



Jurisprudência da Segunda Seção

**RECURSO ESPECIAL N. 447.431-MG (2002/0085231-8)**

Relator: Ministro Ari Pargendler

Recorrente: Benjamin Cruz Neves

Advogados: Vilmar Anastácio Corrêa e outros

Recorrido: Banco Bandeirantes S/A

Advogados: Ivan Junqueira Ribeiro, Arnaldo Wald e outros

Sustentação oral: Marcus Vinícius Vita Ferreira

**EMENTA**

Civil. Responsabilidade civil. Valores desviados pela instituição financeira da conta corrente do depositante. Os danos a serem indenizados pela instituição financeira são aqueles decorrentes da transferência não justificada de fundos do correntista (a respectiva quantia nominal e os juros remuneratórios de um por cento ao mês) e as despesas (juros e tarifas) que em função do correspondente saldo negativo o depositante teve de suportar, mais (+) a correção monetária e os juros de mora de 0,5% (meio por cento) ao mês na vigência do Código Civil anterior e os juros moratórios a partir da vigência do atual Código Civil na forma do respectivo art. 406. Recurso especial conhecido e parcialmente provido.

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa, por maioria, conhecer do Recurso Especial e lhe dar parcial provimento, vencida, em parte, a Sr<sup>a</sup>. Ministra Nancy Andrighi, que, em maior extensão, lhe deu provimento. Os Srs. Ministros Carlos Alberto Menezes Direito, Castro Filho, Hélio Quaglia Barbosa, Massami Uyeda, Humberto Gomes de Barros e Cesar Asfor Rocha votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausentes, nesta assentada, justificadamente, os Srs. Ministros Ari Pargendler e Carlos Alberto Menezes Direito.

Brasília (DF), 28 de março de 2007 (data do julgamento).

Ministro Ari Pargendler, Relator

**RELATÓRIO**

O Sr. Ministro Ari Pargendler: Nos autos de ação ordinária proposta por Benjamin Cruz Neves (fls. 2/5 1ª vol.) o Meritíssimo juiz de direito condenou o Banco Bandeirantes S/A a devolver “a quantia de 26.203,33 (fls. 200/201) atualizada desde a época da cobrança até o efetivo pagamento, pelos mesmos índices praticados pelo réu, acrescendo-se à condenação juros de mora 0,5% a partir da citação.” (Fl. 349, 2ª vol.)

O Tribunal *a quo*, Relator Juiz Alvim Soares, reformou em parte a sentença nos termos do acórdão assim ementado:

“Cobrança. Lançamentos indevidos. O direito quanto ao recebimento em devolução de parcelas indevidamente cobradas pela instituição financeira é dependente de pronunciamento judicial; portanto, cuida-se de obrigação ilíquida, devendo incidir sobre as diferenças apuradas a correção monetária a partir do ajuizamento da ação e juros de mora a contar da citação. (Lei n. 6.899/1981).” (Fl. 456, 3ª vol.)

Lê-se no voto condutor:

“Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso interposto para reformar o ato sentencial guerreado, determinando que o Banco apelante devolva ao autor a importância de R\$ 851,38 (oitocentos e cinquenta e um reais e trinta e oito centavos), corrigida pela tabela da Corregedoria-Geral de Justiça a partir do ajuizamento da ação, acrescidos dos juros legais, 0,5% a contar da citação.” (Fl. 460, 3ª vol.)

As partes opuseram embargos de declaração (fls. 463/470 e 481/485, 3ª vol.) ambos rejeitados em julgamento conjunto. (Fls. 487/489, 3ª vol.)

Benjamin Cruz Neves interpôs recurso especial, com base no art. 105, inciso III, letras **a** e **c** da Constituição Federal, por violação dos arts. 300 e 302 do Código de Processo Civil, bem assim do art. 1059 do Código Civil. (Fls. 492/496, 4ª vol.)

**VOTO**

O Sr. Ministro Ari Pargendler (Relator): 1. Os fatos reconhecidos pelo Tribunal *a quo* são os seguintes:

“(…) extrai-se do laudo pericial que em resposta ao Quesito n. 4 (p. 172), afirmou o perito ter constatado débitos não explicados na conta do correntista: com tal resposta concordou o perito assistente (p. 274); no laudo complementar (p. 296/297), informou que o total dos lançamentos indevidos sob as siglas:



“juros deb”, “diversos” e “tarifas” atingiu o montante de R\$ 851,38; logo inequivocamente, por não explicados, não há como negar os lançamentos indevidos; de fato, comprovou o perito que o autor mantinha saldo devedor em sua conta corrente e sofria, em consequência, os débitos de juros e tarifas correspondentes, porém, não encontrou autorização expressa para tais lançamentos, senão consubstanciados implicitamente no contrato de cheque especial, confissões de dívida, etc.; embora, ainda recalcitrante, o banco-recorrente aceita o valor encontrado, resumindo seu inconformismo quanto à forma utilizada para correção.” (Fl. 459, 3ª vol.)

Reformando a sentença, que determinara “a restituição dos valores indevidamente apropriados pela instituição financeira utilizando-se os mesmos índices por ela utilizados, evitando-se, assim, a possibilidade de enriquecimento sem causa” (fl. 349, 2ª vol.), o acórdão recorrido condenou o banco a devolver “ao autor a importância de R\$ 851,38 (oitocentos e cinquenta e um reais e trinta e oito centavos) corrigida pela tabela da Corregedoria Geral de Justiça a partir do ajuizamento da ação, acrescida dos juros legais, 0,5% a contar da citação.” (Fl. 460, 3ª vol.)

As razões do recurso especial pedem, com base no art. 1.059, do Código Civil (“as perdas e danos devidos ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar”), que “os valores indevidamente debitados na conta do Recorrente (...) sejam corrigidos pela mesma taxa praticada pelo Recorrido.” (Fl. 496, 4ª vol.)

2. Há precedente da Terceira Turma, no REsp n. 453.464-MG, Relatora a Ministra Nancy Andrighi, julgado por maioria de votos, confortando essa pretensão, tal qual se depreende da respectiva ementa:

“Processual Civil e Comercial. Recurso Especial. Contrato de abertura de crédito em conta-corrente (cheque especial). Cobrança de valores indevidos pela instituição financeira. Restituição ao correntista. Remuneração do indébito. Taxa idêntica à exigida pela instituição financeira em situações regulares. Possibilidade.

É direito do titular de contrato de abertura de crédito em conta-corrente (cheque especial) obter a restituição de valores indevidamente cobrados pela instituição financeira.

O montante do indébito a ser restituído deverá ser composto não apenas pelo valor cobrado indevidamente (principal), mas também por encargos que venham a remunerar o indébito à mesma taxa praticada pela instituição financeira no empréstimo pactuado (acessório).

Se, em contrato de cheque especial pactuado à taxa de 11% ao mês, a instituição financeira cobrou valor de seu correntista indevidamente, deverá restituí-lo acrescido da mesma taxa, isto é, 11% ao mês.

A solução adotada não fere a Lei de Usura, porquanto o correntista não concedeu crédito à instituição financeira, mas apenas busca restituir o que lhe foi cobrado indevidamente.

A remuneração do indébito à mesma taxa praticada para o cheque especial se justifica, por sua vez, como a única forma de se impedir o enriquecimento sem causa pela instituição financeira.

Recurso especial não conhecido.” (DJ 19.12.2003)

*Data venia*, sem razão.

Primeiro, porque só as instituições financeiras estão autorizadas a cobrar juros remuneratórios excedentes de 1% (um por cento) ao mês. Conseqüentemente, se dispusesse dos valores indevidamente descontados, o correntista não teria auferido as taxas cobradas pelo banco.

Segundo, porque as taxas cobradas em função da utilização do crédito (“cheque especial”) não correspondem aos lucros da instituição financeira. Não se pode confundir faturamento com lucro líquido. Como todo negócio empresarial, as instituições financeiras têm despesas operacionais (aluguéis, salários, equipamentos, propaganda, impostos, etc.), mais os riscos próprios do negócio (“inadimplência dos mutuários”). Só depois de deduzidos esses custos, pode-se falar em lucro propriamente tal.

Terceiro, porque no Brasil a indenização de perdas e danos não tem função punitiva. Mesmo nos Estados Unidos da América do Norte, esse instituto supõe uma carga de dolo (Usos e Abusos da Função Punitiva (punitive damages e o Direito brasileiro, Judith Martins Costa e Mariana Souza Pargendler, Revista do CEJ n. 28, p. 15/32), inexistente na espécie, na qual o perito esclareceu que os descontos estavam previstos “implicitamente no contrato de cheque especial.” (Fl. 459, 3ª vol.)

Portanto, os danos a serem indenizados são aqueles decorrentes da transferência não justificada de fundos do correntista para a instituição financeira (a respectiva quantia nominal e os juros remuneratórios de um por cento ao mês) e as despesas (juros e tarifas) que em função do correspondente saldo negativo o correntista teve de suportar (“o autor mantinha saldo devedor em sua conta corrente e sofria, em conseqüência, os débitos de juros e tarifas.” (Fl. 459, 3ª vol.)



A esses valores devem ser acrescidos na vigência do Código Civil anterior a correção monetária e os juros de mora de 0,5% (meio por cento) ao mês; a partir da vigência do atual Código Civil, os juros na forma do respectivo art. 406.

Justifica-se o regime diferenciado dos juros de mora e da correção monetária: os juros de mora na forma do art. 406 do Código Civil correspondem à Taxa Selic, que já embute a correção monetária. Hoje, ela é de 14,75% ao ano (a menor taxa básica de juros no país nestes últimos vinte anos), enquanto a inflação anual projetada é menor do que 5% ao ano, evidenciando um ganho para o credor no regime do art. 406 do Código Civil. Compare-se: antes do Código Civil (juros de 0,5% ao mês + correção monetária = a aproximadamente 11%); depois do Código Civil (Taxa Selic = 14,75%).

Voto, por isso, no sentido de conhecer do recurso especial e de dar-lhe parcial provimento para condenar o Banco Bandeirantes S/A a pagar I - a Benjamin Cruz Neves a quantia de R\$ 851,38 (oitocentos e cinquenta e um reais e trinta e oito centavos) e juros remuneratórios de 1% ao mês, mais: a) até a vigência do atual Código Civil: a correção monetária pelo INPC, e os juros de mora de 0,5% ao mês desde a citação; b) depois da vigência do atual Código Civil: os juros de mora na forma do respectivo art. 106, sem correção monetária; II - aos procuradores de Benjamin Cruz Neves, honorários de advogado arbitrados em 20% (vinte por cento) sobre o total da condenação. As partes responderão pelas custas à razão de metade para cada qual.

#### **VOTO-VISTA**

O Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito: O recorrente propôs contra o banco recorrido ação ordinária de cobrança, alegando que mantém junto a este conta-corrente desde 1994 e que, examinando extratos bancários fornecidos pelo Banco Central do Brasil, verificou uma infinidade de débitos lançados sem respaldo fático-legal. Postulou, assim, a condenação do banco na devolução de todos os valores cobrados indevidamente do autor, corrigidos pelos mesmos índices praticados pelo réu.

