PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação em Direito

Henrique Lanza Neto

MODIFICAÇÃO OU REVISÃO DE CONTRATOS DE CRÉDITO BANCÁRIO
NAS RELAÇÕES DE CONSUMO: análise jurídico-econômica

Belo Horizonte (MG)

2019

Henrique Lanza Neto

**MODIFICAÇÃO OU REVISÃO DE CONTRATOS DE CRÉDITO BANCÁRIO NAS
RELAÇÕES DE CONSUMO: análise jurídico-econômica**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito.

Área de concentração: Direito Privado

Orientador: Professor Doutor César Augusto de Castro Fiuza

Belo Horizonte (MG)

2019

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

L297m Lanza Neto, Henrique
Modificação ou revisão de contratos de crédito bancário nas relações de consumo: análise jurídico-econômica / Henrique Lanza Neto. Belo Horizonte, 2019.
141 f.

Orientador: César Augusto de Castro Fiuza
Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Programa de Pós-Graduação em Direito

1. Brasil. Código de defesa do consumidor (CDC) (1990). 2. Instituições financeiras - Brasil. 3. Mútuo (Direito). 4. Empréstimo bancário - Avaliação - Aspectos jurídicos. 5. Contratos - Legislação - Brasil. 6. Impossibilidade executória. 7. Abuso de direito. 8. Boa-fé (Direito). 9. Proteção e defesa do consumidor. I. Fiuza, César Augusto de Castro. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDU: 347.734

Henrique Lanza Neto

**MODIFICAÇÃO OU REVISÃO DE CONTRATOS DE CRÉDITO BANCÁRIO NAS
RELAÇÕES DE CONSUMO: análise jurídico-econômica**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito.

Área de concentração: Direito Privado

Orientador: Professor Doutor César Augusto de Castro Fiuza

Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza (Orientador) – PUCMINAS

Prof. Dr. Rodrigo de Almeida Magalhães (Avaliador) - PUCMINAS

Prof. Dr. Cimon Hendrigo Burmann de Souza (Avaliador) - PUCMINAS

Prof. Dr. Henrique Avelino Rodrigues de Paula Lana (Avaliador) - PUCMINAS

Prof. Dr. Daniel Moreira do Patrocínio (Avaliador) - UNA

Prof. Dr. Vitor Salino de Moura Eça (Suplente) - PUCMINAS

Prof. Dr. Gualter de Souza Andrade Júnior (Suplente) - PUCMINAS

Belo Horizonte (MG), 20 de novembro de 2019.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus por sempre me guiar pelo caminho reto e orientar meus passos.

À minha família, em especial à minha esposa Thamara, meus dois filhos, Heitor e Clara, meus pais e meus irmãos, que amorosa e afetuosamente cederam incalculável parcela do nosso tempo de convívio para que eu pudesse debruçar-me sobre os estudos e por sempre me motivarem a buscar o máximo de mim.

Ao meu estimado orientador, Professor César Fiúza, pela clareza de linguagem em todas as suas acepções, sensibilidade com o humano e precisão nas orientações, viabilizando a multiplicidade de conhecimentos e reflexões.

Aos membros da banca avaliadora, pela disponibilidade e presteza ao destacarem preciosa parcela de seu tempo em dedicação à leitura deste trabalho.

A todos que direta ou indiretamente contribuíram para a minha trajetória profissional e acadêmica.

