Processo: 16.114/2021

Interessado: Diretoria da OAB, Seção do Paraná

Introdução

O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil foi intimado pelo Ministro Relator Luis Felipe Salomão a se manifestar, na condição de *amicus curiae,* nos autos do REsp nº 1081149/RS. O Relator assim delimitou a controvérsia a ser resolvida naquele recurso: "*incidência ou não da Taxa Selic nas dívidas civis, especialmente quando relacionadas a reparações de danos contratuais e extracontratuais, tendo em vista os diferentes marcos iniciais dos juros moratórios e da correção monetária embutidos na Selic".*

A discussão pode ser resumida na interpretação que deve ser conferida ao art. 406 do Código Civil, que, ao estabelecer a taxa legal de juros moratórios, remete à "*taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional*". Objetivamente, é esta a dúvida: a taxa de juros moratórios a que faz referência o art. 406 do Código Civil é a taxa Selic, em que há cumulação de juros com correção monetária em um único índice, ou a taxa de 1% ao mês prevista no art. 161, § 2º, do CTN, sem prejuízo da correção monetária por índice específico?

A repercussão do tema é **astronômica**. Para os advogados e, sobretudo, para os jurisdicionados. As projeções mostram que os valore poderão ser reduzidos quase pela METADE.

Como a OAB, apesar de instada, não havia apresentado manifestação, em conjunto com o colega e sócio Caio Schinemann formulei e apresentei um breve parecer para provocar o posicionamento a ser adotado pelo CFOAB. Defendemos que **a adoção da taxa Selic, enquanto taxa de juros de mora e correção monetária das dívidas civis, seria absolutamente inadequada, uma vez que torna**

a tutela do crédito na ordem jurídica brasileira absolutamente disfuncional, prejudica a Justiça Civil e, em última análise, o desenvolvimento econômico do país.

O que fez o Conselho Federal?

O Parecer foi autuado como Proposição de nº 49.0000.2020.006565-6, atribuída a Relatoria ao Conselheiro Federal Luiz Gustavo Antônio Silva Bichara. Em sessão de 14 de outubro de 2020, o Relator externou voto contrário ao proposto no Parecer, estabelecendo que a posição adotada pelo CFOAB perante o STJ deveria ser para "*opinar que a definição da taxa SELIC às hipóteses de incidência do artigo 406 do Código Civil afigura-se não apenas a melhor, como a única solução possível, por evitar o enriquecimento sem causa e o comportamento oportunista de qualquer das partes*".

O voto do Relator foi seguido por unanimidade pelo Pleno no CFOAB. O vídeo da sessão, no entanto, revela a pouca (nenhuma, na verdade) discussão do tema pelos Conselheiros presentes – foi um julgamento *a jato*.

Também revela, com o máximo respeito, a confusa explicitação oral do Conselheiro Relator quanto ao conteúdo de seu voto escrito – o dito em sessão contraria o conteúdo do voto. O QR code abaixo direciona para o vídeo do julgamento. São menos de seis minutos.

Aponte a câmera do seu celular e

acesse o conteúdo do QR Code.

Como todos podem constatar, o Relator afirma que "*os colegas formulam um raciocínio, na minha visão, acertado*" (2´07´´), sugerindo que concordaria. Depois de breve e lacônica explicação, outra vez parece concordar com nossa posição:

> **Relator Luiz Gustavo Antônio Silva Bichara**: *"(…) eu encaminho o voto concordando com a propositura dos colegas…fundamentalmente porque, peço vênia para insistir nesse ponto, a lei dispõe de modo diverso do que tem sido interpretado pelo STJ. A Lei aplica a taxa Selic já há muitos anos, de maneira que, me parece que esse deveria ser o indexador apropriado."*

Aí o secretário pede que o Relator leia a ementa (4´40´´). E o Relator diz que não fez ementa. Apresenta a conclusão, ninguém discute e todos concordam. Assim a decisão foi tomada pelo Conselho Federal. Detalhe: no voto escrito do Relator essas concordâncias com nossa posição no resumo oral não aparecem (ou desaparecem, não sei).

Sem indicar que tenha havido má-fé, mas fato é que há duas inconsistências na manifestação oral do Relator, que, potencialmente, podem ter induzido os demais conselheiros em erro. Primeiro, dá-se a entender que o voto delibera no mesmo sentido do Parecer apresentado (sendo, na verdade, rigorosamente o contrário); e segundo, dá a entender que o STJ vem julgando contra a Selic – também não é o caso, uma vez que o Parecer propõe justamente a necessidade de o STJ superar a jurisprudência atual.

Neste contexto, apresentei embargos de declaração. Em face da decisão do Conselho, ainda pendentes de julgamento. Acho que o caso merece melhor análise, como tento demonstrar aqui, propondo que a Seção do Paraná reforce a necessidade de se atribuir efeitos infringentes aos embargos de declaração.

O tema de fundo

Os itens que seguem demonstram as razões pelas quais o posicionamento do CFOAB, ao entender pela necessidade de defender a Selic como critério de juros de mora das dívidas civis, é inadequada. Por consequência, indica a necessidade da reversão do julgamento do Conselho Pleno na via dos embargos de declaração.

Cabe ressaltar que o STJ ainda não terminou o julgamento do REsp nº 1081149/RS – atualmente em vistas com o Min. Marco Buzzi, após voto do Min. Relator Luís Felipe Salomão favorável à tese aqui defendida (superação da Selic e aplicação da taxa de 1% a.m aos juros de mora do art. 406 do CC). De toda forma, ainda que o julgamento seja ultimado, cabe ressalvar que o recurso especial em questão está sendo apreciado por Turma – qualquer seja o resultado, certamente haverá embargos de divergência à 2ª Seção. Ou seja, a discussão perdurará e o posicionamento do CFOAB, neste julgamento ou em outra oportunidade, será considerado.

01. Juros de mora: conceito e finalidade. Inadequação da Selic. Autonomia em relação à correção monetária. Indevida cumulação de juros e mora e correção monetária pela Selic

É necessário ter como ponto de partida a seguinte premissa: os juros de mora constituem sanção ao devedor que retarda o cumprimento da obrigação[1]. Os juros de mora sancionam e, além disso, indenizam o credor pelo atraso, como sempre reconheceu o STJ.[2] O caráter sancionatório cria um evidente *incentivo* (coerção indireta) ao adimplemento total e tempestivo da obrigação. O *dano* é presumido: como consta no art. 407 do Código Civil, os juros de mora são devidos "*ainda que se não alegue prejuízo*".

A taxa de juros de mora, ao aumentar progressivamente o valor do débito, deve imputar ao devedor um *custo* de não pagar maior do que o *benefício* de não pagar. O objetivo da norma é a tutela, por meio do *incentivo-sanção*, de um interesse juridicamente relevante: o adimplemento tempestivo e integral de obrigações assumidas pelos agentes econômicos. Uma finalidade inconfundível com a da correção monetária.

Correção monetária não é sanção. É simplesmente uma concessão do direito à realidade econômica: decorre da constatação de que a moeda perde o valor ao longo do tempo. A correção monetária não *agrega* valor ao crédito, mas tão somente preserva o poder aquisitivo original. Como consta em precedente da Corte Especial do STJ, a correção monetária "*não constitui um plus que se acrescenta ao crédito, mas um minus que se evita*" (REsp 1.143.677/RS). Os juros de mora, ao contrário, são justamente o *plus* que se acrescenta ao crédito como um contraestímulo ao inadimplemento.

Correção monetária e juros de mora são institutos absolutamente distintos, de finalidades diversas e tratados de forma apartada pelo Código Civil (art. 389). Podem incidir conjuntamente, mas também de forma separada e a partir de termos iniciais que não se confundem. Dentre diversos exemplos possíveis, é o caso da Súmulas 54 e 362 do STJ: havendo condenação por danos morais, os

[1] PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*: teoria geral das obrigações, vol. II, 29ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 135.

[2] Embora essa também seja uma de suas funções, como identifica o STJ: "*O acórdão embargado foi claro ao afirmar ser indiferente para a identificação da natureza jurídica dos juros de mora o regramento estabelecido pelo novo Código Civil, já que os juros moratórios sempre tiveram a mesma natureza indenizatória de lucros cessantes antes e depois do seu advento*" (EDcl no REsp 1089720/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 27/02/2013, DJe 06/03/2013).

juros de mora correm a partir da data do evento danoso (Súmula 54), mas a correção monetária incide tão somente a partir do arbitramento (Súmula 362).

Aqui está a primeira incompatibilidade da Selic para fins de interpretação do art. 406 do CC: a taxa Selic cumula juros de mora e correção monetária em um único índice, conforme jurisprudência pacífica do STJ[3]. Por esse aspecto, reúne institutos de natureza jurídica distinta e diversas vezes incompatíveis entre si (como no caso dos termos iniciais diversos). Um critério de pouca operabilidade prática.