A ação foi julgada procedente em 1ª grau, condenando “o réu a devolver ao autor a quantia de R\$ 26.203,33 (fls. 200/201), atualizada desde a época da cobrança até o efetivo pagamento, pelos mesmos índices praticados pelo réu, acrescendo-se à condenação juros de mora de 0,5%, a partir da citação” (fl. 349). O Juiz de Direito deixou de conhecer dos embargos declaratórios por inexistir qualquer omissão ou obscuridade na sentença. (Fl. 376)

A Primeira Câmara Civil do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais rejeitou a preliminar de preclusão trazida nas contra-razões do autor. Entendeu a Corte local que o tema relativo aos índices de correção monetária dos valores devidos, apesar de não impugnados na contestação, constitui matéria de direito, não ficando preclusa. Além disso, o tema teria sido amplamente debatido na instrução. A apelação do réu foi provida em parte para, reformada a sentença, determinar “que o banco-apelante devolva ao autor a importância de R\$ 851,38 (oitocentos e cinquenta e um reais e trinta e oito centavos) corrigida pela tabela da Corregedoria Geral de Justiça a partir do ajuizamento da ação, acrescida dos juros legais, 0,5% a contar da citação” (fl. 460). Consta do acórdão que o montante lançado indevidamente atingiu R\$ 851,38 (oitocentos e cinquenta e um reais e trinta e oito centavos); que a taxa de juros restou fixada pelo Conselho Monetário Nacional, descabendo devolução; que a repetição de indébito não tem passagem porque “o autor não pagou o saldo devedor e, conseqüentemente, não despendeu de tais importâncias” (fl. 459); que sobre as diferenças constatadas “devem incidir os índices de correção previstos na Tabela da Corregedoria Geral de Justiça, vez que nenhum vínculo têm com o contrato de financiamento, sendo vedada a utilização das taxas de juros praticadas pelas instituições financeiras” (fl. 460); e que a capitalização mensal é proibida, sendo admissível em alguns títulos específicos que não se confundem com a hipótese destes autos. A apelação adesiva do autor foi desprovida, tendo em vista que o percentual fixado a título de honorários advocatícios está de acordo com o art. 20 do Código de Processo Civil, não tendo o autor obtido êxito total na demanda.

O Tribunal de origem rejeitou os embargos de declaração opostos pelo autor e pelo réu porque ausente omissão, contradição ou obscuridade.

O autor interpôs, então, recurso especial com base nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional. Apontou contrariedade ao art. 1.059 do Código Civil, porque a forma determinada para a devolução não satisfaz o que efetivamente perdeu e, muito menos, o que deixou de lucrar. Argumenta que “o Recorrido utilizou-se do dinheiro do Recorrente e anos após, devolverá esta importância ilicitamente recolhida com correção a partir da citação, além de não pagar o que ele razoavelmente deixou de lucrar” (fl. 494). Sustenta, ainda, dissídio jurisprudencial e contrariedade aos arts. 300 e 302 do Código de Processo Civil, porque toda a “matéria de defesa deve ser alegada na contestação, sob pena de preclusão e serem aceitos como verdadeiros os fatos articulados na inicial” (fl. 494), devendo ser reconhecida “a preclusão da questão relativa à forma de correção dos valores indevidamente debitados na conta do Recorrente determinando, via de conseqüência, que tais valores sejam corrigidos pela mesma taxa praticada pelo Recorrido, conforme demonstrado na perícia oficial.” (Fl. 496)



O especial foi admitido (fls. 580/581), sendo rejeitados, ainda, os respectivos declaratórios. (Fls. 617/618)

A Terceira Turma, em 28.06.2006, afetou o julgamento do recurso especial para a Segunda Seção considerando a divergência existente entre a Terceira Turma e a Quarta Turma.

O Ministro Ari Pargendler, Relator, conheceu do recurso e lhe deu provimento para condenar o réu a pagar ao autor a importância de R\$ 851,38 (oitocentos e cinquenta e um reais e trinta e oito centavos), com juros remuneratórios de 1% ao mês, acrescida também: a) até a vigência do atual Código Civil, de correção monetária pelo INPC e juros de mora de 1% ao mês desde a citação; b) a partir do novo Código Civil, deverão incidir juros de mora na forma do art. 406, sem correção monetária, já que, conforme anotado nos debates iniciados em sessão, a Taxa Selic, que hoje é aplicada pela Fazenda Nacional, já embute atualização monetária. Fixou os honorários advocatícios em favor dos advogados do autor em 20% sobre o valor da condenação e determinou a repartição das custas à razão de metade para cada uma das partes.

Segundo o eminente Relator, só as instituições financeiras podem cobrar juros remuneratórios acima de 1% ao mês; as taxas cobradas pelas instituições em função da utilização do crédito não correspondem aos lucros; a indenização de perdas e danos, no Brasil, não tem função punitiva; na hipótese presente, os danos a serem indenizados são aqueles decorrentes da transferência não justificada de fundos do correntista para a instituição financeira e as despesas decorrentes de saldo negativo que o correntista teve que suportar, acrescidos de juros de mora e de correção monetária na forma da lei.

Inicialmente, a alegada violação dos arts. 300 e 302 do Código de Processo Civil não existiu. De fato, consta da petição inicial que a importância a ser devolvida deverá ser corrigida “pelos mesmos índices praticados pelo Réu” (fl. 4). Entretanto, como bem anotado pelo Tribunal de origem, o tema relativo aos índices de correção dos valores devidos constitui matéria de direito, não de fato, ausente qualquer preclusão. Assim, ainda que não tenha sido tratado expressamente na contestação, não enseja necessariamente a preclusão ou a procedência do pedido nesta parte, devendo o Juiz aplicar a lei à espécie considerando tratar-se da correção monetária a incidir sobre a devolução, podendo o Tribunal aplicar aquele que entender cabível. A presunção de veracidade diz respeito aos fatos não contestados, não ao direito pleiteado pelo autor. Desse modo já decidiu o Corte em outras ocasiões:

“Ação monitória. Citação por edital. Embargos intempestivos. Juros. Capitalização. TR. Precedentes da Corte.

1. Os efeitos da revelia, ainda que se considere presente a intempestividade dos embargos, porque citado por edital e nomeado curador especial o réu ingressou nos autos a destempo com advogado próprio, não conduzem necessariamente à procedência do pedido, ainda mais sendo a matéria de direito, como no caso.

2. A questão dos juros posta no patamar da Constituição Federal escapa ao controle desta Corte.

3. A capitalização em contratos da espécie somente é possível anualmente.

4. A TR, devidamente pactuada, serve como índice de correção monetária.

5. Recurso especial conhecido e provido, em parte.” (REsp n. 433.934-MS, Terceira Turma, de minha relatoria, DJ 30.06.2003)

“Recurso especial. Processo Civil. Ação rescisória. Violação literal de lei. Erro de fato. Exame de atos e documentos da causa. Possibilidade em razão da questão.

Os efeitos da revelia não atingem às questões de direito, nem conduzem à inexorável procedência do pedido.

Cabe Ação Rescisória, por erro de fato, se presumível que estivesse atento à prova, o Juiz teria julgado em sentido contrário.

O Recurso Especial assentado em violação ao art. 485, IX, do CPC trata de questão de direito que implica e se confunde com questão de fato. O reconhecimento de ofensa ao dispositivo de Lei (ocorrência, ou não, de erro de fato) passa pela análise de atos ou de documentos da causa. (CPC; art. 485, IX).” (REsp n. 733.742-MG, Terceira Turma, Relator o Ministro Humberto Gomes de Barros, DJ 12.12.2005)

“Processual Civil. Recurso especial. Arts. 302, III, 315 e 319 do CPC. Reconvenção. Ausência de contestação. Peculiaridades da espécie.

Diante das peculiaridades da espécie, não se reconhece violação das normas insertas nos arts. 302, III, 315 e 319 do CPC.

Recurso especial não conhecido.” (REsp n. 735.001-RJ, Quarta Turma, Relator o Ministro Cesar Asfor Rocha, DJ 06.03.2006)

“Processual Civil. Ação de cobrança. Energia elétrica. Revelia. Efeitos. Art. 319 do Código de Processo Civil.

1. A presunção da veracidade dos fatos alegados pelo autor é relativa. O alcance do art. 319 do Código de Processo Civil deve ser mitigado, porquanto a revelia não induz obrigatoriamente à procedência do pedido



inicial, que dependerá do exame pelo magistrado de todas as evidências e provas dos autos. Precedentes.

2. Recurso especial improvido.” (REsp n. 689.331-AL, Segunda Turma, Relator o Ministro Castro Meira, DJ 13.03.2006)

“Recurso especial. Processo Civil. Reconvenção. Revelia. Efeitos. Súmula n. 7-STJ.

I - Conquanto, em princípio, tenha aplicação o art. 319 do CPC ao reconvido que não contesta, a presunção de veracidade dos fatos alegados na reconvenção em face da revelia é relativa, cedendo passo a outras circunstâncias constantes nos autos, tendo em conta que adstrito o julgador ao princípio do livre convencimento motivado. A consequência da falta de resposta à reconvenção não conduz, necessariamente, à procedência do pedido reconvenicional.

II - Por outro lado, o egrégio Tribunal *a quo*, soberano na análise do acervo probatório, ao confirmar a decisão monocrática, asseverou que o material cognitivo não dava amparo às alegações deduzidas na reconvenção. Percebe-se, pois, que entender em sentido contrário demandaria a vedada incursão em seara probatória. (Súmula n. 7-STJ)

Recurso não conhecido.” (REsp n. 334.922-SE, Quinta Turma, Relator o Ministro Felix Fischer, DJ 12.11.2001)

Em seguida aponta violação do art. 1.059 do Código Civil anterior. O dispositivo dispõe que, “salvo as exceções previstas neste Código, de modo expresse, as perdas e danos devidos ao credor, abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar”. O Código Civil em vigor repetiu o comando no art. 402 (“salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos, devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar”). Por outro lado, os arts. 1.059 e 402 referidos são complementados, respectivamente, pelos arts. 1.061 (“as perdas e danos, nas obrigações de pagamento em dinheiro, consistem nos juros da mora e custas, sem prejuízo da pena convencional”) e 404 (“as perdas e danos, nas obrigações de pagamento em dinheiro, serão pagas com atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, abrangendo juros, custas e honorários de advogado, sem prejuízo da pena convencional”).

Por outro lado, julgando caso semelhante, a Terceira Turma, no REsp n. 453.464-MG, de minha relatoria, DJ 19.12.2003, no qual fiquei vencido juntamente com o Ministro Ari Pargendler, Relatora para acórdão a Ministra Nancy Andrighi, decidiu assim:

“Processual Civil e Comercial. Recurso especial. Contrato de abertura de crédito em conta-corrente (cheque especial). Cobrança de valores indevidos pela instituição financeira. Restituição ao correntista. Remuneração do indébito. Taxa idêntica à exigida pela instituição financeira em situações regulares. Possibilidade.

É direito do titular de contrato de abertura de crédito em conta-corrente (cheque especial) obter a restituição de valores indevidamente cobrados pela instituição financeira.

O montante do indébito a ser restituído deverá ser composto não apenas pelo valor cobrado indevidamente (principal), mas também por encargos que venham a remunerar o indébito à mesma taxa praticada pela instituição financeira no empréstimo pactuado (acessório).