RESUMO

Polêmica que perpetua e divide a análise científica no Direito Privado diz respeito à liberdade de contratar e, assim, gerar suas próprias regras perante o outro e o crescente intervencionismo estatal (principalmente judicial) na vontade manifestada, alterando, de forma compulsória, situações já consolidadas na vida privada. Sob referida perspectiva, a presente tese analisa o contrato de adesão de mútuo bancário envolvendo o consumidor, buscando identificar os parâmetros e critérios jurídico-econômicos que possam permitir ao intérprete concluir pela revisão ou modificação de suas cláusulas conforme previsto no art. 6º, V, da Lei nº 8.078/90 (CDC/90). Parte-se da premissa de que a aplicação das teorias do Direito e da Economia são essenciais para viabilizar a interpretação dos parâmetros amplos e abertos de referido dispositivo legal, e que a ausência dessa aplicação pode resultar em prejuízos aos próprios interesses dos consumidores, dando direção oposta ao propósito do CDC/90, que é proporcionar um ambiente mais seguro, menos oneroso e mais benéfico à parte considerada vulnerável nas relações de consumo (o consumidor), em um mercado mais eficiente e orientado pela livre iniciativa e pela livre concorrência, consoante os princípios estabelecidos pela Constituição Federal de 1988. Pressupõe-se, ainda, que a interpretação ampla e aberta dada pelo intérprete e, especificamente, pelos tribunais brasileiros estampada em suas decisões tem causado insegurança jurídica, o que, inevitavelmente, vem influenciando o aumento do preço do crédito concedido pelas instituições financeiras por intermédio dos contratos de mútuo bancário, situação oposta àquela objetivada pelo CDC/90. Dessa forma, pretende-se no presente trabalho analisar o mútuo bancário como fenômeno jurídico-econômico, no intuito de apresentar uma solução interpretativa economicamente mais eficiente para o art. 6º, V, CDC/90.

Palavras-chave: Direito do Consumidor. Economia. Mútuo bancário. Onerosidade. Desproporcionalidade.

ABSTRACT

Controversy that perpetuates and divides the scientific analysis in Private Law concerns the freedom to contract and, thus, to generate its own rules before the other and the increasing state intervention (mainly judicial) in the manifested will, changing, in a compulsory way, already consolidated situations in private life. In this perspective, the present thesis analyzes the agreement of adhesion of bank loan involving the consumer, seeking to identify the parameters and juridical-economic criteria that could allow the interpreter to complete the revision or modification of its clauses as foreseen in art. 6, V, of Law No. 8,078/90 (CDC/90). It is based on the premise that the application of theories of law and economics are essential to enable the interpretation of broad and open parameters of said legal device, and that the absence of such application can result in damages to the interests of consumers, giving direction contrary to the purpose of the CDC/90, which is to provide a safer, less burdensome and more beneficial environment for the part considered to be vulnerable in consumer relations (the consumer), in a more efficient market driven by free initiative and free competition, depending on the principles established by the Federal Constitution of 1988. It is also assumed that the broad and open interpretation given by the interpreter and, specifically, by the Brazilian courts stamped in their decisions has caused legal uncertainty, which, inevitably, has been influencing the increase of the price of credit granted by financial institutions rates, a situation opposite to that objectified by CDC/90. In this paper, we intend to analyze the banking mutual as a legal-economic phenomenon, in order to present an economically more efficient interpretive solution for art. 6, V, CDC/90.