02. Insegurança e imprevisibilidade da Selic para as dívidas civis. A razão histórica da adoção de *índice variável* pelo Código Civil de 2002

A Selic é um instrumento de política pública. É declaradamente um mecanismo utilizado pelo Banco Central para controlar a inflação. Por essa razão, a depender das variações do ambiente econômico, é sujeita a intensas pressões políticas das mais variadas ordens.

A lógica da Selic é o oposto da lógica das obrigações civis, em especial as contratuais. O contrato é instrumento utilizado justamente para proporcionar *segurança* e *previsibilidade* à relação jurídica. É um contrassenso submeter um instrumento de estabilidade jurídica à quantificação de seus juros de mora a partir de critérios externos e imprevisíveis.

Lembre-se que o CC/16 estabelecia taxa fixa de juros de mora (6% ao ano, art. 1.062). Em interpretação sistemática, o CC/02 tem por ideal a taxa fixa de juros de 12% ao ano (a exemplo do previsto nos artigos 1.187 e 1336, §1º). O fato de o art. 406 do CC não estabelecer uma taxa fixa e nominal não afasta a lógica de estabilidade que deve pautar as relações civis. Há explicação histórica do processo legislativo para tanto.

[3] Trata-se de entendimento firmado em recurso repetitivo: "*4. A incidência de juros moratórios com base na variação da taxa SELIC não pode ser cumulada com a aplicação de outros índices de atualização monetária, cumulação que representaria bis in idem*" (REsp 1102552/CE, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/03/2009, DJe 06/04/2009)

A atual redação do art. 406 é a mesma que constava no art. 404 do anteprojeto de 1973, convolado no PL 634/75[4]. Durante o processo legislativo, houve a tentativa de alterar a *taxa variável* para uma *taxa fixa,* como era no CC/16, no valor de 18% ao ano. A proposta foi mal recebida pelo Professor Miguel Reale, redator do anteprojeto, que assim justificou o índice variável adotado: "*numa economia como a nossa, **marcada pela instabilidade**, é ousado prefixar os juros moratórios em 6% ao ano, ou nos 18% propostos. O art. 406 do Projeto prudentemente se reporta a uma taxa variável*"[5].

A aprovação do Código Civil de 2002 demorou décadas, o que acabou por gerar anacronismos. Um "código do espelho retrovisor", como classificou o Professor Rodrigo Xavier Leonardo. O art. 406 é exemplificativo: sua concepção data de 1973, 21 anos antes da solução da hiperinflação pelo Plano Real (1994). Até a aprovação do novo Código, o Congresso não revisitou mais as razões que justificaram a concepção originária do art. 406. Conforme fica claro da evolução dos projetos legislativos, a redação do art. 406 aprovada em 2002 é a redação concebida três décadas antes[6].

Em uma interpretação histórica do dispositivo, é necessário levar em conta que o *índice variável* previsto originalmente pretendia dar conta de uma ampla instabilidade econômica que não é mais verificada. Em uma economia estável, a previsão de uma taxa fixa é a que melhor atende às necessidades de segurança e previsibilidade das relações civis.

03. Compatibilidade dos juros de mora das dívidas civis (art. 406 do CC) com o art. 161, § 1º, do CTN. Fixação da taxa de juros de mora em 1% ao mês

O art. 406 do Código Civil estabelece a taxa de juros de mora "*segundo a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional*". O art. 161, § 1º, do CTN, por sua vez, estabelece em relação aos créditos tributários que "*os juros de mora são calculados à taxa de um por cento ao mês*". Diferentemente do que sustentou o Relator no Conselho Federal.

[4] Disponível em <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242712>. Acesso em: setembro de 2020.
[5] Conforme descrito por Leonardo de Andrade Mattietto. Disponível em < https://pge.rj.gov.br/comum/code/MostrarArquivo.php?C=MTUzNA%2C%2C>. Acesso em: setembro de 2020.
[6] Disponível em <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242712>. Acesso em: setembro de 2020.

Desde o início da vigência do Código Civil de 2002 houve a identificação do art. 406 ao art. 161, § 1º, do CTN. A I Jornada de Direito Civil do CJF, em 2002, estabeleceu em seu 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, um por cento ao mês*". Há incontáveis precedentes do E. STJ que igualmente remetem o art. 406 do CC ao art. 161, § 1º, do CTN. A título exemplificativo:

> 5. Aplica-se o índice de 6% ao ano (CC/1916, art. 1.062), da data do ato lesivo até a entrada em vigor do CC/2002; a partir dessa data, incide a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional (CC/2002, art. 406). **A interpretação do art. 406 do CC/2002, c/c o 161, § 1º, do CTN, recomenda a aplicação de juros moratórios de 12% ao ano, a partir da vigência do CC/2002 (11.1.2003).** (REsp 970.586/PB, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, 03/09/2007)

O STJ somente passou a veicular entendimento pela incidência da Selic às dívidas civis a partir do EREsp nº 727.842/SP, julgado em 2008, posteriormente reiterado no julgamento, em sede de recurso repetitivo, do REsp 1111117/PR, em 2010. No primeiro julgamento, o Relator Ministro TEORI ZAVASCKI justificou a adoção da Selic nas dívidas civis nos seguintes termos: "*tendo em vista que é a SELIC a taxa aplicável à mora relativa aos débitos com a Fazenda Nacional. É o que dispõem os arts. 13 da Lei 9.065/95, 84 da Lei 8.981/95, 39, § 4º, da Lei 9.250/95, 61, § 3º, da Lei 9.430/96 e 30 da Lei 10.522/02*".

Com a máxima vênia, a razão de decidir que conforma o precedente não se sustenta. Nenhuma dessas leis específicas revogou o art. 161, § 1º, do CTN, que permanece em absoluta vigência. Aliás, o CTN foi objeto de sucessivas reformas ao longo das décadas, mas redação de referido dispositivo jamais foi alterada.

A maior parte das leis mencionadas no voto do Min. Teori Zavascki dizem respeito a *créditos tributários específicos*, quais sejam: Lei 9.065/95 – ITR (revogada); Lei 9.250/95 – IRPF; Lei 9.430/96 – IRPJ; Lei 10.522/02 – débitos inscritos no Cadin. Não há derrogação do regime geral do CTN – fosse essa a vontade do legislador, a adoção ampla e irrestrita da Selic se daria por meio de normativa geral (em especial, a alteração do CTN), e não por meio de alterações limitadas a determinados tipos de crédito.

Detalhe importante, em 2008, ano do julgamento do caso relatado pelo Ministro Teoria, a SELIC fechou em 13,75% (muito diferente do cenário atual).

De qualquer forma, o art. 84 da Lei 8.981/95, igualmente mencionado no voto do Min. Teori Zavascki, embora adote a Selic como taxa de juros de mora em perspectiva mais ampla, estabelece, em seu § 3º, que "*em nenhuma hipótese os juros de mora previstos no inciso I, deste artigo, poderão ser inferiores à taxa de juros estabelecida no art. 161, § 1º*" do CTN. **O dispositivo corrobora o regime**

do CTN, não o derroga. Na atualidade, sendo a Selic (em muito) abaixo dos 12% ao ano do CTN, não é este o índice utilizado por esta Lei.

Tanto não houve qualquer derrogação do art. 161, § 1º, do CTN que, conforme definido pelo STJ em sede de recurso repetitivo julgado em 2018 (Tema 905), o dispositivo incide à solução de casos tributários quando não há lei específica que discipline de modo diverso:

> 3.3 Condenações judiciais de natureza tributária. A correção monetária e a taxa de juros de mora incidentes na repetição de indébitos tributários devem corresponder às utilizadas na cobrança de tributo pago em atraso. **Não havendo disposição legal específica, os juros de mora são calculados à taxa de 1% ao mês (art. 161, § 1º, do CTN)**. (REsp 1495146/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 22/02/2018, DJe 02/03/2018)

Se sequer nos débitos tributários há uma ampla adoção da Selic (pelo contrário, a *regra* é 1% ao mês), não é possível justificar que Selic paute a taxa de juros de mora das dívidas civis. Tanto é assim que os Tribunais estaduais continuaram a aplicar a taxa de 1% ao mês para fins de aplicação do art. 406 do CC, a despeito da existência de dois precedentes qualificados do STJ em sentido contrário[7].

Em resumo, **a fundamentação legal utilizada no EREsp nº 727.842/SP e no REsp 1111117/PR não justifica a adoção da taxa Selic para as dívidas civis.** A taxa de juros de mora geral da Fazenda Pública, a que remete o art. 406 do CC, é a taxa de 1% prevista no art. 161, § 1º, do CTN, como o STJ reconheceu no Tema 905. A Selic é exceção no regime da Fazenda Pública, sendo completamente descabida sua transposição ao regime jurídico civil – para além de todas as graves externalidades daí decorrentes.