Se, em contrato de cheque especial pactuado à taxa de 11% ao mês, a instituição financeira cobrou valor de seu correntista indevidamente, deverá restituí-lo acrescido da mesma taxa, isto é, 11% ao mês.

A solução adotada não fere a Lei de Usura, porquanto o correntista não concedeu crédito à instituição financeira, mas apenas busca restituir o que lhe foi cobrado indevidamente.

A remuneração do indébito à mesma taxa praticada para o cheque especial se justifica, por sua vez, como a única forma de se impedir o enriquecimento sem causa pela instituição financeira.

Recurso especial não conhecido.”

Neste caso, na linha do precedente acima, deve incidir sobre o valor a ser devolvido juros remuneratórios. Com razão o Ministro Ari Pargendler ao estabelecer que os juros remuneratórios devem ser limitados a 12% ao ano, sendo certo que a cobrança de percentual acima do mencionado é permitida, tão-somente, em relação às instituições financeiras. Assim, no ponto, também voto no sentido de que, até a vigência do Código Civil atual, deverá incidir sobre o principal juros remuneratórios de 12%, correção monetária pelo INPC e juros de mora de 1% ao mês desde a citação.

Após a vigência do Código Civil em vigor, do mesmo modo que o Ministro-Relator, entendo que deverá incidir sobre o principal da dívida juros remuneratórios de 12% ao ano e juros de mora nos termos do art. 406 do referido Código. Divirjo do Relator, tão-somente, porque entendo que a correção monetária deve ser imposta expressamente, conforme passo a demonstrar.

Dispõe o art. 406 do Código Civil em vigor que, “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”. No caso presente, não há juros de mora convencionados, já que se cuida de indenização, aplicando-se o mesmo encargo cobrado pela Fazenda Nacional.

Sobre o tema, a Lei n. 8.981/1995 dispunha que:

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

I - juros de mora, equivalentes à taxa média mensal de captação do Tesouro Nacional relativa à Dívida Mobiliária Federal Interna;”

A Lei n. 9.065/1995, por sua vez, determinou a utilização da Taxa Selic assim:

“Art. 13. A partir de 1º de abril de 1995, os juros de que tratam a alínea **c** do parágrafo único do art. 14 da Lei n. 8.847, de 28 de janeiro de 1994, com a redação dada pelo art. 6º da Lei n. 8.850, de 28 de janeiro de 1994, e pelo art. 90 da Lei n. 8.981, de 1995, o art. 84, inciso I, e o art. 91, parágrafo único, alínea **a**. 2, da Lei n. 8.981, de 1995, serão equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia — Selic para títulos federais, acumulada mensalmente.”

Igualmente, sobre o Imposto de Renda, dispõe a Lei n. 9.250/1995:

“Art. 14. À opção do contribuinte, o saldo do imposto a pagar poderá ser parcelado em até 8 (oito) quotas iguais, mensais e sucessivas, observado o seguinte:

(...)

III - as demais quotas, acrescidas de juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia — Selic para títulos federais, acumulada mensalmente, calculados a partir da data prevista para a entrega da declaração de rendimentos até o mês anterior do pagamento e de 1% no mês do pagamento, vencerão no último dia útil de cada mês.

(...)

Art. 16. O valor da restituição do Imposto de Renda da pessoa física, apurado em declaração de rendimentos, será acrescido de juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia — Selic para títulos federais, acumulada mensalmente, calculados a partir da data prevista para a entrega da declaração de rendimentos até o mês anterior ao da liberação da restituição e de 1% no mês em que o recurso for colocado no banco à disposição do contribuinte.”

Não há dúvida, portanto, de que a Taxa Selic é o índice utilizado pela Fazenda Nacional, atualmente, a título de juros de mora, podendo-se trazer os seguintes precedentes desta Corte:

“Processual Civil. Fundamentação deficiente. Súmula n. 284-STF. Ausência de prequestionamento. Súmula n. 282-STF. Honorários advocatícios. Reexame de matéria fático-probatória. Súmula n. 7-STJ. Tributário. *Pro labore*. Compensação. Limites percentuais à compensação. Inaplicabilidade. Ressalva do ponto de vista do Relator. Correção monetária. Juros.

1. É pressuposto de admissibilidade do recurso especial a adequada indicação da questão controvertida, com informações sobre o modo como teria ocorrido a violação a dispositivos de lei federal. (Súmula n. 284-STF)

2. A ausência de indicação dos dispositivos em torno dos quais teria havido interpretação divergente por outros Tribunais não autoriza o conhecimento do recurso especial, quando interposto com base na alínea **c** do permissivo constitucional. (Súmula n. 284-STF)

3. A ausência de debate, na instância recorrida, dos dispositivos legais cuja violação se alega no recurso especial atrai a incidência da Súmula n. 282-STF.

4. Restou pacificado, no âmbito da Primeira Seção, no julgamento do EREsp n. 432.793-SP, Ministro Peçanha Martins, em 11.06.2003, o entendimento segundo o qual os limites estabelecidos pelas Leis ns. 9.032/1995 e 9.129/1995 não são aplicáveis quando se tratar de compensação de créditos por indevido pagamento de tributos declarados inconstitucionais pelo STF, como é o caso das contribuições em exame. Ressalva do posicionamento pessoal do Relator. Precedentes: EDCL no REsp. 515.769-RJ, Segunda Turma, Franciulli Netto, DJ 08.03.2004 e EREsp. 438.042-PI, Primeira Seção, Ministro Francisco Peçanha Martins, DJ 23.05.2005

5. Está assentada nesta Corte a orientação segundo a qual são os seguintes os índices a serem utilizados na repetição ou compensação de indébito tributário: a) IPC, de mar./1990 a jan./1991; b) INPC, de fev. a dez./1991; c) UFIR, a partir de jan./1992; d) Taxa Selic, exclusivamente, a partir de jan./1996.

6. Nos casos de repetição de indébito tributário, a orientação prevalente no âmbito da Primeira Seção quanto aos juros pode ser sintetizada da seguinte forma: a) antes do advento da Lei n. 9.250/1995, incidia a correção monetária desde o pagamento indevido até a restituição ou compensação (Súmula n. 162-STJ), acrescida de juros de mora a partir do trânsito em



julgado (Súmula n. 188-STJ), nos termos do art. 167, parágrafo único, do CTN; b) após a edição da Lei n. 9.250/1995, aplica-se a Taxa Selic desde o recolhimento indevido, ou, se for o caso, a partir de 1º.01.1996, não podendo ser cumulada, porém, com qualquer outro índice, seja de atualização monetária, seja de juros, porque a Selic inclui, a um só tempo, o índice de inflação do período e a taxa de juros real.

7. Nos casos previstos no art. 20, § 4º, do CPC, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, que levará em conta o grau de zelo profissional, o lugar da prestação do serviço, a natureza da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

8. Nessas hipóteses, não está o juiz adstrito aos limites indicados no § 3º do referido artigo (mínimo de 10% e máximo de 20%), porquanto a alusão feita pelo § 4º do art. 20 do CPC é concernente às alíneas do § 3º, tão-somente, e não ao seu *caput*. Precedentes da Corte Especial, da Primeira Seção e das Turmas.

9. Não é cabível, em recurso especial, examinar a justiça do valor fixado a título de honorários, já que o exame das circunstâncias previstas nas alíneas do § 3º do art. 20 do CPC impõe, necessariamente, incursão à seara fático-probatória dos autos, atraindo a incidência da Súmula n. 7-STJ e, por analogia, da Súmula n. 389-STF.

10. Recurso especial a que se dá parcial provimento” (REsp n. 824.792-SP, Primeira Turma, Relator o Ministro Teori Albino Zavascki, DJ 15.05.2006).

“Processo Civil. FGTS. Art. 29-C da Lei n. 8.036/1990. Ações ajuizadas posteriormente à MP n. 2.164-40/2001. Norma genérica aplicável a todas as ações do FGTS e não somente às demandas trabalhistas. Honorários advocatícios indevidos. Pacificação de entendimento (EREsp n. 583.125-RS). Juros moratórios. Art. 406 do CC/2002. Incidência da Taxa Selic.

1. A MP n. 2.164-40/2001 acrescentou o art. 29-C à Lei n. 8.036/1990, afastando a condenação em honorários advocatícios nas ações entre o FGTS e os titulares das contas vinculadas ou naquelas em que figurem os respectivos representantes ou substitutos processuais.

2. Lei especial que atinge as ações ajuizadas posteriormente à alteração legislativa, não se dirigindo o comando apenas às demandas trabalhistas.

3. Pacificação de entendimento a partir de decisão proferida pela Primeira Seção no EREsp n. 583.125-RS.

4. O STJ vinha considerando devidos juros moratórios no percentual de 0,5% ao mês, a partir da citação (Súmula n. 163-STF), por se tratar de obrigação ilícida (REsp n. 245.896-RS), sendo desinfluyente o levantamento ou a disponibilização dos saldos antes do cumprimento da decisão (REsps ns. 245.896-RS e 146.039-PE) e aplicados independentemente dos juros remuneratórios de que trata o art. 13 da Lei n. 8.036/1990.

5. Com o advento do novo Código Civil (aplicável à espécie porque ocorrida a citação a partir de sua vigência), incidem juros de mora pela Taxa Selic a partir da citação, não podendo ser cumulada com qualquer outro índice de correção monetária, porque já embutida no indexador.

6. Recurso especial provido em parte.” (REsp n. 666.676-PR, Segunda Turma, Relatora a Ministra Eliana Calmon, DJ 06.06.2005)

“Previdenciário, processual civil e civil. Recurso especial. Alínea **c**. Divergência jurisprudencial não comprovada nos termos do art. 255/RISTJ. Precedentes. Alínea **a**. Auxílio-acidente. Parcelas atrasadas. Atualização. Taxa Selic. Natureza remuneratória. Débitos tributários. Incidência. Possibilidade. Benefícios previdenciários. Aplicação. Inadmissibilidade. Caráter alimentar. Fim social. Acumulação. Juros moratórios. Impossibilidade. *Bis in idem*. 1% (Um por cento) ao mês. Arts. 406 do Código Civil e 161, § 1º do Código Tributário Nacional. Recurso conhecido e provido.

I - A admissão do Especial com base na alínea **c** impõe a juntada de cópia autenticada do inteiro teor do acórdão paradigma ou a citação do repositório oficial ou credenciado em que foi publicado, conforme disposto no art. 255 e parágrafos do RISTJ.

II - Quanto à alínea **a**, de início, cumpre esclarecer que a taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - Selic - é taxa de juros estipulada pelo Banco Central do Brasil e utilizada pelo Governo Federal como instrumento de política monetária e para financiamento no mercado de capitais. É calculada de acordo com uma média ponderada e ajustada das operações de financiamento por um dia, lastreadas em títulos públicos federais, na forma de operações compromissadas e realizadas por instituições financeiras habilitadas para esse fim.

III - Ademais, no cálculo da Taxa Selic são levados em consideração os juros praticados no ambiente especulativo, refletindo as condições instantâneas de liquidez no mercado monetário (oferta versus demanda de recursos), decompondo-se em duas parcelas: taxa de juros reais e taxa de inflação no período considerado, sofrendo grande influência desta última.



