessa demanda pelo sujeito passivo, obrigado a pagar a taxa SELIC. O fundamento do pedido de restituição é o enriquecimento sem causa. É direito de quem pagou esse tributo indevidamente exigir o reembolso dos valores mal pagos.

Não há, no caso dessa taxa, instituída desde 1995, lei que a tivesse criado, e, se houvesse essa lei, seria ela inconstitucional. Essa taxa, pois, é nenhuma, porque nula de pleno direito, estando a Fazenda Pública obrigada a restituir o que recebeu, porque mal recebida. Notadamente agora, quando vivemos no Estado da Democracia de Direito e estamos sob a vigência do novo Código Civil.

Como afirmou o eminente tributarista Ives Gandra da Silva Martins, no Prefácio que escreveu para o livro do seu colega Tarcísio Neviani, “A Restituição de Tributos Indevidos, seus Problemas, suas incertezas”, essa obra é uma.

“(…)utilíssima contribuição ao estudo da matéria, que deverá, certamente, influenciar a reformulação conceitual de posicionamentos clássicos, decididamente nascidos, a partir da estreita visão da lei complementar e da nenhuma percepção dos princípios da Magna Carta, com o que, muitas vezes, o ‘tributo indevido’, passa a ser ‘tributo devido’, por mecanismos, a seu ver e a meu, inconstitucionais e imorais, pois permissivos da inviabilidade da sua repetição.”¹⁰

¹⁰ MARTINS, Ives Gandra da Silva. *In*: NEVIANI, Tarcísio. **A Restituição de Tributos Indevidos, Seus Problemas, Suas Incertezas**. São Paulo: Ed. Resenha Tributária, 1983. p 16.

E, termina o ilustre civilista exaltando aquela obra:

“Corajosa, exemplar, profunda, admirável, consciente e preservadora da pureza da lei maior e dos verdadeiros fundamentos da justiça tributária é a obra do eminente jurista Tarcísio Neviani, que tenho o privilégio e a honra de prefaciá-la.”¹¹

Aliás, o tema escolhido pelo tributarista Neviani é palpitante, mas escasso no idioma português, como ele mesmo o disse:

“É minguada a literatura brasileira ou em idioma português a respeito da restituição de tributos indevidos. Quase inexistente é a literatura brasileira que aborde o problema nos seus aspectos interdisciplinares que interligam a Economia, as Finanças Públicas e o Direito. Somente a jurisprudência brasileira, necessitada de, por algum modo, decidir as lides que lhe têm sido submetidos ao longo do tempo, procurou aliar princípios civilísticos com idéias emprestadas de algumas teorias financeiras ou econômicas muito mal definidas, conjugou tudo com a necessidade do erário de arrecadar a qualquer custo e saiu por uma corrente dominante eivada de defeitos conceituais, afastada das verdades científicas pertinentes, dando assim surgimento a um fenômeno preocupante, qual seja o do império do preconceito. Se preconceito é conceito falso, urge que se evite que a repetição contínua de falsidades as erija por fim em “verdades” que todos venham a pacificamente aceitar. De fato, atribui-se a Mussolini, o ditador fascista da Itália dos anos 1922 a 1945, a afirmação de que “a mentira coerente e insistentemente repetida torna-se verdade indiscutível...”¹²

No Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do Recurso Especial n.º 21.588- PR, a 2ª Turma prolatou tímida decisão sobre essa matéria, em 13.06.2000, página 13. Os argumentos do bravo relator,

¹¹ Aut. ob. cit. p. 17.

¹² NEVIANI, Tarcísio. **A Restituição de Tributos Indevidos, Seus Problemas, Suas Incertezas**. São Paulo: Ed. Resenha Tributária, 1983. pp. 3/4.

o Ministro Franciulli Neto, aceitou a argüição da inconstitucionalidade da taxa SELIC. A ementa daquele julgado elucida muito bem a questão. Está transcrita no estudo do Juiz e Professor Universitário Rogério de Menezes Fialho, aqui referido.

A Corte Especial do STJ, por maioria, não conheceu da argüição de inconstitucionalidade. O relator designado para o Acórdão foi o Ministro Nilson Neves (DOU de 08.04.2002).