04. Inadequação da Selic como critério de correção monetária. Precedente do STF no Tema 810

Embora o caso trate especificamente da taxa de juros de mora aplicável às dívidas civis, quando se fala da Selic, não é possível dissociar os *juros de mora* da *correção monetária,* uma vez que estes dois institutos são conjugados na taxa. Ainda que a Selic

[7] A título exemplificativo: (...). Juros moratórios que incidem no percentual de 1% ao mês (arts. 406 do CC c.c. 161, § 1º do CTN), também a partir de cada desembolso. (...) (TJSP; EDs 0006390-21.2008.8.26.0417, j. em 22/11/2019); (...) acrescidos de correção monetária da data da publicação do acórdão e juros de mora de 1% (um por cento) ao mês na forma do artigo 406 do Código Civil c/c 161, § 1º do CTN, a contar da citação. (...). (TJRJ. 0026987-67.2016.8.19.0209, j. 31/03/2020).

fosse adequada para quantificação dos juros de mora (e, definitivamente, não o é), sua incidência às dívidas civis não seria possível diante de sua imprestabilidade como índice de correção monetária.

A Selic é índice pré-fixado sujeito a interferências políticas, pois utilizado pelo Banco Central como instrumento de política pública a controle da inflação. Não guarda relação direta com a desvalorização do capital no tempo e, por consequência, não desempenha o papel de corrigir a moeda.

Como decidiu o STF no Tema 810 de Repercussão Geral, "***a correção monetária não é jamais prefixada, uma vez que a inflação é insuscetível de captação apriorística***. *A variação de preços na economia é sempre constatada ex post, mas nunca fixada ex ante, exceto em regimes ditatoriais em que há controle de preços e economia planificada*"[8]. O incontornável argumento está no voto do Ministro LUIZ FUX. A Selic não cumpre este requisito.

Embora sejam temas inconfundíveis entre si e de fundamentos jurídicos diversos – a atualização monetária de dívidas civis (nos termos do Código Civil) e a atualização de débitos da Fazenda –, o precedente firmado pelo STF quando do julgamento do Tema 810 da repercussão geral estabelece premissas essenciais para o caso agora enfrentado pelo STJ.

A questão jurídica posta para julgamento do Supremo no Tema 810 era a seguinte: é constitucional o art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 ao estabelecer o índice de remuneração da poupança como índice de correção monetária e de juros moratórios?

O art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 unificava institutos diversos entre si (correção monetária, remuneração do capital e compensação da mora) e os submetia, de forma concomitante e única, aos índices de remuneração da poupança. A semelhança com a taxa Selic é evidente: da mesma forma, a Selic pretensamente também reúne institutos diversos entre si (correção monetária e juros de mora) e os submete a uma única taxa de atualização.

[8] STF. RE 870947, Relator(a): LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 20/09/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-262 DIVULG 17-11-2017 PUBLIC 20-11-2017.

As semelhanças não param aí. A remuneração da poupança, nos termos da Lei nº 12.703/2012, é composta pela remuneração básica da Taxa Referencial (TR) adicionada de juros de: *(i)* 0,5% ao mês se a Selic for superior a 8,5% ao ano; ou *(ii)* 70% da Selic se esta for inferior a 8,5% ao ano.

A TR está zerada desde 2018[9]. A Selic, por sua vez, é inferior a 8,5% ao ano desde outubro de 2017. Ou seja: a *remuneração da poupança* é rigorosamente vinculada à Selic (70%). **E essa remuneração foi reputada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal para fins de correção monetária dos débitos da Fazenda no julgamento do Tema 810.**

Nos termos do voto do Relator, Ministro LUIZ FUX, a maioria do Plenário do STF entendeu pela necessidade de segregar a correção monetária dos juros de mora. Os juros moratórios – apenas – poderiam ser remunerados pelo índice da caderneta de poupança. Este índice, no entanto, seria inconstitucional, por violação ao direito de propriedade, se utilizado como índice de correção monetária.

O voto do Min. LUIZ FUX é dividido em *quatro vertentes argumentativas* a demonstrar a impossibilidade de utilização dos índices da poupança para correção monetária, aplicáveis à análise da Selic. A primeira é a **vertente lógico-conceitual**. O Ministro LUIZ FUX esclarece que "*remuneração e atualização de valores são conceitos jurídicos bem delimitados e distintos",* razão pela qual a correção monetária não pode se confundir com os juros de mora, uma vez que "*a racionalidade dos institutos é distinta e embaralhá-las é ignorar os pilares da dogmática jurídica*".

Embaralhar os institutos é justamente o que a taxa Selic proporciona, como acima demonstrado, uma vez que cumula correção monetária e juros de mora.

A segunda vertente é a **técnico-metodológica.** Nesse ponto, o Ministro FUX demonstra a incompatibilidade da remuneração da poupança com a correção monetária em razão de dois fatores: *(i)* a remuneração da poupança, por ser sempre prefixada, "*agrega um* ***forte viés político ao critério***"; e *(ii)* a remuneração da poupança é desvinculada da evolução dos preços da economia, o que a impede de funcionar como termômetro da inflação. As premissas também são integralmente aplicáveis à Selic.

[9] Disponível em < https://www3.bcb.gov.br/CALCIDADAO/publico/exibirFormCorrecaoValores.do?method=exibirFormCorrecaoValores&aba=2>. Acesso em: setembro de 2020.

Ainda nesse ponto, o Acórdão do STF indica que, sendo a "*finalidade básica da correção monetária preservar o poder aquisitivo da moeda diante da sua desvalorização nominal provocada pela inflação*", esta "***não é jamais prefixada**, uma vez que a inflação é insuscetível de captação apriorística. A variação de preços na economia é sempre **constatada ex post**, mas **nunca fixada ex ante**".* A Selic incorre justamente nesse óbice: é definida previamente, não guardando relação direta com a inflação verificada em determinado período.

A terceira vertente é a **histórico-jurisprudencial.** Demonstrou o Ministro Relator que em diversos precedentes o STF havia aferido a incompatibilidade da TR (que compõe o índice de remuneração da poupança) para fins de correção monetária de débitos. Sendo as razões aplicáveis à Selic, há incidência desse histórico jurisprudencial ao caso.

A quarta vertente é **inadequação pragmático-consequencialista.** Em termos muito similares ao que será aqui formulado, o Min. Relator LUIZ FUX demonstrou que a utilização dos índices de remuneração da poupança para fins de correção monetária dos débitos da Fazenda Pública era "*aviltante para o credor particular e vantajosa para o devedor público*". A manutenção daquele critério incorreria em "*nítido estímulo ao uso especulativo do Poder Judiciário*", uma vez que "*quanto mais tempo a Fazenda Pública postergar a quitação de seus débitos, menor será, em termos reais, o valor da sua dívida*".

05. Extensão dos efeitos da decisão do STJ sobre a taxa de juros de mora das dívidas civis. Decisão do STF no caso dos débitos trabalhistas

Em julgamento concluído em dezembro de 2020, o STF foi chamado a deliberar acerca dos critérios de correção monetária e juros de mora em débitos trabalhistas (ADC 58, ADC 59, ADI 5.867 E ADI 6.021). A Acórdão ainda não foi publicado, mas a decisão consta do Extrato de Ata da sessão:

> Decisão: O Tribunal, por maioria, julgou parcialmente procedente a ação, para conferir interpretação conforme à Constituição ao art. 879, § 7º, e ao art. 899, § 4º, da CLT, na redação dada pela Lei 13.467 de 2017, no sentido de considerar que à atualização dos créditos decorrentes de condenação judicial e à correção dos depósitos recursais em contas judiciais na Justiça do Trabalho deverão ser aplicados, até que sobrevenha solução legislativa, os mesmos índices de correção monetária e de juros que vigentes para as condenações cíveis em geral, quais sejam a incidência

> do IPCA-E na fase pré-judicial e, **a partir da citação, a incidência da taxa SELIC (art. 406 do Código Civil)**, nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Edson Fachin, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio.

O Plenário acolheu o voto do Relator, Min. GILMAR MENDES, divulgado com antecedência[10]. Como é possível extrair do voto do Relator, a adoção da Selic nos débitos trabalhistas decorreu justamente da jurisprudência do STJ sobre o tema:

> (...) a proposta que trago à colação é a de que, uma vez afastada a validade da TR, seja utilizado, na Justiça Trabalhista, **o mesmo critério de juros e correção monetária utilizado nas condenações cíveis em geral**. (...) **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 (...) Trago, a propósito, o precedente do saudoso Ministro Teori Zavascki, no **REsp 1.102.552, do STJ**:
>
> > (...) 3. Conforme decidiu a Corte Especial, '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 (...) (REsp Repetitivo 1.102.552, Rel. Min. Teori Zavascki, Primeira Seção do STJ, julgado em 25.3.2009)

Quem pauta o STF nesse tema é o STJ. Mesmo porque se trata evidentemente de interpretação de dispositivo infraconstitucional, cuja palavra final é de competência do STJ. Se o STJ rechaçar a Selic, o mesmo ocorrerá no STF.

Como é evidente, todas as *externalidades negativas* decorrentes da adoção da Selic abaixo abordadas são também verificáveis no ambiente trabalhista. O *baque* da substituição da então vigente jurisprudência do TST (1% a.m + IPCA-E) pela Selic será grande para os credores trabalhista (por extensão, aos seus advogados).