IV - Integra a Selic, ainda, a correção monetária, não podendo ser acumulada, a partir de sua incidência, com qualquer outro índice de atualização.

V - A Taxa Selic, portanto, *não possui natureza moratória*, e sim remuneratória, vez que pretende remunerar o investidor da maneira mais rentável possível, visando ao lucro, portanto, *o que transmuda o intento pretendido com os juros moratórios, qual seja, punir o devedor pela demora no cumprimento da obrigação*.

VI - Em conclusão, a Taxa Selic é composta de juros e correção monetária, não podendo ser acumulada com juros moratórios. Sua incidência, assim, configura evidente *bis in idem*, porquanto faz as vezes de juros moratórios, compensatórios e remuneratórios, a par de neutralizar os efeitos da inflação, constituindo-se em correção monetária por vias oblíquas. Daí porque impossível sua acumulação com os juros moratórios. Precedentes.

VII - A adoção da Selic conduz ao desequilíbrio social e à insegurança jurídica, porquanto é alterada unilateralmente pela Administração Federal conforme os 'ânimos' do mercado financeiro e indicadores de inflação.

VIII - *Nesse contexto, por refletir atualização monetária e remuneração, a Taxa Selic não se perfaz em instrumento adequado para corrigir débitos decorrentes de benefícios previdenciários em atraso, que possuem natureza alimentar e visam atender fins sociais. Precedentes.*

IX - A aplicação da Taxa Selic é legítima apenas sobre os créditos do contribuinte, em sede de compensação ou restituição de tributos, bem como, por razões de isonomia, sobre os débitos devidos à Fazenda Nacional. Precedentes.

X - A egrégia Quinta Turma desta Corte já decidiu no sentido de ser devida a Taxa Selic somente para débitos de natureza tributária.

XI - Este Tribunal é uníssono ao disciplinar que os juros moratórios nos benefícios previdenciários em atraso são devidos no percentual de 1% (um por cento) ao mês, em face de sua natureza alimentar. Aplicação do art. 406 do Código Civil c.c. o art. 161, § 1º do Código Tributário Nacional.

XII - Recurso conhecido e provido” (REsp n. 823.228-SC, Quinta Turma, Relator o Ministro Gilson Dipp, DJ 1º.08.2006).

“Tributário. Embargos de divergência. Empréstimo compulsório sobre combustíveis. Repetição de indébito. Juros de mora. Taxa Selic. Cabimento. Início da incidência. Pacificação da matéria pela Primeira Seção desta Corte. Precedentes.

1. Embargos de divergência ofertados contra acórdão que entendeu pela inaplicação da Taxa Selic na repetição de indébito dos valores pagos indevidamente a título de empréstimo compulsório sobre combustíveis.

2. Entendimento deste Relator no sentido de não-incidência, na repetição de indébito tributário, do art. 39, § 4º, da Lei n. 9.250/1995, que fixa critério para o encontro de taxa de juros pelo sistema denominado de Selic, haja vista que o comando expresso no art. 161, § 1º, do CTN, foi determinado pela Lei n. 5.172/1966, a qual possui forma de Lei Complementar. Já os juros moratórios da Taxa Selic foram estatuídos por Lei Ordinária n. 9.250/1995. Destarte, não se pode aceitar que uma lei de hierarquia inferior revogue dispositivo legal estabelecido por uma lei complementar.

3. No entanto, a jurisprudência da Primeira Seção do STJ pacificou entendimento no sentido de que é possível a aplicação da Taxa Selic na repetição de indébito, devendo seguir a seguinte forma de aplicação: a) incidem juros de mora a partir do trânsito em julgado (art. 167, parágrafo único, do CTN e Súmula n. 188-STJ); b) os juros moratórios de 1% ao mês aplicam-se sobre os valores reconhecidos em decisões com trânsito em julgado ocorrido antes de 1º.01.1996, visto que, a partir de tal data, é aplicável, apenas e tão-somente, a Taxa Selic, instituída pela Lei n. 9.250/1995, desde cada recolhimento indevido.

4. Embargos de divergência conhecidos e providos.” (REsp n. 213.926-PR, Primeira Seção, Relator o Ministro José Delgado, DJ 20.02.2006)

Os precedentes acima reproduzidos, como se pode verificar, além de determinar a aplicação da Taxa Selic, impedem índice de correção monetária. Isto porque a Taxa Selic, que não foi criada por lei federal, na forma como é calculada pelo Banco Central do Brasil, embute a inflação do período. Sob este aspecto, há uma similitude com a tão discutida comissão de permanência, que não foi criada por lei e tem um conteúdo complexo, não podendo ser cumulada com juros remuneratórios, correção monetária, juros de mora e multa (cf. Súmulas ns. 30 e 296-STJ; REsp n. 271.214-RS, Segunda Seção, Relator originário o Ministro Ari Pargendler, acórdão de minha relatoria, DJ 04.08.2003; e AgRg no REsp n. 712.801-RS, Segunda Seção, de minha relatoria, DJ 04.05.2005).

A respeito da Taxa Selic, mais precisamente quanto à natureza e conteúdo desta, escreveu o saudoso Ministro Domingos Franciulli Netto:

“Não há previsão legal do que seja a Taxa Selic. A lei apenas manda aplicá-la, sem indicar nenhum percentual, delegando indevidamente seu



cálculo a ato governamental, que segue as naturais oscilações do mercado financeiro, mas sempre com adrede interferência do Banco Central.

Percebe-se que de toda a legislação que se refere a *juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia — Selic para títulos federais, acumulada mensalmente*, não é possível extrair-se qualquer conteúdo acerca do significado, de sua origem e como é calculada essa ‘taxa referencial do Selic’ ou Taxa Selic.

O melhor conceito de Taxa Selic é o encontrado na Circular Bacen n. 2.868, de 4 de março de 1999 e na Circular Bacen n. 2.900, de 24 de junho de 1999, ambas no art. 2º, § 1º, *in verbis*:

‘Define-se Taxa Selic como a taxa média ajustada dos financiamentos diários apurados no Sistema Especial de Liquidação e de Custódia (Selic) para títulos federais’.

A Taxa Selic reflete a liquidez dos recursos financeiros no mercado monetário. É um indicador da taxa média de juros nas operações chamadas *overnight* e sua meta é a de, a um tempo, cobrir a defasagem da moeda ocasionada pela inflação e remunerar os investidores.

Mesmo sem definição e instituição legal da Taxa Selic para fins tributários, os legisladores inseriram-na em diversos diplomas legais como taxa de juros, não mencionando explicitamente em todos os casos que espécie de juros seriam esses.

(...)

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 exsurge quando se transplantou a Taxa Selic, sem a lei, para o terreno tributário.

Com o advento da Lei n. 9.065/1995, que recepcionou Medida Provisória n. 947, de 22 de março de 1995, houve alteração do inciso I do art. 84 da Lei n. 8.981, de 20 de janeiro de 1995 (que dispõe sobre legislação tributária), substituindo os juros de mora, equivalentes à taxa mensal de captação do Tesouro Nacional relativa à Dívida Pública Mobiliária Federal interna (DPMF), pela indigitada Taxa Selic. Essa foi a primeira aparição da Taxa Selic no campo tributário.

O art. 13 da Lei n. 9.065/1994, que alterou o inciso I do art. 84 da Lei n. 8.981/1995, não definiu o que seja a Taxa Selic, mas apenas determinou

a aplicação de juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia (Selic), como igualmente se verificou na redação de outras leis.

A nova redação, portanto, no inciso I do art. 84 da Lei n. 8.981/1995, dada pela Lei n. 9.065/1995, não instituiu a Taxa Selic, uma vez que ausentes os pressupostos constitucionais para a validade e eficácia de lei tributária.

(...)

O *overnight* é o expediente usado para a venda de um título negociável, em operação compromissada, por parte de um banco, financiador ou aplicador, para outra instituição, pelo período em geral de um dia, sob o compromisso de que o comprador o revenderá e de que o vendedor o recomprará no dia seguinte ou na data avençada. Por essa operação, que se assemelha a um empréstimo, o comprador cobra uma taxa, que está embutida no valor do negócio. Sobre a diferença entre o valor pago pelo título e o valor da revenda, calcula-se a Taxa Selic.

Percebe-se, então, que a Taxa Selic não é calculada sobre a diferença entre o valor de compra e de resgate dos títulos, como comumente se tem dito, mas *sim* sobre os juros cobrados nas operações de *overnight* (que consiste na venda do título negociável em operação financeira com cláusula de compromisso de recompra).

As operações definitivas não entram na base de cálculo da média ajustada obtida com a apuração dos financiamentos efetuados com os títulos públicos federais registrados no Selic, porque não há recompra, o que acarreta a falta de um dos elementos para composição da correspondente fórmula.

A média mensal de captação do Tesouro Nacional à Dívida Mobiliária Federal interna não é a mesma coisa que a média referencial ajustada dos financiamentos diários apurados no Sistema Especial de Liquidação e Custódia para títulos federais acumulada mensalmente.

Enquanto a taxa da DPMFi mede a amortização ou o valor financeiro arrecadado com a emissão de títulos e estoque da DPMFi em poder do público, a Taxa Selic, os juros cobrados no mercado *overnight*.

A Taxa Selic, ou *over-Selic*, dessa forma, não afere a captação do Tesouro Nacional com títulos da Dívida Mobiliária Federal interna, mas o juro médio mensalizado e ajustado das operações compromissadas efetuadas com os títulos do Tesouro Nacional e do Banco Central registrados no Selic. Em



outras palavras, a Taxa Selic reflete a remuneração dos agentes econômicos pela compra e venda dos títulos públicos e não os rendimentos do Governo com a negociação e renegociação da Dívida Mobiliária Federal interna. Assim, cai por terra o argumento de que a Taxa Selic e a taxa do Sistema de Captação se confundem, tendo ocorrido apenas mudança de sigla. Esse argumento é destituído de respaldo financeiro e jurídico, uma vez que uma coisa nada tem a ver com a outra.

(...)

Para que a Taxa Selic pudesse ser albergada para fins tributários, havia imperiosa necessidade de lei estabelecendo os critérios para sua exteriorização, por ser notório e agora até vetusto o princípio de que o contribuinte deve de antemão saber como será apurado o *quantum debeatur* da obrigação tributária. Por outra perspectiva, é mera falácia a assertiva de que a incidência da Taxa Selic não é defesa em lei, por não implicar majoração da base de cálculo do tributo ou da alíquota. A Taxa Selic, como será amiudamente examinada, 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 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.

Despiciendo lembrar que não cabe à lei, de regra, definir ou conceituar institutos jurídicos, axioma que se aplica, é claro, para os institutos jurídicos consagrados, cuja definição e explicitação é mister atribuído aos juristas e doutrinadores. A Taxa Selic, é curial, está longe, muito longe, de ser um instituto jurídico a dispensar melhor dilucidação, razão pela qual era de rigor sua conceituação legal para penetrar no campo do Direito Tributário.

Analisando as hipóteses, porém, em que o legislador optou pela incidência da Taxa Selic, infere-se que quis extrair dos tributos e das contribuições previdenciárias rendimentos atualizados.