É preciso ter coragem para proclamar o Direito. É oportuno lembrar a sentença de Rui Barbosa: “O bom ladrão salvou-se, mas não há salvação para o juiz covarde”.

Sei que a tese que ora defendo é uma questão polêmica. Adoto, no entanto, o ponto de vista de que o § 4º do art. 39, da Lei 9.250, de 26 de dezembro de 1995, é inconstitucional. E entendo que a Taxa SELIC não sendo indevidamente aplicada como se fora sucedânea dos juros de mora, quando, na verdade passou caráter de juros moratórios, implicando em se cobrir de juros sobre juros, o que constituem uma ilegalidade. Além do mais, a Taxa SELIC significa um aumento de tributo, sem lei que específica que a tenha criado. Isso em flagrante desrespeito ao art. 15, inciso I da Constituição Federal.

Assim, junto a este estudo dois artigos: o primeiro, intitulado **RECENTE DECISÃO DO STJ PÕE EM DÚVIDA A CONSTITUCIONALIDADE DA TAXA SELIC**, foi escrito pelos tributaristas Gilberto Luiz do Amaral e Pablo Andrez Pinheiro Gubert; o outro, uma publicação sob o título **SELIC é Ilegal**, foi distribuído por Pinto Guimarães Advogados Associados.

ANEXO 1

RECENTE DECISÃO DO STJ PÕE EM DÚVIDA A CONSTITUCIONALIDADE DA TAXA SELIC

“A Resolução nº 1.124/96 do Conselho Monetário Nacional instituiu a taxa SELIC, definida pelas Circulares BACEN 2.868/99 e 2.900/99, assim dispôs: ‘define-se taxa SELIC como a taxa média ajustada dos financiamentos apurados no Sistema Integrado de Liquidação e Custódia (SELIC) para títulos federais.’

Esta taxa, além de refletir a liquidez dos recursos financeiros no mercado monetário, tem a característica de juros remuneratórios ao investidor. Teratologicamente, desconsiderando a natureza deste índice, a SELIC foi utilizada para driblar a limitação legal dos juros moratórios dos débitos tributários, de 1% ao mês, de acordo com o art. 161, §1º do Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172, de 25/10/1966).

Verifique-se a discrepância deste índice com os demais indicadores econômicos oficiais. Compare-se a SELIC dos três últimos anos com o INPC/FGV e IPC/FIPE para o mesmo período.

Diferenças estas que se acentuam especialmente em anos de deflação, como 1998. O próprio STJ já vinha, em decisões minoritárias, manifestado discordância com a aplicação da SELIC, na mesma esteira de outros índices que refletem a valorização de títulos, como a ANDIB/CETIP. Cite-se, *e.g.*, o enunciado de número 176 daquele Superior: ‘Súmula 176: É nula a cláusula contratual que sujeita o devedor à taxa de juros divulgada pela ANDIB/CETIP.’

No excerto do voto vencido do Min. FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, o II. Magistrado enfrenta o problema da ausência de previsão legal para a utilização da SELIC:

Senhor Presidente, só aplico a SELIC no imposto de renda. A lei expressamente declara que a restituição e a compensação do Imposto de Renda se fazem com a SELIC. Em termos gerais a SELIC é taxa de juros. Mas há lei neste País subordinando o Estado ao pagamento de taxa de juros de, no máximo, 1%. Julgamos nesta Turma um caso célebre de uma Prefeitura de Minas Gerais em que se pretendia aplicar a taxa ANDIB/CETIP prima carnal da SELIC, inaplicável aos contratos, consoante a Súmula 176 deste STJ. Além do mais não há lei definindo o que seja taxa SELIC. Procurei exaustivamente, vali-me dos serviços da biblioteca e conversei com os procuradores, pois quem recorre das decisões é a Fazenda Nacional, vale dizer, é um órgão público federal que se insurge contra a aplicação da SELIC.

Ora, se é assim - não havendo nenhuma disposição legal definindo taxa SELIC ao passo que todas as instruções normativas do Banco Central definem a taxa SELIC como juros - , não posso aplicá-las às dívidas definidas nas ações de restituição de indébito, por exemplo, porque não há previsão da lei para esse efeito. O que há, sim, é apenas a previsão legal disciplinadora da cobrança e devolução do Imposto de Renda; nenhuma outra lei faz a mínima referência ao que seja SELIC.