06. A Selic institui possibilidade de *mora negativa*. Esvaziamento da função dos juros moratórios e incentivo ao inadimplemento

[10] Disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/voto-gilmar-acoes-correcao-trabalhista.pdf>. Acesso em: setembro de 2020.

O Ministro LUIZ FUX e BRUNO BODART explicam, por intermédio da análise econômica do direito, que o exame das leis e das decisões judiciais deve se dar "*pelos efeitos causados em relação ao grupo que pretendem atingir - ou que atingem não intencionalmente*"[11]. Este enfoque torna possível tornar o direito "*mais eficiente no cumprimento dos objetivos eleitos pela sociedade*"[12].

Este exame torna claro que a adoção da Selic como taxa de juros de mora esvazia por completo a função do instituto. Se os juros de mora são um incentivo ao inadimplemento, a adoção da Selic é um incentivo ao inadimplemento.

A taxa Selic atual é de **2% ao ano**, conforme divulgado pelo COPOM em 21/01/2021 – e o valor é este desde agosto de 2020. O valor é constrangedoramente menor do que os índices oficiais de inflação. O IPCA-E acumulado em 2020 é de 4,39%. O INPC, 5,45%. **O IGP-M (índice comumente utilizado para reajustar o aluguel) fechou 2020 em 23,14%,** mais de 11 vezes maior que a Selic.

Ou seja: a ***Selic* atual é negativa, uma vez que *remunera* em valor (muito) inferior à inflação.** Relembre-se que de acordo com a jurisprudência do STJ, a Selic cumularia também correção monetária. **Somando juros e correção monetária, a Selic sequer vence a inflação: a imprestabilidade do índice é evidente.**

Com a Selic há verdadeira *mora negativa*: quanto mais tempo o devedor demorar para pagar, menor será sua dívida. Afinal, corrigida e com juros pela Selic, o valor será corroído pela inflação. **Torna-se economicamente mais vantajoso ao Réu inadimplir a obrigação e permanecer com o capital à sua disposição do que pagar o credor de forma imediata.** A relação *custo/benefício* do inadimplemento opera em favor do devedor, e não do credor**.** O benefício de não pagar é maior do que seu custo.

Retomando a comparação com o Tema 810 do STF, é interessante notar que, pela Selic, o regime de juros de mora e correção das dívidas civis é *menos rigoroso* do que o regime dos débitos da Fazenda Pública. Com a Selic a 2%, os juros de mora devidos pela Fazenda são de 1,4% (70% da Selic); no entanto, a este valor é somado a índice inflacionário (IPCA-E). Em 2020, por exemplo, **débitos da Fazenda Pública sofrerão acréscimo de 6,09% (IPCA-E + remuneração da poupança), ao passo que as dívidas civis (e agora trabalhistas) recebem acréscimo apenas de 2% (Selic).**

[11] FUX, Luiz; BODART, Bruno. *Análise econômica do processo civil*. Edição Kindle, Rio de Janeiro: GEN Jurídico, 2018.
[12] FUX, Luiz; BODART, Bruno. *Op. cit.*

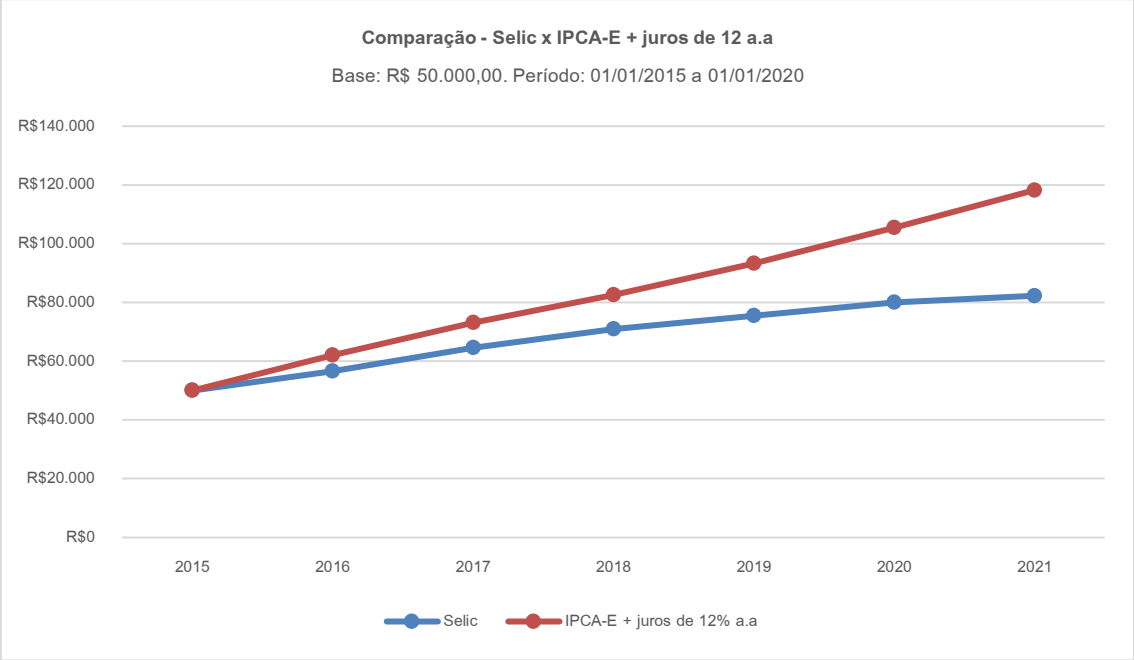
Embora a queda da Selic agrave o problema, este não é apenas uma dificuldade atual. A Selic sempre foi um *atrativo ao inadimplemento,* estando a Selic alta (como em 2015 e 2016) ou baixa (como atualmente). Há enorme discrepância entre os dois parâmetros de atualização em disputa (taxa Selic x juros de 1% ao mês + correção monetária):

Ano	Taxa Selic (média anual)[13]	IPCA-E (acumulado anual)[14]	IPCA-E + juros moratórios (12% a.a)	Diferença entre IPCA-E + juros e Selic
2008	11,82%	6,10%	18,10%	6,28%
2009	9,5%	4,18%	16,18%	6,68%
2010	10,75%	5,79	17,79%	7,04%
2011	11,84%	6,56%	18,56%	6,72%
2012	8,63%	5,78%	17,78%	9,15%
2013	8,29%	5,85%	17,85%	9,56%
2014	10,96%	6,46%	18,46%	7,50%
2015	13,47%	10,71%	22,71%	9,24%
2016	14,18%	6,58%	18,58%	4,40%
2017	10,15%	2,94%	14,94%	4,79%
2018	6,58%	3,86%	15,86%	9,28%
2019	6,04%	3,91%	15,91%	9,87%
2020	3,02%	4,39%	16,39%	13,37%

Cogitando-se um crédito de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) objeto de um litígio que perdure por seis anos, a diferença entre os diferentes tipos de atualização monetária e imposição de juros moratórios é enorme:

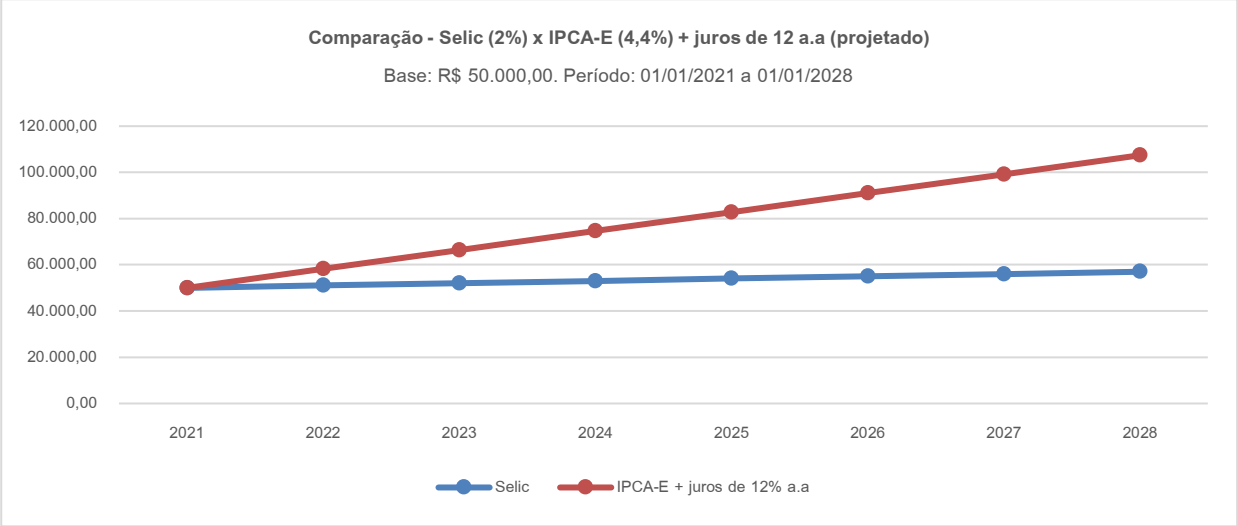
[13] Conforme tabela disponibilizada pelo Banco Central do Brasil (BCB) em <https://www.bcb.gov.br/estatisticas/grafico/graficoestatistica/metaselic>. Acesso em: setembro de 2020.