A partir da definição dada pelo Banco Central do Brasil, e aferindo a metodologia dos cálculos efetuados e sua composição, percebe-se que a Taxa Selic é composta por juros e por um sucedâneo da correção monetária.

A doutrina e a jurisprudência já definiram e conceituaram juros e correção monetária. A Taxa Selic não é juro, pura e simplesmente. Não é também genuinamente correção monetária. Cuida-se de um instituto

jurídico ainda não definido. Do ponto de vista jurídico-tributário, essa taxa vem sendo aplicada como uma mescla de juro moratório, remuneratório, a par de procurar neutralizar os efeitos da inflação monetária.

Por ora, é de bom conselho registrar que, em verdade, a Taxa Selic é de natureza remuneratória de títulos, a parte de sua conotação substitutiva da correção da moeda. Títulos e tributos, porém, são conceitos que não podem e não devem ser misturados (lé com lé, cré com cré), pois não são *ejusdem farinae*.

(...)

Em verdade pretendeu-se aplicar, com a Taxa Selic, um misto de ganho de capital e neutralização dos efeitos da inflação. A rigor se pode dizer que a Taxa Selic seja correção monetária, pois esta, sabem-no todos, é o fator de readaptação do valor monetário corroído pelos efeitos da inflação, que apenas pode ser aferida *a posteriori*, por metodologia própria centrada notadamente na variação de preços dos produtos e serviços escolhidos para esse fim. A Taxa Selic, como se observou, é apurada segundo a taxa média das operações com títulos públicos federais calculados com base nas operações de financiamento (*overnight*) do mercado aberto.

Da interpretação do quadro *supra*, igualmente, deduz-se que foram também embutidos juros, pois, se diferente fosse, ter-se-ia um valor inexplicável para a Taxa Selic, na hipótese de voltar-se o objetivo do sistema apenas para forrar os investidores dos efeitos da desvalorização da moeda.

Nessa linha de raciocínio, houve indisfarçável intenção de remunerar o investidor em termos competitivos, quer dizer, estimulantes, levando em conta outras possíveis opções existentes no mercado.

(...)

Correção monetária e juros são institutos jurídicos que não se confundem. O IPC e o INPC são indexadores oficiais de correção monetária, instituto jurídico consagrado. A Taxa Selic, pelo contrário, além de ser um misto complexo de juros e correção monetária, de característica remuneratória, ora utilizada com a característica moratória ora com caráter compensatório, nunca apresentou de antemão os elementos formadores de sua base de cálculo.

(...)

Na realidade, a Taxa Selic foi criada para apurar rendimento de títulos federais. Ela tem as mesmas características da TR, embora esta tenha sido criada por lei.



(...)

O art. 161, § 1º do CTN, com força de lei complementar, diz que os juros serão de 1%, se a lei não dispuser em contrário. A lei ordinária não criou a Taxa Selic mas tão-somente estabeleceu seu uso, contrariando a lei complementar, pois esta só autorizou juros diversos de 1% se lei estatuir em contrário. Para que lei estabeleça taxa de juros diversa, essa taxa deverá ser criada por lei, o que não é o caso da Taxa Selic. Então, somente seria possível sua aplicação se seus juros correspondessem a exato 1%, conforme dispõe esse dispositivo, ou percentual menor.

Utilizando o critério acima, descontados os juros do CTN de 1% ao mês embutidos nessa taxa mista (Taxa Selic), verifica-se que o índice da correção monetária foi muito superior àqueles apresentados pelos institutos especializados. Se, ao reverso, descontado o índice de correção usual do valor integral da Taxa Selic, percebe-se que os juros foram maior que o estabelecido pela lei complementar.

A título de mera exemplificação da discrepância da Taxa Selic, basta compará-la com os índices apresentados pelo IBGE, FIPE e FGV.

A correção monetária da Caderneta de Poupança, corrigida pela TR, acumulada em 1999, foi de aproximadamente 16%, excluídos desse índice os juros remuneratórios. Conforme o Comunicado Bacen n. 7.050 de 10 de novembro de 1999, em março desse ano, a taxa média diária de juros, anualizada com base em 252 dias úteis para a Taxa Selic, chegou a 44,95% a.a.

Por aí se vê, por exemplo, que não tem nenhum cabimento e espeque legal a cobrança de débito tributário, do ano 1999, com a adição da Taxa Selic de 44,95% ao ano. Aplicada a correção monetária pelos índices oficiais de 1999 e mais os juros legais de 12% ao ano, o percentual assim obtido ficaria muito aquém desses 44,95%.

Com isso se quer dizer, pura e simplesmente, que esse percentual de 44,95% ao ano apenas poderia ser aplicado desde que houvesse expressa previsão legal desse *quantum* ou, no mínimo, previsão legal dos fatores que disciplinassem essa apuração.

Nos demais anos, igualmente, a mesma eiva fez-se presente.

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 constitucionais 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*.

Ressalte-se que o Copom, por circulares, indica a meta para o índice da Taxa Selic, delegando, as escusas na lei (mesmo porque não existe lei regulamentando essa taxa), arbitrariamente ao Presidente do Bacen a faculdade de alterar a meta da Taxa Selic entre os interregnos de suas reuniões.

Daí infere-se que a Taxa Selic, ainda que para contê-la ou ajustá-la à inflação, recebe estímulo do Banco Central. Vale dizer, o Copom divulga, para fins de política monetária, a previsão ou objetivo a ser alcançado pela Taxa Selic, podendo, ainda, alterá-la antes de findo o prazo previsto para tal índice.

(...)

Segundo informações do Banco Central do Brasil, *‘as taxas das operações overnight, realizadas no mercado aberto entre diferentes instituições financeiras, que envolvem títulos de emissão do Tesouro Nacional e do Banco Central formam a base para o cálculo da Taxa Selic. Portanto, a Taxa Selic é um indicador diário da taxa de juros, podendo ser definida como a taxa média ajustada dos financiamentos diários apurados com títulos públicos federais.*

Essa taxa média é calculada com precisão, tendo em vista que, por força da legislação, os títulos encontram-se registrados no Sistema Selic e todas as operações são por ele processadas.

(...)

Entre os objetivos da Taxa Selic encarta-se o de neutralizar os efeitos da inflação. A correção monetária, ainda que aplicada de forma senão disfarçada, no mínimo obscura, é mera cláusula de readaptação do valor da moeda corroído pelos efeitos da inflação. O índice que procura reajustar esse valor imiscuiu-se no principal e passa, uma vez feita a operação, a exteriorizar novo valor. Isso quer dizer que o índice corretivo não é um plus, como, por exemplo, ocorre com os juros, que são adicionais, adventícios, adjacentes ao principal, com o qual não se confundem.

Sabe-se, segundo a mesma consulta, que *‘a Taxa Selic reflete, basicamente, as condições instantâneas de liquidez no mercado monetário (oferta versus demanda por recursos financeiros).* Finalmente, ressalte-se que a Taxa Selic acumulada para determinado período de tempo correlaciona-se positivamente com a taxa de inflação apurada *ex post*, embora a sua fórmula de cálculo não contemple a participação expressa de índices de preços’.



*A correlação entre a Taxa Selic e a correção monetária, na hipótese supra, é admitida pelo próprio Banco Central.” (Inconstitucionalidade e Ilegalidade da Taxa Selic para fins Tributários, Revista de Direito Renovar, vol. 22, jan./abr./2002)*

Estudo preparado por Wagner de Barros Teles, Assessor Pleno do Departamento Econômico do Banco Central do Brasil, mostra que a Taxa Selic “é a taxa de juros na qual o sistema financeiro se baseia para formar as taxas de juros praticadas nas operações de crédito, por isso denominada taxa básica de juros”. É apurada pelo Sistema Especial de Liquidação e Custódia do Banco Central do Brasil, daí seu nome conhecido, destinado “à custódia de títulos escriturais de emissão do Tesouro Nacional e do Banco Central do Brasil, bem como ao registro e à liquidação de operações com os referidos títulos”. A Taxa Selic é “obtida mediante o cálculo da taxa média ponderada e ajustada das operações de financiamento por um dia, lastreadas em títulos públicos federais e cursadas no referido sistema ou em câmaras de compensação e liquidação de ativos, na forma de operações compromissadas”, estas “são operações de venda de títulos com compromisso de recompra assumido pelo vendedor, concomitante com compromisso de revenda assumido pelo comprador, para liquidação no dia útil seguinte”. Prossegue o estudo afirmando que a Taxa Selic, como todas as taxas de juros nominais, “pode ser decomposta em duas partes: taxa de juros real e taxa de inflação no período considerado. Portanto, tanto a Taxa Selic quanto as taxas praticadas nas operações de crédito correlacionam-se positivamente com a taxa de inflação”.

Verifica-se que a Taxa Selic é, de fato, taxa de juros remuneratórios que embute a expectativa de inflação, ou seja, correção monetária e taxa de juros real. Assim, o Código Civil novo, ao estabelecer que os juros moratórios serão aqueles utilizados pela Fazenda Nacional para a mora do pagamento de impostos, ensejou também a cumulação com a correção monetária em uma mesma Taxa.

Hoje, portanto, a utilização da Taxa Selic, por força do art. 406 do Código Civil em vigor, como juros de mora impede a aplicação concomitante de outro índice oficial específico para medir a inflação considerando a natureza de que se reveste.

No caso concreto, portanto, a adoção de algum índice oficial específico para somente medir a inflação e corrigir a dívida permanecerá vedada, apenas, enquanto for aplicada a Taxa Selic.

Desse modo, cabe a esta Corte determinar, relativamente ao período de vigência do Código Civil atual, a aplicação do art. 406 deste e, também, a correção

monetária da dívida. No momento, a utilização da Taxa Selic preenche tanto a cobertura dos juros de mora como a cobertura da correção monetária.

Não examino a questão da natureza da indenização, se tem, ou não, caráter punitivo porque entendo não ser necessário neste feito. O que se vai decidir é o critério em que se fará a devolução. De fato, o especial, como antes assinalado, terminou por pedir, depois de fazer incursão sobre o tema da preclusão, que “tais valores sejam corrigidos pela mesma taxa praticada pelo Recorrido, conforme demonstrado na perícia oficial” (fl. 496). A sentença, também como visto, condenou o banco a devolver “ao autor a quantia de R\$ 26.203,33 (fls. 200/201), atualizada desde a época da cobrança até o efetivo pagamento, pelos mesmos índices praticados pelo réu, acrescendo-se à condenação juros de mora de 0,5% a partir da citação” (fl. 349). Por seu turno, o acórdão decidiu prover, em parte, a apelação da instituição financeira para que “o banco-apelante devolva ao autor a importância de R\$ 851,38 (...) corrigida pela tabela da Corregedoria Geral de Justiça a partir do ajuizamento da ação, acrescida de juros legais, 0,5% a contar da citação.” (Fl. 463)

Por outro lado, como o pedido inicial alcança o art. 159 do Código Civil, configurado o ilícito, justo impor-se ao banco a reparação também na forma de juros remuneratórios, estes calculados dentro do limite legal de 1% ao mês.