Dentro dessa realidade, o meu posicionamento é no sentido de que, no caso, não vale a aplicação da SELIC, porque taxa de juros, e não medição de inflação. Aliás, quanto à prima da SELIC, a UFIR, o próprio Supremo Tribunal Federal disse que se

trata de taxa de juros, medida de inflação futura. Não posso conceber a taxa SELIC seja válida e exigida, por exemplo, no mês de maio passado [05/99], quando todos os instrumentos de medição de inflação desse país acusaram deflação.

A FIPE, talvez hoje o mais badalado destes institutos de pesquisa inflacionária por ser de São Paulo, acusou deflação de 0,38% em maio. A taxa SELIC, ao contrário, está indicando projeção para cima, porque diz respeito à taxa de juros. Esse é o fato. Por isso, por não haver nenhuma disposição legal definindo o que seja taxa SELIC e, ao contrário, existindo disposições legais que não permitem a acumulação de juros e limitam o pagamento de juros pelo Estado, acima da taxa legal de 1%, também nego aplicação ao caso.

Recentemente (13/06/00) o Ministro do C. STJ, Dr. FRANCIULLI NETTO, admitiu, em sede de Recurso Especial, o exame incidental da inconstitucionalidade da Taxa SELIC, desconsiderando os precedentes dos Tribunais Superiores, assim ementado:

TRIBUTÁRIO. EMPRÉSTIMO COMPULSÓRIO. APLICAÇÃO DA TAXA SELIC. ART. 39, §4º, DA LEI 9250/95. ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE.

I - Inconstitucionalidade do §4º do art. 39 da Lei 9250 de 26 de dezembro de 1995, que estabeleceu a utilização da taxa SELIC, uma vez que esta taxa não foi criada para fins tributários.

II - Taxa SELIC, indevidamente aplicada como sucedâneo dos juros moratórios, quando na realidade possui natureza de

juros remuneratórios, sem prejuízo de sua conotação de correção monetária.

III - Impossibilidade de equiparar os contribuintes com os aplicadores; estes praticam ato de vontade; aqueles são submetidos coativamente a ato de império.

IV - Aplicada a Taxa SELIC há aumento de tributo, sem lei específica a respeito, o que vulnera o art. 150, inciso I, da Constituição Federal.

V - Incidente de inconstitucionalidade admitido para a questão ser dirimida pela Corte Especial.

VI - Decisão unânime.

Esta decisão unânime remeterá a disputa à Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça. O Il. Ministro reportou, em seu voto, 19 pontos em que é patente a inconstitucionalidade da acenada taxa. O ponto nevrálgico da questão, como se anota na fundamentação do aresto, é que o índice, dada sua natureza, não foi criado nem se presta a fins tributários, visto não existir em nenhuma lei do ordenamento positivo a sua previsão.

Em verdade, e o disse em todas as letras o afamado Ministro, 'em matéria tributária, tanto a correção monetária como os juros devem ser previstos em lei'. Mas tal previsão, no que atine a SELIC, não há em todo o ordenamento positivo. A lei não definiu o que é SELIC, o fez, pelo contrário, o BACEN, pois essa taxa é a remuneração do investimento do capital.

Como anota, ainda, o Ministro, 'mesmo nas hipóteses em que é dada a opção ao contribuinte pelo pagamento parcelado com quotas acrescidas com juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia, tenho-a como inconstitucional.' Isto porque o

parcelamento não deixa de ser contrato administrativo estritamente vinculado à lei, e só a ela.

A lei complementar que em nosso direito positivo dispõe sobre a aplicação de juros e correção aos débitos tributários é o Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172, de 25/10/1966), especificamente em seu artigo. 161, § 1º. A norma hospedada neste artigo prevê a aplicação de juros moratórios de um ponto percentual, salvo disposição legal contrária. A Lei Ordinária 9250/95 não estatuiu a SELIC, apenas estabeleceu seu uso. Tal lacuna gerou a disparidade existente entre sua natureza remuneratória de um lado, e sua utilização como compensação moratória de outro.