[14] Conforme informações disponibilizadas pelo IBGE em < https://www.ibge.gov.br/estatisticas/economicas/precos-e-custos/9262-indice-nacional-de-precos-ao-consumidor-amplo-especial.html>. Acesso em: setembro de 2020.



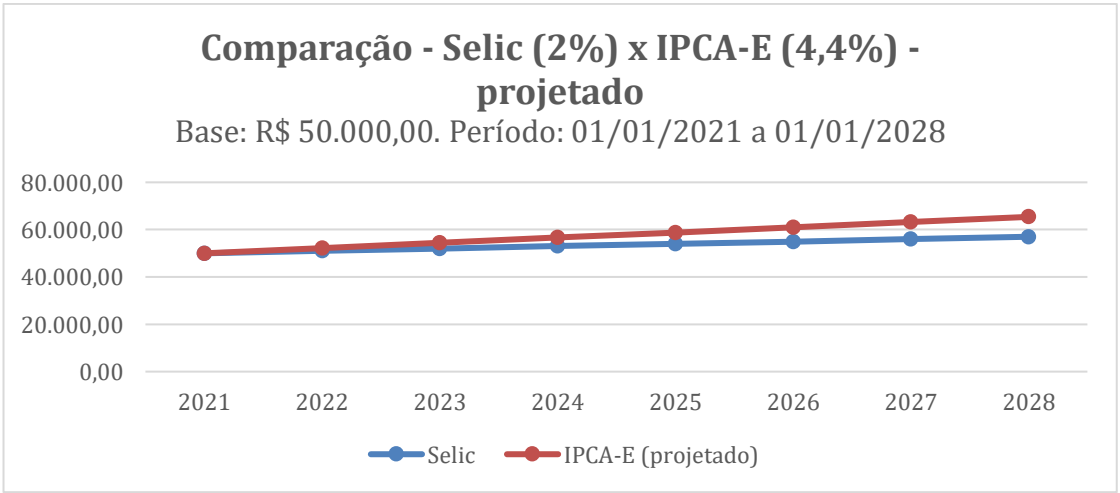
Ao final de 6 anos, o valor atualizado pela Selic atingiu R$ R$ 82.266,28. Contabilizados juros de mora de 1% a.m. e IPCA-E, o débito atinge R$ 118.228,26. **Uma diferença de 30%.** No período analisado (2015 a 2021), a Selic teve uma queda de mais de 10% e, ainda assim, a diferença entre os dois métodos de aferição de juros e correção se manteve constante (sempre se asseverando).

A perspectiva futura, em caso de manutenção da Selic, é ainda pior. Mantida a Selic em 2% e estimada a manutenção da inflação (IPCA-E) nos atuais 4,4%, a projeção de atualização de créditos para os próximos 8 anos é a seguinte:



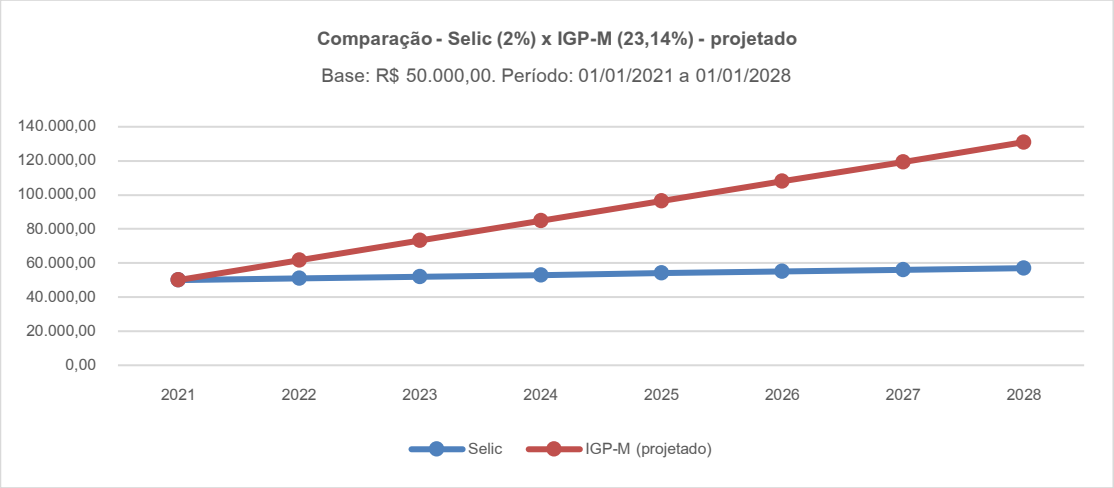
Pela projeção, mantidos os parâmetros atuais, o crédito originário de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) em 01/01/2028 terá o valor atualizado, pela Selic, de R$ 57.000,00; se atualizado pelo IPCA-E + juros de 12% a.a, o valor seria de R$ 107.400,00. **Uma aberrante diferença de 88%**. A Selic remunerará praticamente a metade do que o previsto em relação ao critério de correção + juros de 12% a.a.

Não se está falando apenas de juros menores. O valor será efetivamente corroído, pois perderá para a inflação. Basta verificar a discrepância entre a atualização pela Selic e pelo IPCA-E (mantidos os atuais 4,4%). Mesmo excluídos os juros de mora de 12% a.a., a corrosão do poder de compra do valor discutido judicialmente é evidente:



O valor pela Selic será de R$ 57.000,00. Pelo IPCA-E, R$ 65.400,00. Uma diferença de **14% de diferença para a inflação**, apenas – sem juros moratórios.

Considerados os índices setoriais, a situação é ainda mais dramática. Como acima mencionado, o IGP-M (índice comumente utilizado para reajustar o aluguel) fechou 2020 em 23,14% - mais de 11 vezes a Selic. Se esse resultado se repetir pelos próximos anos, o resultado será o seguinte:



Aqui, a "remuneração" pela Selic atingiu R$ 57.000,00, mas a mera atualização pelo IGP-M – novamente sem juros de mora, apenas o índice setorial – é de R$ 130.900,00. Uma diferença de 129%. Pense-se em um trabalhador que discute verbas trabalhistas em reclamatória: enquanto o processo se arrasta na Justiça, o seu aluguel mais do que dobra; ao final, o seu crédito "rendeu" menos de 1/3 disso.

A menor capacidade da Selic de remunerar o crédito inadimplido é, por si só, fator a influenciar o inadimplemento. Mas o *incentivo ao inadimplemento* vai além: não só o Réu inadimplente *pagará menos* ao final do processo como, em verdade, **obterá lucro em decorrência do descumprimento de sua obrigação.**

Ao inadimplir a obrigação, a consequência para o devedor é ser demandado em juízo. Ao final do processo, sendo condenado, o devedor/Réu tão somente pagará ao credor o valor do crédito *remunerado negativamente* pela Selic e honorários advocatícios.

Na pendência do processo, enquanto teve disponível o valor para si em decorrência de seu inadimplemento, o Réu poderá *(i)* desonerar-se do ônus de buscar capital no mercado (empréstimos e financiamentos), eximindo-se de arcar com o *custo do capital;* e/ou *(ii)* rentabilizar estes valores junto ao mercado de forma a superar o valor devido ao Autor (com correção e juros pela Selic, incluindo os honorários).

O *custo do capital* é o valor despendido por uma empresa na captação de recursos para investimento em sua atividade (manutenção e/ou crescimento). No Brasil, *o dinheiro custa caro.* Em 2020, a média dos juros cobrados pelos bancos em empréstimos e financiamentos foi de 18,4% ao ano, conforme dados do Banco Central[15].

Lembre-se que o *spread bancário* brasileiro é um dos maiores do mundo[16]. Também já foi empiricamente comprovado que a queda da Selic não é acompanhada da queda dos juros bancários na mesma proporção[17].

Se adotada a Selic, comparado o custo do inadimplemento (Selic de 2% ao ano + honorários) com o custo dos financiamentos bancários, **é evidente que é economicamente muito mais atrativo descumprir contratos do que buscar dinheiro no mercado a 18,4% ao ano.** O custo do crédito no mercado financeiro é, em média, 10 vezes maior do que a taxa Selic. O raciocínio é simples.

Embora contabilmente o inadimplemento possa ser contingenciado como *passivo* – especialmente se judicializado –, na prática, enquanto não houver o efetivo desembolso, o valor integra o capital de giro da empresa. Pode ser utilizado nas frentes em que a empresa considerar relevantes para seu desenvolvimento, às custas do credor frustrado, em lugar da onerosa contratação de um empréstimo bancário.

[15] Disponível em <https://www.bcb.gov.br/estatisticas/estatisticasmonetariascredito>. Acesso em: setembro de 2020.