Ante o exposto, conheço do especial e lhe dou provimento para afastar aplicação das taxas praticadas pelas instituições financeiras, utilizando-se como índice comum de juros moratórios e de correção monetária a Taxa Selic a partir da vigência do Código Civil de 2002, mantida a estipulação feita pelo ilustre Relator para o período anterior, ou seja, correção monetária pelo INPC e juros moratórios de 0,5% ao mês, acrescido de 1% de juros remuneratórios ao mês contado das datas em que efetuados os saques indevidos. A condenação da sucumbência é aquela estipulada no voto do Relator.

#### VOTO-VISTA

A Sr<sup>a</sup>. Ministra Nancy Andrighi: Trata-se de recurso especial interposto por Benjamin Cruz Neves com fundamento nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional.

*Ação*: de cobrança, proposta pelo ora recorrente em face de Banco Bandeirantes S/A. Alega o autor que mantinha conta-corrente perante a instituição financeira-ré e que esta lançou diversos débitos em sua conta-corrente sem respaldo fático legal. Por esse motivo, o autor teria sido obrigado a utilizar o limite de seu cheque especial, o que o obrigou a arcar com altos financeiros. Solicita



que lhe seja ressarcido o prejuízo com uma peculiaridade: seu pedido é no sentido de que o capital indevidamente retido pelo banco seja remunerado pelas mesmas taxas praticadas pela instituição financeira nas operações em que figura como credora.

*Sentença*: julgou procedente o pedido formulado, condenando a instituição financeira-ré a devolver ao autor a quantia de R\$ 26.203,33, atualizados desde a época da cobrança até o efetivo pagamento, pelos mesmos índices praticados pelo banco para as operações da espécie. (Fls. 347/349)

Opostos embargos de declaração pela instituição financeira, foram rejeitados pelo Juízo.

A sentença foi impugnada pela ré mediante recurso de apelação (fls. 377/402), e pelo autor, mediante a interposição de recurso adesivo. (Fls. 426/431)

*Acórdão*: deu parcial provimento ao recurso de apelação da ré e negou provimento ao recurso adesivo do autor, nos termos da seguinte ementa:

“Cobrança. Lançamentos Indevidos. ‘O direito quanto ao recebimento em devolução de parcelas indevidamente cobradas pela instituição financeira é dependente de pronunciamento judicial; portanto, cuida-se de obrigação ilíquida, devendo incidir sobre as diferenças apuradas a correção monetária a partir do ajuizamento da ação e juros de mora a contar da citação”

No corpo do acórdão, o Tribunal pondera que a conta corrente do autor se encontrava negativa à época dos fatos, de modo que:

I - seria vedada a discussão de cláusulas contratuais após a mora;

II - não caberia impor ao banco a devolução das parcelas relativas aos encargos do financiamento;

III - não poderia ser autorizada a repetição do indébito, já que não houve pagamento do valor cobrado a mais.

Além disso, o Tribunal estabeleceu que “constatadas as diferenças (...) devem incidir os índices de correção previstos na Tabela da Corregedoria Geral de Justiça, vez que nenhum vínculo têm com o contrato de financiamento, sendo vedada a utilização das taxas de juros praticadas pelas instituições financeiras”. Além disso, observou que “a capitalização mensal de juros é proibida”, que a obrigação é ilíquida e que, em função disso, a correção monetária somente poderia incidir a partir do ajuizamento da ação. Com tais ponderações, o dispositivo do acórdão ficou redigido nestes termos:

“Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso interposto para reformar o ato sentencial guerreado, determinando que o banco-apelante devolva ao autor a importância de R\$ 851,38 (oitocentos e cinquenta e um reais e trinta e oito centavos) corrigida pela tabela da Corregedoria Geral de Justiça a partir do ajuizamento da ação, acrescida dos juros legais, 0,5% a contar da citação”

*Embargos de declaração:* opostos por ambas as partes, foram rejeitados pelo Tribunal.

*Recurso especial:* interposto por Benjamin Cruz Neves, com fundamento nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional. Alega violação:

a) aos arts. 300 e 302 do CPC, porquanto o pedido de devolução dos valores indevidamente descontados pelo banco corrigidos pelos mesmos índices por ele praticados não foi contestado, do que resulta a preclusão da matéria;

b) art. 1.059 do CC/1916, porquanto a devolução do valor retido corrigido da forma determinada pelo Tribunal não representa indenização integral.

O recurso especial foi admitido na origem. (Fls. 580/581)

O banco recorrido interpôs embargos de declaração contra a decisão de admissibilidade (fls. 584/614), embargos esses que foram rejeitados. (Fls. 617/618)

Em 28 de junho de 2006 o julgamento do processo se iniciou, perante a Terceira Turma desta Corte. O julgamento, todavia, foi afetado para a Segunda Seção.

*Voto proferidos:* Tanto o ilustre Relator, Ministro Ari Pargendler, como o ilustre Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, votaram pelo conhecimento e parcial provimento ao recurso especial, para o fim de condenar o Banco Bandeirantes a pagar I - a Benjamin Cruz Neves a quantia de R\$ 851,38 e juros remuneratórios de 1% ao mês mais: a) durante a vigência do CC/1916, correção monetária pelo INPC e juros de mora de 0,5% ao mês desde a citação; b) depois do início da vigência do CC/2002, juros de mora na forma do art. 406, mediante aplicação da Selic, sem correção monetária; e, II - aos procuradores do recorrente, honorários de 20% sobre o total da condenação.

É o relatório.

#### *I - Prequestionamento*

Toda a matéria objeto deste recurso se encontra prequestionada. Com efeito, em que pese não haver menção explícita dos artigos de lei cuja violação foi alegada, a matéria por eles regulada foi debatida e a respectiva aplicação foi



decidida pelo Tribunal no julgamento ora impugnado. Assim, não se verifica, neste processo, o óbice das Súmulas ns. 282 e 356-STF.

*II - Delimitação da controvérsia*

Neste processo, há três questões em discussão, uma subsidiária à outra, a saber: Em primeiro lugar, se há preclusão em virtude do fato de o banco-recorrido não ter contestado a pretensão do autor no que diz respeito à correção de seu crédito pelos mesmos índices praticados pela instituição financeira. Em segundo lugar, na hipótese de não ser acolhida a tese da preclusão, definir a matéria de fundo do recurso, ou seja, se é possível acolher a pretensão do autor quanto à correção de seu crédito pelos índices praticados pelo mercado financeiro. Finalmente, caso não se acolha também essa segunda pretensão, deve-se é necessário definir qual critério deve orientar o julgador na aplicação da correção monetária e dos juros neste feito.

No voto proferido pelo i. Ministro-Relator, as duas primeiras questões foram superadas. Quanto à terceira questão, a orientação foi a de, no período de vigência do CC/1916, incidam juros remuneratórios de 1% ao mês, mais juros moratórios de 0,5% e correção monetária pelo INPC. Já no período de vigência do CC/2002, a Selic deveria ser aplicada em substituição à correção monetária e aos juros moratórios, mantendo-se os juros remuneratório de 1% ao mês.

*III - A alegação de incontrovérsia quanto à pretensão à correção monetária e aos juros (violação aos arts. 300 e 302 do CPC)*

Não é possível acolher a pretensão do autor, de que a falta de contestação quanto ao pedido de que seu crédito seja ressarcido com o acréscimo dos encargos financeiros praticados pelo banco-recorrido em operações da espécie, implica preclusão. Como bem observado pelo acórdão recorrido e pelos Ministros que me antecederam neste julgamento, trata-se de questão de direito e não de fato, de modo que a ausência de contestação não pode determinar seu acolhimento. Fica afastada, portanto, a alegação de violação aos arts. 300 e 302 do CPC.

*IV - Os encargos da dívida*

Com relação à possibilidade de o correntista pleitear a repetição de indébito perante instituição financeira, solicitando que o respectivo valor incidam os mesmos encargos praticados pelo banco nas operações em que figura como credor, devo pedir vênua aos ministros que me antecederam para acolher a pretensão do autor, ora recorrente. É que a matéria já foi analisada pela Terceira Turma deste STJ por ocasião do julgamento do REsp n. 453.464-MG (DJ 19.12.2003), do qual figurou como parte, inclusive, o mesmo Banco Bandeirantes, ora recorrido. Nesse processo, inicialmente relatado pelo i. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito e

no qual fui designada relatora para acórdão, defendi a idéia ora sustentada pelo recorrente e fui acompanhada pelos ilustres Ministros Antônio de Pádua Ribeiro e Castro Filho. Em meu voto, tezi as seguintes considerações a respeito do tema:

“O montante do indébito a ser restituído deverá ser composto não apenas pelo valor cobrado indevidamente (principal), mas também por encargos que venham a remunerar o indébito à mesma taxa praticada pela instituição financeira no empréstimo pactuado (acessório).

Assim, o autor não tem direito somente à devolução do que pagou indevidamente ao réu, mas, também, dos rendimentos advindos a este com a livre disposição do patrimônio usurpado. Ensina Pontes de Miranda, que *“o que se presta, em caso de repetição por enriquecimento injustificado, não é o valor do bem ao tempo em que se deu o enriquecimento, é o valor tal qual enriquece o demandado no momento em que se exerce a pretensão. Se o bem, ficando com o demandante, valeria a, mas com o demandado passou a valer a + x, é a + x que se há de prestar, (...).”* (Tratado de Direito Privado, Parte Especial, Tomo XXVI, 3ª ed., 1971, p. 167)

Além disso, dar a alguém a oportunidade de obter lucro, como é o caso, por meio da prática de ilícito, afronta à própria noção de equidade, pelo que deve ser afastada, ao máximo, qualquer solução jurídica que venha a acolher o enriquecimento ilícito. Deve-se, ao contrário, obrigar a instituição financeira a devolver não só as quantias que indevidamente reteve do correntista, mas também a efetiva remuneração que auferiu com tal procedimento.

Para isso, é razoável presumir que o banco obteve rendimentos, no mínimo, iguais às taxas e juros que pactuou com a correntista, ora recorrida, pois o destino usual da remuneração obtida pela instituição financeira é a concessão de novos créditos a clientes, mediante contratos que prevêm encargos semelhantes.

Se, em contrato de cheque especial pactuado à taxa de 11% ao mês, a instituição financeira cobrou valor de seu correntista indevidamente, deverá restituí-lo acrescido da mesma taxa, isto é, 11% ao mês.

Do contrário, caso se exigisse da autora da ação de repetição de indébito, a prova sobre quais os lucros advindos ao banco com a utilização do dinheiro usurpado, restaria ineficaz a norma contida no art. 964 do CC, pois é manifesta a impossibilidade de produção desta prova.

Em conclusão, a remuneração do indébito à mesma taxa praticada para o cheque especial se justifica, por sua vez, como a única forma de se impedir o enriquecimento sem causa pela instituição financeira.



Não se vislumbra, tampouco, violação às normas que regulam o sistema financeiro, pois não se está concedendo — a quem não tem — o direito de cobrar juros acima da taxa legal ou outros encargos somente permitidos às entidades participantes do sistema. Trata-se, repita-se, de pedido vinculado tão-somente à reparação do dano causado e à coibição do enriquecimento ilícito.