A SELIC é uma arma carregada nas mãos da administração pública, que pode manipulá-la ao seu bel prazer, visto que controla integralmente a aferição de seus índices. É instrumento arrecadatário que deita por terra o princípio da estrita legalidade tributária, visto que os tributos (aí incluídas as contribuições previdenciárias) poderão ser majorados por mera manipulação de índices. A cristalização das normas tributárias, clara opção do legislador pátrio, tem por escopo o controle dos abusos da administração, tais como o que ora se debate, no qual a SELIC é mera ferramenta arrecadatária, e não vontade legal.

Caberá, portanto, no segundo semestre deste ano, à Corte Especial do STJ o julgamento da constitucionalidade da taxa SELIC para fins tributários.”

ANEXO II

SELIC É ILEGAL

“JUROS DE MORA - Goiânia, GO - 9 de Setembro de 2002 - Publicada no Diário de Justiça da União, a segunda decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que julgou ilegal e inconstitucional a utilização da Taxa SELIC para fins tributários.

No dia 17 de junho de 2002 foi publicada, no Diário de Justiça da União, a segunda decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que julgou ilegal e inconstitucional a utilização da Taxa SELIC para fins tributários. Os principais argumentos nos quais foi fundamentada a decisão estão consubstanciados no acórdão da Segunda Turma do STJ, cuja relatora foi a Ministra Eliana Calmon.

Leia-se o trecho da ementa do acórdão que trata da ilegalidade da Taxa SELIC:

‘A Taxa SELIC para fins tributários é, a um tempo, inconstitucional e ilegal. Como não há pronunciamento de mérito da Corte Especial deste egrégio Tribunal que, em decisão relativamente recente, não conheceu da argüição de inconstitucionalidade correspectiva (cf. Incidente de Inconstitucionalidade no Resp. nº. 215.881/PR), permanecendo a mácula também na esfera infraconstitucional, nada está a empecer seja essa indigitada Taxa proscrita do sistema e substituída pelos juros previstos no Código Tributário (artigo 161, §1º, do CTN).

A utilização da Taxa SELIC como remuneração de títulos é perfeitamente legal, pois, toca ao BACEN e ao Tesouro Nacional ditar as regras sobre os títulos públicos e sua remuneração. Nesse ponto, nada há de ilegal ou inconstitucional. A balda exsurgiu quando se transplantou a Taxa SELIC, sem lei, para o terreno tributário.

A Taxa SELIC ora tem a conotação de juros moratórios, ora de remuneratórios, a par de neutralizar os efeitos da inflação, constituindo-se em correção monetária por vias oblíquas. Tanto a correção monetária como os juros, em matéria tributária, devem ser estipulados em lei, sem olvidar que os juros remuneratórios visam a remunerar o próprio capital ou o valor principal. A Taxa SELIC cria a anômala figura de tributo rentável. Os títulos podem gerar renda; os tributos, per se, não.

Determinando a lei, sem mais esta ou aquela, a aplicação da Taxa SELIC em tributos, sem precisa determinação de sua exteriorização quântica, escusado obtemperar que mortalmente feridos de frente se quedam os princípios tributários da legalidade, da anterioridade e da segurança jurídica. Fixada a Taxa SELIC por ato unilateral da Administração, além desses princípios, fica também vergastado o princípio da indelegabilidade de competência tributária'.

Recurso parcialmente provido, apenas para excluir a Taxa SELIC, substituindo-a pela incidência de correção monetária e juros moratórios legais de 1% ao mês.

Esta se formando no STJ uma forte jurisprudência contra a aplicação da Taxa SELIC da qual constitui exemplos a decisão de que trata

esse artigo, Resp. n.º 291.257/SC, e a decisão proferida no Resp. n.º 215.881/PR

Está jurisprudência tem aplicação imediata para os contribuintes que parcelaram créditos tributários e para os que aderiram ao programa chamado Refis. No primeiro caso, além da atualização do crédito tributário parcelado com a utilização da Taxa SELIC no momento da contratação do parcelamento, as próprias parcelas são corrigidas, mensalmente, pela Taxa SELIC. No caso dos contribuintes que aderiram ao Refis, a consolidação de todos os débitos incluídos no programa também foi efetuada com a utilização da Taxa SELIC.

Esses contribuintes podem recorrer aos tribunais para excluir dos créditos tributários parcelados ou incluídos no Refis a parcela correspondente à Taxa SELIC”.