[16] INFOMONEY. *Spread bancário do Brasil é o 2º mais alto do mundo.* Disponível em <https://www.infomoney.com.br/minhas-financas/spread-bancario-do-brasil-e-o-2o-mais-alto-do-mundo-entenda-por-que/>. Acesso em: setembro de 2020.

[17] CASTRO, Pedro; MELLO João Manoel Pinho de. *Há assimetria no repasse dos juros bancários de variações na taxa Selic?* Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio), Departamento de Economia, Rio de Janeiro. Disponível em < http://hdl.handle.net/10419/176063>. Acesso em: setembro de 2020.

Este *incentivo ao inadimplemento* não se verificaria no caso da adoção da taxa juros de mora de 1% ao mês, somada a índice de correção monetária. Embora a média do IPCA-E somado à taxa de juros de 12% ao ano (conforme tabela acima) seja inferior à taxa média dos juros bancários, há de se considerar que, nesses casos, o risco de condenação em honorários em até 20% é relevante e considerado pelo agente econômico (ao contrário ocorre com a perspectiva de *mora negativa* da Selic, que corrói inclusive os valores dos honorários advocatícios).

Por fim, a partir de todas essas considerações, é necessário considerar a ampla gama de relações atingidas. O art. 406 do Código Civil incide sobre qualquer relação nas quais não foram convencionadas as taxas de juros moratórios. Nisso se incluem todos os casos de responsabilidade civil extracontratual. É também extremamente comum que os contratos não prevejam taxa específica de juros moratórios, mas apenas remetam ao Código Civil – e remetiam ao Código Civil, aliás, porque não se cogitava a adoção da Selic. Fora a extensão do regime do art. 406 do Código Civil a outros âmbitos, como fez o STF no caso dos débitos trabalhistas. Em maior ou menor grau, todos os setores da economia serão atingidos pelo precedente a ser formado a partir desse caso.

07. Perspectiva de direito comparado: o disfuncional *sistema Selic* não encontra paralelo em outros ordenamentos jurídicos

Para fins de demonstrar a inadequação da utilização da Selic como mecanismo de correção monetária e taxa de juros de mora, far-se-á a comparação com os mecanismos de taxação da mora em ordenamentos jurídicos estrangeiros. A fim de delimitar o escopo da análise comparativa, foram eleitos os seguintes países: ***(i)*** considerando a influência que exerceram na formação do direito civil brasileiro, Alemanha e Portugal; ***(ii)*** como exemplo de sistema de *common law,* o Reino Unido; e ***(iii)*** considerando a proximidade histórica e as semelhanças econômicas (inclusive nos períodos de hiperinflação), Argentina.

Foram identificadas três categorias de sistemas de juros de mora nas quais estes países podem ser agrupados. A primeira é a **previsão legal da taxa de juros de mora em <u>percentual fixo</u>.**

Em Portugal, o Decreto-Lei n.º 58/2013 – aplicável a praticamente todas as operações de créditos[18] - estabelece os juros de mora em até 3% ao ano[19]. Há de se considerar que a este valor é também agregada a *sanção pecuniária compulsória* prevista no art. 829-A do Código Civil[20], em taxa de 5% ao ano. Ao final, ao crédito inadimplido incidirão juros de 8% ao ano.

No caso português, a rigor, a sanção pecuniária compulsória não constitui tecnicamente juros de mora – mesmo porque o Código prevê que esta sanção se "*acrescerão aos juros de mora, se estes forem também devidos*". No entanto, na comparação entre os sistemas, há inequívoca identificação entre os juros de mora (no sentido conferido pelo direito brasileiro) e as *sanção pecuniária compulsória*: são valores percentuais que incidem anualmente e de forma automática (independem de previsão contratual) diante do inadimplemento.

No Reino Unido, o *The Late Payment of Commercial Debts (Rate of Interest) Order*[21], aplicável às operações comerciais, estabelece a taxa anual de juros de mora em 8%. Importante destacar que se trata de país de economia extremamente sólida, com uma das moedas mais valorizadas do mundo e que, ainda assim, estabelece os juros de mora em valor 4 vezes superior ao que se pretende no Brasil se adotada a Selic (considerando uma inflação zero – que não é o caso).

A segunda categoria dos sistemas de fixação dos juros de mora diz respeito a um **critério híbrido, em que sobrepostos um percentual legal fixo e um percentual variável de acordo com alterações no cenário econômico, conforme definição por autoridade financeira.**

É o caso da Alemanha. O Código Civil (BGB) estabelece, na Seção 288, que a taxa de juros de mora será a soma de 5% a 9% - a depender se a relação envolve ou não consumo - à taxa básica de juros definida pelo Deutsche Bundesbank (Banco Central alemão), conforme Seção 247 do BGB. Essa *taxa básica de juros* alemã é bastante similar à Selic, uma vez que é variável vinculada às

[18] O Decreto é aplicável "*às instituições de crédito, sociedades financeiras, instituições de pagamento, instituições de moeda eletrónica e outras entidades legalmente habilitadas para a concessão de crédito e que estejam sujeitas à supervisão do Banco de Portugal*".

[19] *Artigo 8.º Juros moratórios 1 - Em caso de mora do devedor e enquanto a mesma se mantiver, as instituições podem cobrar juros moratórios, mediante a aplicação de uma sobretaxa anual máxima de 3%, a acrescer à taxa de juros remuneratórios aplicável à operação, considerando-se, na parte em que a exceda, reduzida a esse limite máximo*. Disponível em < https://dre.pt/pesquisa/-/search/260888/details/maximized>. Acesso em: setembro de 2020.

[20] *ARTIGO 829º-A (Sanção pecuniária compulsória) 3. O montante da sanção pecuniária compulsória destina-se, em parte iguais, ao credor e ao Estado. 4. Quando for estipulado ou judicialmente determinado qualquer pagamento em dinheiro corrente, são automaticamente devidos juros à taxa de 5% ao ano, desde a data em que a sentença de condenação transitar em julgado, os quais acrescerão aos juros de mora, se estes forem também devidos, ou à indemnização a que houver lugar.* Disponível em < https://www.igac.gov.pt/documents/20178/358682/C%C3%B3digo+Civil.pdf/2e6b36d8-876b-433c-88c1-5b066aa93991>. Acesso em: setembro de 2020.

[21] Disponível em <https://www.legislation.gov.uk/uksi/2002/1675/made/data.xht>. Acesso em: setembro de 2020.

operações financeiras praticadas no âmbito do Banco Central Europeu. Também se assemelha à Selic por ser periodicamente divulgada pelo Banco Central alemão.

Atualmente, sendo a taxa básica de juros da Alemanha zerada[22], a taxa de juros moratórios é de 5%.

O exemplo alemão é relevante para o Brasil por demonstrar que, mesmo quando o Código Civil opta por dar algum grau de *dinamicidade* à taxa de juros de mora e submetê-lo às variações econômicas, isso não ocorre de modo integral. Há uma parcela relevante da taxa de juros de mora que é e sempre será fixa. Com a Selic, isso não ocorre: os juros de mora (e a correção monetária) permanecem, em sua integralidade, submetidos ao risco decorrente da imprevisibilidade e da influência política que conformam a Selic.

A terceira categoria é a que diz respeito a **taxa de juros de mora variável, conforme definição por autoridade financeira.** Nessa categoria se encaixa o Brasil no caso da adoção da Selic.

Também é o caso da Argentina. O art. 768 do Código Civil e Comercial remete, a título de taxa de juros de mora (*intereses moratorios*) à taxa definida pelo Banco Central, em sistemática bastante similar à da Selic. **A diferença fundamental é que, no caso argentino, esta taxa é atualmente é de 38% ao ano**[23]. Ou seja, em um único mês a taxa de juros moratórios argentina é superior à taxa anual da Selic. Uma diferença gritante.

A análise acima realizada pode ser sistematizada neste quadro, do qual é possível extrair algumas conclusões extremamente pertinentes para a avaliação da Selic enquanto índice de **correção e juros de mora das dívidas civis:**

País	Taxa de juros de mora (ao ano)	Tipo de taxa de juros de mora	Inflação (2020)[24]	Ranking *Doing Business*
Portugal	8%	Fixa	0,08%	39ª
Reino Unido	8%	Fixa	0,65%	8ª
Alemanha	5%	Parcela fixa e parcela definida pela autoridade financeira	-0,09%	22ª

[22] Disponível em < https://tradingeconomics.com/germany/interest-rate>.

[23] Disponível em <http://www.bcra.gov.ar/PublicacionesEstadisticas/Principales_variables.asp>. Acesso em: setembro de 2020.

[24] Conforme extraído de <https://www.inflation.eu/pt>. O dado referente à Argentina, por não estar disponível no portal anterior, foi extraído de < https://economia.uol.com.br/noticias/afp/2020/07/15/inflacao-argentina-sobe-22-em-junho.htm>.