Nesses termos, a solução adotada não fere a Lei de Usura, porquanto o correntista não concedeu crédito à instituição financeira, mas apenas busca restituir o que lhe foi cobrado indevidamente. Apenas se está aplicando o mencionado art. 964 do CC, que dá ao autor da ação de repetição de indébito o direito de cobrar tudo que represente enriquecimento injustificado do réu, por imperativo legal, e tal direito somente pode ser satisfeito, na hipótese, com a devolução da remuneração obtida pelo banco ao utilizar o dinheiro usurpado da correntista.

Não há motivos para se modificar tal entendimento nesta sede.

Forte em tais razões, conheço e dou provimento ao recurso especial para o fim de restabelecer a sentença recorrida, determinando a devolução das quantias indevidamente retidas pela instituição financeira ré, corrigidas pelas mesmas taxas praticadas pelo banco nas operações em que figura como credor.

*V - Interpretação do art. 406 do CC/1916*

Na hipótese de prevalecer o entendimento contrário ao que ora sustento, passo a me manifestar sobre a terceira questão ora discutida, qual seja, a que diz respeito aos critérios de incidência dos juros e correção monetária incidentes sobre a dívida, notadamente após a vigência do CC/2002.

No voto proferido pelo i. Ministro-Relator, como já mencionado, a instituição financeira recorrida foi condenada “a pagar I - a Benjamin Cruz Neves a quantia de R\$ 851,38 (oitocentos e cinquenta e um reais e trinta e oito centavos) e juros remuneratórios de 1% ao mês, mais: a) até a vigência do atual Código Civil: a correção monetária pelo INPC, e os juros de mora de 0,5% ao mês desde a citação; b) depois da vigência do atual Código Civil: os juros de mora na forma do art. 406, sem correção monetária; II - aos procuradores de Benjamin Cruz Neves, honorários de advogado arbitrados em 20% (vinte por cento) sobre o total da condenação.”.

Para solucionar o litígio dessa forma, o Relator deu *parcial provimento* ao recurso especial. Isso porque a condenação contida no acórdão recorrido fora fixada em termos substancialmente diferentes, o que se vê pela leitura de seu dispositivo, redigido com as seguintes palavras:

“Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso interposto para reformar o ato sentencial guerreado, determinando que o banco-apelante devolva ao autor a importância de R\$ 851,38 (oitocentos e cinquenta e um reais e trinta e oito centavos) corrigida pela tabela da Corregedoria Geral de Justiça a partir do ajuizamento da ação, acrescida dos juros legais, de 0,5% a contar da citação”.

Todavia, em que pese o brilhantismo do voto do i. Ministro-Relator, não posso compartilhar de tal entendimento. Digo isso, não por qualquer razão relacionada ao *mérito* da controvérsia, mas porque entendo que *não é possível, diante da extensão do efeito devolutivo do recurso especial sub judice*, reformar o acórdão em relação a esse tema. *A modificação do critério de incidência de juros e de correção monetária (aplicação da Taxa Selic) simplesmente não foi requerida pelo recorrente, nem mesmo como pedido subsidiário, em seu recurso especial.*

Para que isso fique claro, transcrevo o pedido formulado pelo recorrente:

“*Ex positis*, requer-se a esta Colenda Corte que dê provimento ao presente recurso para reformar o v. acórdão ora guerreado, reconhecendo a preclusão da questão relativa à forma de correção dos valores indevidamente debitados na conta do Recorrente determinando, via de consequência, que tais valores sejam corrigidos pela mesma taxa praticada pelo Recorrido, conforme demonstrado na perícia oficial.”

Isso foi o que o recorrente pediu, nada mais. Não há, nem mesmo na fundamentação do recurso sub judice, qualquer menção à injustiça quanto à estipulação dos juros, após o advento do CC/2002, em 0,5% ao mês. Não há alegação de violação ao art. 406 do Código Civil vigente. Nada disso é discutido no recurso especial.

Diante desse panorama, alterar o acórdão recorrido para o fim de majorar a condenação da instituição financeira recorrida implicaria claramente *reformatio in pejus*. A única matéria em que esta Corte está autorizada a intervir, diz respeito à possibilidade da repetição do indébito do correntista, acrescido dos mesmos encargos praticados pelo Banco. Essa questão, conforme expus acima, merece ser acolhida. A discussão do art. 406 foge do âmbito do recurso especial.

Esse entendimento não se modifica pelo fato de que o art. 293 reputa compreendido, no pedido principal, também o pedido de condenação ao pagamento de juros legais. Essa norma teria aplicação somente na hipótese de concessão do pedido principal nesta sede, com reversão de um julgamento anterior que o teria negado. Nesses casos, o pedido que seria aqui acolhido, teria implícito o requerimento de incidência de juros. Foi essa a orientação adotada pela Terceira Turma



do STJ por ocasião do julgamento do REsp n. 657.717-RJ, de minha relatoria (DJ 12.12.2005) e dos respectivos embargos de declaração (DJ 06.03.2006).

Na hipótese dos autos, porém, o Tribunal já havia julgado parcialmente procedente o pedido formulado pelo autor, *manifestando-se de maneira expressa quanto aos juros*. Há, portanto, uma *decisão de cunho positivo* acerca da matéria. Não há como modificá-la nesta sede, sem pedido expresso da parte.

Não desconheço o fato de que esse entendimento não é pacífico no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. A Primeira Seção desta Corte, apreciando casos análogos (nos quais, porém, é parte a Fazenda Pública e em que a aplicação da Selic não decorre do CC/2002, mas da Lei n. 9.250/1995), tem sustentado que *não há reformatio in pejus* nessas hipóteses. Nesse sentido pode ser mencionado, por todos, o julgamento do EREsp n. 711.276-SP (Relator Ministro Teori Albino Zavascki, DJ 10.04.2006), assim ementado:

“Processual Civil. Repetição de indébito tributário. Aplicação da Taxa Selic. Definição de critérios de correção monetária e juros moratórios. Julgamento *extra petita* e *reformatio in pejus*. Inocorrência.

1. A incidência da correção monetária sobre o valor objeto da condenação se dá, como os juros de mora, *ex vi legis* (Lei n. 6.899/1981), sendo, por essa razão, independente de pedido expresso e de determinação pela sentença, na qual se considera implicitamente incluída. A explicitação dos índices a serem utilizados em seu cômputo pelo acórdão recorrido, portanto, mesmo em sede de reexame necessário, não caracteriza *reformatio in pejus*, devendo a Fazenda, se for o caso, impugnar os critérios de atualização e de juros estabelecidos.

2. O acórdão proferido pelo Tribunal de origem, ao determinar a incidência da Taxa Selic, apenas explicitou o índice a ser utilizado na atualização dos créditos a partir de 1<sup>o</sup>.01.1996, excluindo qualquer outro índice, quer de correção monetária, quer de juros. Não restou caracterizado, no caso, julgamento *extra petita* ou ocorrência de *reformatio in pejus*, mas apenas se definiu os critérios para o cálculo da correção monetária e dos juros de mora, já deferidos, ambos, ainda que de forma genérica, pelo juízo singular.

3. Embargos de divergência a que se dá provimento.”

Esse precedente apresenta uma diferença fundamental com relação ao processo sub judice. Nele, a fixação da Taxa Selic para o cômputo dos juros e da correção monetária foi feita pelo Tribunal de 2<sup>o</sup> grau diante de omissão da sentença a respeito do tema. Daí a alegação de inexistência de *reformatio in pejus*.

Não obstante, porém, há outros precedentes das Turmas integrantes da Primeira Seção nos quais, seguindo a linha traçada no julgamento EREsp n. 711.276-SP, o STJ tem reconhecido a possibilidade do estabelecimento de ofício da Selic mesmo nas hipóteses em que a matéria tenha sido, expressamente, julgada de maneira diferente em 1º grau de jurisdição. Exemplo disso é o julgamento do REsp n. 783.381-GO. (Relatora Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 19.11.2005)

Tais precedentes, contudo, estão restritos aos julgamentos promovidos pela Primeira Seção deste Tribunal, sempre com base na Lei n. 9.250/1996. No âmbito da 3ª e da Quarta Turmas do STJ, a ocorrência de *reformatio in pejus* nas hipóteses de alteração, *de ofício*, do critério de estabelecimento dos juros, tem sido sempre reconhecida. Disso são exemplos o AgRg no Ag n. 498.725-MT (Relator Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, DJ 06.10.2003) e o REsp n. 210.625-MG (Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, DJ 26.06.2000), este último assim ementado:

“Execução. Juros. *Reformatio in pejus*. Multa. Súmula n. 13 da Corte. Precedentes.

1. Não pode o Tribunal, sem recurso da parte interessada, decidir contra o apelante, no caso, para reduzir a taxa de juros contratada, configurando tal julgado verdadeira *reformatio in pejus*, não autorizada pelo direito positivo brasileiro.

2. Sem o devido prequestionamento não colhe sucesso o recurso especial, o que se dá quando, como neste feito, não se nega a possibilidade da cláusula penal, mas, apenas, considera o acórdão que houve renúncia do exequente, sendo certo, que, a teor da Súmula n. 13 da Corte, não serve para o dissídio julgado do mesmo Tribunal.

3. Recurso especial conhecido e provido, em parte.”

Também no âmbito da Terceira Seção do STJ esse tem sido o entendimento prevalecente. Nesse sentido, pode-se citar o julgamento do EREsp n. 231.872-RN (Relator Ministro Fontes de Alencar, Terceira Seção, DJ 24.09.2001), assim ementado:

“Embargos de Divergência.

Implica *reformatio in pejus* o aumento da taxa de juros a ser paga pela autarquia, quando desta o recurso.

Embargos de divergência acolhidos.”

Forte em tais razões, vencida quanto à tese da devolução das quantias indevidamente retidas do correntista, corrigidas pelas mesmas taxas praticadas pelo



Banco nas operações em que figura como credor, não conheço do recurso especial, tendo em vista que é impossível a alteração do critério de fixação dos juros e da correção monetária adotado pelo Tribunal, sem recurso da parte nesse sentido.

#### VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Castro Filho: Trata-se, na origem, de ação de cobrança proposta pelo ora recorrente em desfavor do Banco Bandeirantes S/A, tendo em vista a realização de lançamentos indevidos a débito em sua conta corrente, para os quais não havia os respectivos fatos geradores.

Discute-se, em síntese, se os valores indevidamente descontados pelo banco devem ser acrescidos com base nos mesmos índices por ele praticados ou se, não sendo o correntista instituição financeira, não se poderia permitir a restituição das importâncias devidas, com acréscimo de juros e encargos que somente são devidos às instituições que atuam diretamente no mercado financeiro.

Tanto o eminente Relator, Ministro Ari Pargendler, como o ilustre Ministro Menezes Direito, votaram pelo conhecimento e parcial provimento do recurso especial, para o fim de condenar o Banco Bandeirantes a pagar a Benjamin Cruz Neves a quantia de R\$ 851,38 (oitocentos e cinquenta e um reais e trinta e oito centavos) — correspondente à importância efetivamente debitada em sua conta-corrente —, acrescida de juros remuneratórios de 1% ao mês, mais correção monetária pelo INPC e, durante a vigência do Código Civil de 1916, juros de mora de 0,5% ao mês desde a citação, e, já na vigência do Código de 2002, aplicação da Taxa Selic, na forma do art. 406, em substituição à correção monetária e aos juros de mora, mantendo-se os juros remuneratórios de 1% ao mês, além de honorários aos procuradores do recorrente, correspondentes a 20% sobre o valor da condenação.

Dessa orientação divergiu a ilustre Ministra Nancy Andrichi, reportando-se aos fundamentos expendidos no julgamento do REsp n. 453.464-MG, DJ 19.12.2003, no qual foi designada relatora para o acórdão, oportunidade em que também aderi à argumentação favorável aos interesses do recorrente-correntista, com alguns dos seguintes fundamentos:

“Na hipótese em apreço, os débitos indevidamente lançados na conta corrente da autora entre 30.03.1994 e 31.07.1997 foram devidamente identificados e discriminados nas planilhas acostadas ao laudo pericial (fls. 673/677), estando presentes, portanto, as condições necessárias para se constatar o enriquecimento sem causa: o locupletamento de uma, com o empobrecimento correlativo da outra parte; a falta de justa causa e a relação de causalidade entre o enriquecimento e o empobrecimento.

Assim, a única questão a ser elucidada diz com os critérios a serem utilizados na apuração do montante devido, fazendo-se a opção entre a restituição do indébito com base nos parâmetros adotados pela contadoria judicial, acrescidos de juros de 6% ao ano, conforme determinado pela sentença, ou, de outro modo, aplicando-se as mesmas taxas praticadas pela instituição bancária, em consonância com o acórdão recorrido.

(...)

Seria contrário ao princípio geral da equidade — que pressupõe tratamento igualitário das partes nas suas relações contratuais — deferir à autora a atualização monetária do montante devido acrescido apenas de juros de 6% ao ano, sob pena de se prestigiar o enriquecimento sem causa por parte do estabelecimento de crédito, o que poderia até servir de incentivo a outras práticas assemelhadas. Isso porque, embora, em situação como a dos autos, haja uma dificuldade natural de se aferir a extensão das vantagens obtidas com as importâncias indevidamente retidas, é razoável presumir que a movimentação desse numerário gerou lucros para o banco, superiores, em muito, ao *quantum* a ser alcançado com a aplicação dos indexadores publicados pela Corregedoria de Justiça, acrescidos de juros legais.

No âmbito da Quarta Turma, aliás, existe precedente versando questão semelhante à enfrentada no presente recurso (REsp n. 401.694-MG, DJ 14.05.2002, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar), em que foi deferida a correção de acordo com a Taxa Selic. Não obstante, acredito que o mais apropriado e justo seria adotar como critério na atualização do débito a mesma taxa de juros praticada pela instituição financeira, conforme consignou a Ministra Nancy, porém, com a ressalva de que não sejam eles computados de forma capitalizada, uma vez que o anatocismo, salvante as hipóteses previstas em lei, também é afastado por esta Corte, nas demandas em que os bancos são os credores.”

Todavia, após aquele julgamento, passei a refletir mais demoradamente sobre o tema. Afinal — seria de se indagar — em que consiste, realmente, a repetição do indébito? Sob a ótica do direito (Civil, Processual Civil e do Consumidor) é a faculdade assegurada àquele que foi cobrado sem ser devedor de exigir que a importância que fora dada em pagamento lhe seja restituída em dobro, acrescida de juros e correção monetária.

Ora, se assim é, a penalidade imposta ao credor que cobrou sem causa justa é a dobragem do valor indevidamente exigido; não, o lucro possivelmente auferido com a utilização do valor a que não tinha direito.



Nada impede, a meu sentir, que o prejudicado, além da dobração, pleiteie indenizar-se pelo que perdeu ou, razoavelmente, deixou de ganhar com o valor indevidamente cobrado. De acordo com esse raciocínio, é, desimportante indagar se houve ou não lucro com o recebimento indébito; o que se tem de considerar é o efetivo prejuízo de quem pagou o que não devia. Mas isso é matéria que tem de ser discutida e provada em processo de conhecimento, não sendo, pois, o caso em apreciação.

Feitas essas considerações, com a devida vênua da ilustre Ministra Nancy Andrighi, acompanho o voto do emérito Relator.

#### **VOTO-VISTA**

O Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa: 1. Cuida-se de recurso especial, interposto por Benjamin Cruz Neves contra Banco Bandeirantes S/A, contra v. acórdão proferido pelo Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais, determinando que o recorrido devolvesse ao recorrente a quantia de R\$ 851,38 (oitocentos e cinquenta e um reais e trinta e oito centavos), corrigida pela tabela da Correção Geral de Justiça e acrescida de juros legais de 0,5% ao mês, a partir da citação.

Sob alegação de contrariedade aos arts. 1.059 do Código Civil de 1916, bem como 300 e 302, ambos do Código de Processo Civil, e de dissídio jurisprudencial, pleiteia o correntista a devolução do valor em aplicação da mesma taxa praticada pelo banco recorrido, conforme decidido em 1º grau de jurisdição, que fixou o *quantum* a ser restituído em R\$ 26.203,33 (vinte e seis mil, duzentos e três reais e trinta e três centavos).

O julgamento foi afetado a esta Segunda Seção.

O eminente Relator Ministro Ari Pargendler, votou no sentido de conhecer do recurso especial e de lhe dar parcial provimento, para condenar o recorrido ao pagamento da quantia de R\$ 851,38 (oitocentos e cinquenta e um reais e trinta e oito centavos), com juros remuneratórios de 1% ao mês, mais correção monetária apurada pelo INPC e juros de mora de 0,5% ao mês, desde a citação até a vigência do atual Código Civil, quando então seriam substituídos tais índices por juros de mora, na forma do art. 406 da Lei Civil; as custas processuais ficaram divididas em partes iguais e o banco recorrido ainda foi condenado ao pagamento dos honorários advocatícios ao patrono do recorrente, arbitrados em 20% sobre o total da condenação.

Entendeu o eminente Relator que somente as instituições financeiras têm autorização para cobrar juros remuneratórios superiores a 1% ao mês, bem como

que as taxas cobradas por elas não correspondem a seus lucros; asseverou ainda que a indenização de perdas e danos não pode ter função punitiva.

O eminente Ministro Carlos Alberto Menezes Direito acompanhou o Relator, sustentando a inexistência de violação dos dispositivos legais apontados na interposição do recurso especial, destacando ainda não haver dúvida de que a Taxa Selic é o índice utilizado pela Fazenda Nacional para efeito de mora no pagamento de impostos.

Divergiu dos dois primeiros votos a eminente Ministra Nancy Andriahi, que acolheu a pretensão do recorrente, seguindo precedente da colenda Terceira Turma do STJ, em processo onde foi Relatora para o acórdão (REsp n. 453.464-MG, DJ 19.12.2003); reportando-se ao voto condutor do mencionado julgado, entendeu a Ministra Nancy Andriahi que “a remuneração do indébito à mesma taxa praticada para o cheque especial se justifica, por sua vez, como a única forma de se impedir o enriquecimento sem causa pela instituição financeira”.

Finalmente, na sessão de 14 de março próximo passado, o eminente Ministro Castro Filho proferiu seu voto, acompanhando a Relatoria; entendeu o ilustre Ministro que a penalidade imposta ao credor que cobra sem justa causa é o pagamento do valor indevido em dobro, e não o lucro que poderia auferir com a utilização da quantia que pertencia ao correntista; na ocasião, pedi vista dos autos para melhor análise sobre o tema.

Este o relatório.

2. Peço vênia à eminente Ministra Nancy Andriahi, para discordar da possibilidade de o correntista — que teve valores indevidamente deduzidos de sua conta-corrente — obter a remuneração, que poderia conseguir o banco caso aquele lhe devesse tal quantia.

Preceituava o *caput* do art. 1.059 do Código Civil de Clóvis Beviláqua, cuja violação se alega no presente recurso:

“Art. 1.059. Salvo as exceções previstas neste Código, de modo expresso, as perdas e danos devidos ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.” (Grifei)

Não destoia do citado dispositivo o art. 402 do atual Código Civil, que apresenta, tão-somente, pequenas modificações em relação àquela redação; ora, sendo o correntista pessoa física, não se pode afirmar que ele razoavelmente deixou de lucrar o que a instituição financeira obteria, caso cobrasse por um empréstimo de mesmo valor; isto porque ao recorrente não seria, como não é, permitida a cobrança dos encargos remuneratórios e moratórios de que se vale um banco, cujas regras são reguladas pelo Banco Central do Brasil e pelo Conselho Monetário



Nacional, tomando em consideração o custeio dos encargos operacionais das instituições bancárias, como fator primordial retributivo.

Sobre o tema, confira-se o entendimento da doutrina:

“O art. 402 dispõe que, salvo as exceções legais, as perdas e danos devidos ao credor abrangem além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar. Estas expressões dizem respeito, respectivamente, ao dano emergente e ao lucro cessante (...).

A prova da existência do dano é indispensável para o surgimento do dever de indenizar e deve ser feita, em regra, por quem alega o prejuízo. A efetiva comprovação dos prejuízos é tão importante que mesmo que se comprove a violação de um dever jurídico e a culpa ou o dolo do infrator, nenhuma indenização será devida se não houve prejuízo (...).

O dano emergente, também chamado de dano positivo, consiste na efetiva e imediata diminuição no patrimônio da vítima (Sérgio Cavalieri Filho, Programa, p. 71) (...) o lucro cessante engloba tudo aquilo que a vítima razoavelmente deixou de ganhar por causa do descumprimento da obrigação. Segundo Sérgio Cavalieri Filho, é o reflexo futuro do ato ilícito sobre o patrimônio da vítima, a perda do ganho esperável, a frustração da expectativa do lucro ou a diminuição potencial do patrimônio (Programa, p. 72). (...)

O lucro cessante, no entanto, não se confunde com o lucro imaginário ou simplesmente hipotético. O art. 402 serve-se do princípio da razoabilidade para a quantificação do lucro cessante, de modo que somente poderá ser considerado o que razoavelmente se deixou de lucrar” (*in Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes, Renovar, Rio de Janeiro, 2004, p. 725/727).

3. Do exposto, diante de não divisar violação do art. 1.059 do Código Civil de 1916 e em face da impossibilidade de se tipificar a restituição, de acordo com as taxas bancárias, que seriam cobradas pela instituição financeira, como o que o correntista “efetivamente perdeu” ou o que “razoavelmente deixou de lucrar”, dou parcial provimento ao recurso especial, nos termos do voto do eminente Ministro-Relator.

É o meu voto.

#### VOTO

O Sr. Ministro Massami Uyeda: Sr. Presidente, já tomei conhecimento desse debate, que, aliás, é muito interessante, porque, numa análise primeira, podia-se

pensar o tratamento igualitário de quem toma um dinheiro emprestado em mútuo da instituição financeira: se sofre um prejuízo, deveria, também, ser remunerado em termos igualitários.

Mas, analisando não só o posicionamento adotado pelo eminente Relator, o Sr. Ministro Ari Pargendler, também ousou divergir do entendimento da Sr<sup>a</sup>. Ministra Nancy Andrighi, que sustenta ser cabível a correção pelas mesmas taxas do empréstimo para o banco, porque são situações de natureza diversa, *data venia*, e pelas razões de que o correntista prejudicado não tem essas autorizações dadas ao Sistema Financeiro.

O meu voto é no sentido de acompanhar o eminente Relator.

---