Argentina	**38%**	**Definida pela autoridade financeira**	**13,6%**	**126ª**
Brasil (Selic)	**2%**	**Definida pela autoridade financeira**	**4,39%**	**124ª**

Uma primeira consideração a ser realizada é que tendo as normas que definem a taxa de juros de mora o objetivo de incentivar o cumprimento integral e tempestivo da obrigação pelo devedor, pela lógica, quanto maior o *risco de inadimplemento* em determinada economia, maior deveria ser o *incentivo ao adimplemento* – ou seja, maior deveria ser a taxa de juros de mora. Utilizou-se como parâmetro do *risco de inadimplemento* o ranking *Doing Business* do Banco Mundial[25], responsável por medir a facilidade de realizar negócios nos países e que tem por um de seus critérios o cumprimento de contratos.

O Brasil, se adotada a Selic, ignora essa lógica: é o país com a menor taxa de juros de mora, mesmo tendo um (muito) elevado *risco de inadimplemento.* A comparação com outros países deixa clara a ausência de racionalidade econômica na "opção" brasileira caso se entenda pela adoção da Selic.

A segunda consideração diz respeito à relação entre os juros de mora e a inflação. Juros de mora não guardam relação direta com a inflação – quem o faz é a correção monetária. No entanto, a comparação entre *juros de mora* e *inflação* é pertinente porque ***(i)*** a Selic, em tese, engloba juros de mora e correção monetária, razão pela qual a inflação lhe é um dado relevante; e ***(ii)*** pela lógica, quanto menor a inflação do país, menor deveria ser a indenização/sanção pelo inadimplemento (ou seja, as taxas dos juros de mora).

A Selic representa *mora negativa,* eis que, em 2020, remunerará menos do que a inflação – o que, por si só, já é um despautério. Mas a comparação demonstra além: os países europeus, mesmo diante de inflação ínfima (por vezes negativa), estabelecem altos valores a título de taxa de juros de mora.

Em aspecto proporcional, a taxa de juros de mora que aqui se defende para o modelo brasileiro (12% ao ano) é cerca de 6 vezes maior do que a inflação esperada, apenas; em Portugal, é 100 vezes maior; no Reino Unido, 12 vezes maior. Afora os países de inflação negativa (como a Alemanha) que mantém índices substanciais de juros de mora.

[25] Disponível em <https://portugues.doingbusiness.org/pt/rankings>. Acesso em: setembro de 2020.

A terceira consideração diz respeito à segurança e previsibilidade das taxas de juros. A maior parte dos modelos observados adota uma taxa fixa de juros de mora – como era no caso brasileiro quando da vigência do CC/16 e como sempre foi quando se entendia que o art. 406 do CC/02 remetia ao art. 161 do CTN. O modelo alemão é exemplificativo nesse aspecto: mesmo diante de vinculação parcial às taxas provenientes da autoridade financeira, o Código, ao fixar um critério híbrido, não permitiu a absoluta imprevisibilidade do índice e sua integral submissão a fatores políticos e econômicos.

A quarta consideração diz respeito à comparação com a Argentina. Mesmo sendo o modelo mais similar ao *modelo Selic,* nem mesmo os argentinos toleram o verdadeiro absurdo que significa a utilização da Selic como taxa de juros de mora na atualidade. Apesar da inflação alta, os juros de mora argentino são mais de três vezes superiores ao índice de inflação. Os modelos são parecidos, mas na Argentina não há *mora negativa,* como haverá no Brasil caso confirmada a adoção da Selic.

Em resumo, **o disfuncional *modelo Selic* não encontra paralelos em perspectiva comparada.** E a razão é evidente: trata-se de opção que esvazia, por completo, a função inerente aos juros de mora. Ao contrário, estimula o inadimplemento, o que não deve ser tolerado por qualquer ordenamento jurídico.

08. Perspectiva da análise econômica do direito. Efeitos macroeconômicos e sobre a Justiça Civil em decorrência da adoção da Selic

Outra vez citando julgado de relatoria do Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, "*a análise econômica da função social do contrato, realizada a partir da doutrina da análise econômica do direito, permite reconhecer o papel institucional e social que o direito contratual pode oferecer ao mercado, qual seja a segurança e previsibilidade nas operações econômicas e sociais capazes de proteger as expectativas dos agentes econômicos, por meio de instituições mais sólidas, que reforcem, ao contrário de minar, a estrutura do mercado*" (REsp 1163283/RS).

A decisão a ser tomada pelo E. STJ, na condição de elemento que pauta a conduta dos agentes econômicos, tem a potencialidade de majorar ou diminuir os custos de transação envolvidos nas operações econômicas – os custos decorrentes dos riscos

e incertezas negociais que se somam ao valor do bem em sua produção ou execução, como explica COASE. [26] Diminuir custos de transação é contribuir para o desenvolvimento econômico do país.

Em 2020, o Brasil ocupa a vexatória 124ª posição no ranking *Doing Business*. O precedente do Superior Tribunal de Justiça não pode contribuir para este quadro. E a adoção da Selic como baliza da correção monetária e dos juros de mora das dívidas civis é uma sensível contribuição para afundar o Brasil no ranking do Banco Mundial.

A análise econômica do direito compreende as normas jurídicas como um sistema de incentivos em relação ao qual os agentes econômicos realizam análise de custo/benefício[27]. A *sanção jurídica* é tão somente um elemento a ser considerado pelos agentes enquanto *custo.* Se o *custo* (*sanção*) não for superior ao *benefício* decorrente do descumprimento da norma, a tendência dos agentes econômicos é a opção pelo descumprimento da norma.

A lógica dos incentivos é um dos *princípios da economia* elencados por MANKIW em obra clássica: "*as pessoas racionais respondem a incentivos e tomam suas decisões comparando os custos e os benefícios*"[28]. O direito, por meio das induções, pretende que o racional econômico do agente na realização de suas livres escolhas opere em favor da concretização de objetos reputados juridicamente relevantes[29].

O direito brasileiro não tolera o inadimplemento eficiente como fonte de benefício econômico ao devedor – logo, não tolera incentivo ao inadimplemento. É inconcebível para o direito brasileiro trabalhar com a noção de *inadimplemento eficiente* como concebida por RICHARD POSNER.

[26] COASE, Ronald. The nature of the firm. *Economica*, vol. 4, n. 16, nov/1937, p. 386.

[27] FORGIONI, Paula. Análise econômica do direito (AED): paranóia ou mistificação. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 54, n. 139, p. 243-256, 2005, p. 248.

[28] MANKIW, N. Gregory. *Princípios de economía*. 6. ed., México: Cengage Learning Editores, 2012, p. 11.

[29] É o que BOBBIO denomina "técnica de encorajamento". Cf. BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função*: novos estudos de teoria do direito. Barueri: Manole, 2007, p. 14.

Para POSNER, em dadas situações, os lucros decorrentes do descumprimento da obrigação são mais relevantes para o devedor do que o seu cumprimento[30]. Torna-se economicamente mais interessante *quebrar o contrato* e simplesmente lidar com as suas consequências (em geral, multas pecuniárias), o que seria lícito. Na expressão de POSNER, "*let us never blame a contract breaker*"[31].

Como é evidente, quando se fala em *inadimplemento eficiente,* a *eficiência* diz respeito tão somente ao devedor inadimplente, que obtém vantagem. À estrutura econômica como um todo, o inadimplemento é extremamente nocivo, como será abordado na sequência. É natural, porém, que o agente busque a eficiência econômica individual em detrimento da coletividade, considerando que "*as decisões individuais dos agentes econômicos são marcadas pelo desejo egoístico de satisfação de suas necessidades*"[32].

No entanto, "*no Brasil é juridicamente descabida a mera importação, ou transplante, da teoria do efficient breach*"[33]. Os óbices postos pela legislação brasileira são incontornáveis: o inadimplemento proposital viola frontalmente a boa-fé objetiva, a função social do contrato e implica abuso de direito, vetores do Código Civil.

Portanto, **não é possível que a jurisprudência do STJ tolere – ou mesmo estimule – o inadimplemento de obrigações ao torná-lo economicamente atrativo.** E é justamente o que ocorre quando se adota a taxa Selic enquanto taxa de juros de mora e correção monetária: o inadimplemento passa a ser visto como *opção* pelo devedor, considerada relação custo/benefício entre o cumprimento e o descumprimento da obrigação.

De um ponto de vista macroeconômico, o alto inadimplemento e a deficiente tutela do crédito – para o que a adoção da Selic nas dívidas civis contribui – são componentes do chamado *custo Brasil,* qual seja, "*as falhas no ambiente de negócios (...) que faz com que o volume de investimento e inovação fique aquém do que se esperava. A principal consequência disso foi que o país cresceu pouco*"[34]. Os efeitos são concretos: o *custo Brasil* consome 22% do PIB brasileiro[35].

---

[30] POSNER, Richard. *Economic analysis of law.* 3rd ed. New York: Aspen, 1986, p.108.

[31] POSNER, Richard., Let Us Never Blame a Contract Breaker, 107 *Michigan Law. Review*, 2009.

[32] FORGIONI, Paula. Análise econômica do direito (AED): paranóia ou mistificação. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 54, n. 139, p. 243-256, 2005, p. 248.

[33] PELA, Juliana Krueger. "Inadimplemento eficiente" (efficient breach) nos contratos empresariais. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir/UFRGS*, Porto Alegre, vol. XI, n. 2, 2016, p. 83.

[34] PINHEIRO, Armando Castelar. A justiça e o custo Brasil. *Revista USP*, n. 101, março-maio/2014, p. 144.

[35] VALOR. *Custo Brasil consome 22% do* PIB. Disponível em <https://valor.globo.com/brasil/noticia/2019/11/28/custo-brasil-consome-22-do-pib-e-ganha-nova-estrategia-de-combate.ghtml>. Acesso em: setembro de 2020.

O já mencionado ranking *Doing Business*, do Banco Mundial, no qual o Brasil ocupa a constrangedora 124ª posição, tem como um de seus parâmetros justamente a execução de contratos (*enforcing contracts*). A metodologia utilizada pelo Banco Mundial explica: "*a melhor proteção dos direitos dos credores beneficia as empresas, considerando que essa proteção aumenta a eficiência do mercado de créditos e permite o melhor acesso a financiamentos*"[36].

O crédito é a força motriz do mercado. A credibilidade de determinado ordenamento jurídico é aferida a partir de sua capacidade concreta de tutelar o crédito[37]. Incentivar o inadimplemento em um país de realidade econômica extremamente difícil como o Brasil é retirar credibilidade do ordenamento jurídico.

O mesmo se pode dizer em relação ao sistema de Justiça Civil. Para que seja funcional, o Poder Judiciário não pode estimular que todos os litígios perdurem o tempo máximo que permite a sistemática processual. Um processo que perdure por anos em razão da conduta protelatória de uma das partes não é necessariamente *ilícito* (*antijurídico)*, mas é certamente *antieconômico.*

O processo civil conforma um sistema de incentivos com uma finalidade clara: "*motivar os sujeitos parciais a agirem (a despeito de sua predisposição ou não) de maneira convergente à finalidade de dar tutela aos direitos*"[38]. Pretende-se um processo que tutele os direitos – incluindo a atividade satisfativa – de maneira tempestiva, completa e específica.

A variável "tempo" é especialmente relevante porque o *ônus do tempo* é inerente ao processo e necessariamente terá de ser suportada por alguma das partes do litígio (chamado *tempo orgânico* do processo). Ainda que o *ônus do tempo* possa ser *calibrado* por técnicas de sumarização (formal e/ou material), a simples existência do litígio e a ausência de definição da titularidade do crédito implicam custos de transação[39].

[36] Disponível em < https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/32436/9781464814402.pdf>. Acesso em: setembro de 2020.

[37] FORGIONI, Paula. A interpretação dos negócios empresariais no novo código civil. *Revista de Direito Mercantil*, São Paulo, v. 130. 2003, p. 11.

[38] ABREU, Rafael Sirangelo. *Incentivos processuais*: economia comportamental e *nudges* no processo civil. 1ª ed. em e-book baseada na 1ª ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

[39] FUX, Luiz; BODART, Bruno. *Análise econômica do processo civil*. Edição Kindle, São Paulo: GEN Jurídico, 2018.

Por isso, a ordem processual vigente busca "*a redução do tempo fisiológico do processo demovendo a parte de manter o litígio ativo",* de modo que é permeada por incentivos a *"induzir o litigante a não manter a discussão, satisfazendo o direito reconhecido ou abdicando da discussão perdida"*[40].

O CPC/15, mais do que o CPC/73, tem como vetor importante o incentivo a uma rápida solução do litígio. A previsão da sucumbência recursal é um exemplo emblemático. Não se sanciona o recurso protelatório (o que é caso de litigância de má-fé, como já era no CPC/73), mas a extensão do feito no tempo, ainda que pela via do exercício regular do direito de recorrer. Os honorários recursais não se prestam a tão somente remunerar o advogado da parte contrária pelo trabalho exercido na fase recursal, uma vez que é cabível mesmo no caso de ausência de contrarrazões[41], tornando clara a intenção da norma: encurtar litígios.

O CPC também prevê uma série de *sanções premiais* que induzem a rápida solução do litígio, como a redução dos honorários pela metade diante do reconhecimento da procedência do pedido (art. 90); a ausência de honorários no cumprimento espontâneo da sentença (art. 523, § 1º); a ausência de condenação de honorários na dissolução parcial não resistida (art. 603, § 1º); a possibilidade de parcelamento da execução não embargada (art. 916); dentre outros. É um *microssistema de incentivo* à redução do tempo de tramitação do processo.

Não há estímulo à rápida solução do litígio, pelo demandado, quando ao crédito objeto da ação incide a Selic. Para o Réu, a opção pelo litígio (em contraposição ao acordo ou ao reconhecimento do pedido) perpassa pela comparação entre os custos das soluções "antecipadas" e os custos de se levar o litígio até o final pela via adjudicatória[42/43]. Com a Selic, os custos de se levar o litígio até o final para o devedor/Réu são extremamente baixos.

É oportuno impugnar a ideia de que a resistência no litígio é uma *via de mão dupla* – ou seja, que no caso da adoção de juros de mora de 12% ao ano, seriam os Autores as partes a prolongar o litígio. É a premissa da qual partiu a manifestação da FEBRABAN como *amicus curiae* nos autos ("*são os credores das grandes empresas que estão deixando os processos se prolongarem, na expectativa*

[40] ABREU, Rafael Sirangelo. *Op. cit.*

[41] STJ. AgInt no REsp 1676964/RO, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 05/12/2017, DJe 01/02/2018

[42] KOROBKIN, Russel. Aspirations and Settlement. *Cornell Law Review*, 88, 2002, p. 32.

[43] WOLKART, Erik Navarro. *Análise econômica do processo civil*. Edição Kindle. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

de que receberão, ao final dos processos, remuneração maior do que colheriam se recebessem seus créditos rapidamente e aplicassem os valores no mercado financeiro"). O raciocínio não se sustenta.

Ainda que fosse verdade que há credores/Autores (considerados os *reais credores,* que obterão sentença de mérito favorável) interessados em prolongar o processo – o que, no mais das vezes, é bastante duvidoso –, processualmente os Autores não detêm tantos instrumentos para retardar o processo quanto o Réu.

Primeiro, porque os credores/Autores não detêm interesse recursal diante da decisão de mérito favorável. Logo, não possuem o principal mecanismo de extensão do processo no tempo: os recursos.

Segundo, porque o Réu pode, a qualquer tempo, reconhecer o pedido e encerrar o processo. Há, inclusive, um incentivo processual para isso (a redução dos honorários). Com a finalização do processo mediante o reconhecimento e com o efetivo pagamento, cessam os juros de mora. Diante do reconhecimento do pedido pelo Réu, o Autor nada poderia fazer para prolongar o processo e continuar a capitalizar os juros de mora.

Terceiro, mesmo antes do ajuizamento da ação o Réu pode consignar o valor em pagamento e, com isso, extinguir a obrigação (por consequência, impedir a fluência dos juros de mora). Enfim, o controle do tempo do processo está muito mais na mão no Réu do que do Autor. As posições processuais não são equivalentes neste aspecto.

Os efeitos perniciosos para o sistema de Justiça Civil decorrentes da adoção da Selic são muito mais severos do que possíveis efeitos decorrentes da adoção dos juros de mora de 12% ao ano e de índice de correção monetária.

O desenvolvimento econômico depende de um Poder Judiciário eficiente. Foi empiricamente comprovado que, no Brasil, Municípios com o Poder Judiciário menos congestionado permitem que as empresas ali localizadas tenham acesso mais facilitado a empréstimos e financiamentos[44]. *Congestionamento judiciário* (em oposição ao desenvolvimento econômico) é justamente o que o incentivo à litigância proporciona.

[44] PONTICELLI, Jacopo; ALENCAR, Leonardo S. *Court Enforcement, Bank Loans and Firm Investment: evidence from a bankruptcy reform in Brazil*. Disponível em <https://www.bcb.gov.br/pec/wps/ingl/wps425.pdf>. Acesso em: setembro de 2020.

O Conselho Federal não pode, por tudo isso, seguir no rumo do voto do Relator. Pelo menos sem dedicar um bom tempo a estudar o relevantíssimo caso que está submetido à apreciação.

Conclusão

Diante do exposto, entende-se que foi inadequado o posicionamento adotado pelo CFOAB quando da análise da Proposição n. 49.0000.2020.006565-6, devendo ser a posição revista quando do julgamento dos embargos de declaração opostos.

Por consequência, deve o CFOAB defender que **o Superior Tribunal de Justiça fixe entendimento que afaste a utilização da Selic nas dívidas civis, estabelecendo a incidência dos juros de 1% ao mês (nos termos do art. 161, § 1º, do CTN), somado a índice de correção monetária idôneo.**

Curitiba, 25 de fevereiro de 2021.

Luiz Fernando Casagrande Pereira

OAB/PR 22.076

Conselheiro