Keywords: Consumer Law. Economy. Banking Mutual. Onerosity. Disproportionality.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AgRg	Agravo regimental
AREsp	Agravo no especial
ADI	Ação direta de inconstitucionalidade
AED	Análise Econômica do Direito
BACEN	Banco Central do Brasil
CADE	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CC/02	Código Civil de 2002
CDC/90	Código de Defesa do Consumidor
CF/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
IOF	Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro ou relativas a Títulos ou Valores Mobiliários
REsp	Recurso especial
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJMG	Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	15
2 CONTRATOS DE CRÉDITO BANCÁRIO AO CONSUMIDOR NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	17
2.1 Aspectos constitucionais e infraconstitucionais da abusividade e da excessiva onerosidade nas relações de consumo	17
2.2 Fatores jurídicos e econômicos da precificação ao consumidor	20
2.2.1 Modelo jurídico capitalista brasileiro e a fixação de preços ao consumidor	21
2.2.2 Precificação e consumo na análise econômica do contrato de crédito bancário.....	23
2.2.2.1 Conceitos econômicos preliminares e seus referenciais	23
2.2.2.2 Precificação e consumo na análise econômica do direito do contrato de crédito bancário	27
2.2.2.3 Elasticidade, escolhas públicas e assimetria de informações quanto às relações consumeristas de crédito bancário	38
2.2.3 Restrições jurídico-econômicas de intervenção no preço pelos poderes do Estado – vedação ao controle de preços: breve síntese	46
3 CONTROLE DE PREÇOS NOS CONTRATOS DE MÚTUO BANCÁRIO	49
3.1 Mútuo bancário: definição, características e distinção das demais modalidades de mútuo civil	49
3.2 Regulação do mercado de crédito bancário e legitimidade institucional para intervenção no preço dos produtos e serviços bancários.....	54
3.3 A vontade e a boa-fé objetiva como fundamentos de legitimação dos contratos de mútuo bancário e o controle da desproporcionalidade e da excessiva onerosidade nas relações de consumo.....	56
3.4 Abuso de direito na revisão ou modificação de mútuos bancários no âmbito judicial e a teoria da lesão	61
4 ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO APLICADA AOS MÚTUOS BANCÁRIOS NAS RELAÇÕES DE CONSUMO: POR UM CRITÉRIO CIENTÍFICO JUSTIFICATIVO DA MODIFICAÇÃO OU REVISÃO	69
4.1 Mútuo bancário como contrato de adesão e a abusividade como mecanismo de regulação das desigualdades entre o consumidor e o fornecedor	70
4.2 Análise econômica do Direito no âmbito privado: mútuos bancários ao consumidor enquanto fenômenos jurídicos e econômicos	74
4.2.1 A relação de consumo e a tomada de decisão por firmar um mútuo bancário: o comportamento esperado dos contratantes e os mecanismos jurídicos e econômicos indutores de comportamento	76
4.2.1.1 A teoria dos jogos aplicada aos mútuos bancários	77
4.2.1.2 Seleção adversa e racionamento do crédito aplicados aos empréstimos bancários na visão de Harold Scott Bierman e Luis Fernandez	84
4.2.1.3 A teoria dos jogos e o dilema do prisioneiro nos contratos de mútuo bancário ao consumidor.....	96
4.2.1.4 A ação de contratar orientada por comportamentos honestos ou por comportamentos oportunistas	103
4.2.2 Condições de validade das cláusulas dos mútuos bancários ao consumidor e as cláusulas abusivas: avaliação da abusividade, da desproporcionalidade e da excessiva onerosidade	108

4.2.2.1 Condições gerais de validade e deveres anexos nos contratos de adesão nas relações de consumo e teoria econômica do risco e seguro.....	110
4.2.2.2 Dever de informar, a confiança e a correção do desequilíbrio gerado pela assimetria da informação: a falha da informação como baliza para a caracterização da abusividade	114
4.2.2.3 Boa-fé objetiva como mecanismo de correção da assimetria da informação	116
4.2.2.4 Formação privada do preço no serviço de crédito bancário e a função social do contrato	117
4.2.2.5 Condições especiais de validade dos contratos de adesão: as balizas normativas específicas do CDC/90.....	122
5 CONCLUSÃO	125
REFERÊNCIAS.....	135

1 INTRODUÇÃO

Polêmica que perpetua e divide a análise científica no Direito Privado diz respeito à liberdade de contratar e, assim, gerar suas próprias regras perante o outro e ao crescente intervencionismo estatal (principalmente judicial) na vontade manifestada, alterando, de forma compulsória, situações já consolidadas na vida privada.

No Direito Contratual, os princípios da autonomia privada e da força vinculante do contrato vêm sofrendo sucessivas mitigações, segundo o dirigismo contratual exercido principalmente pelo Poder Judiciário ao rever ou modificar o conteúdo dos contratos e reorientar o *pacta sunt servanda*, sobrepondo sua vontade à vontade dos contratantes, privilegiando um em detrimento do outro.

Frente a referida situação, percebe-se a falta de uma análise mais acurada das circunstâncias sociais, jurídicas e econômicas pela ausência parcial ou completa de critérios cientificamente precisos que orientem o intervencionismo estatal nos contratos e, especificamente, aqueles insertos no âmbito das relações de consumo.

O contrato de mútuo bancário que tem em um dos polos o consumidor faz parte dessa modalidade. Objeto de constante revisão e modificação pelos tribunais brasileiros é o tipo de contrato que será analisado neste trabalho.

O art. 6º, V, da Lei nº 8.078/90¹ (CDC/90) autoriza a modificação de cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas, se apresentando como critério amplo. Porém, se interpretado sem se tomar por base as teorias do Direito e os referenciais da Economia, o dispositivo favorecerá a distorção dos propósitos do CDC/90, promovendo consequências mais onerosas e desproporcionais ao consumidor, situação oposta àquilo que impõe referida lei. É o que vem ocorrendo nos mútuos bancários, em que a modificação ou a revisão desses instrumentos pelo Poder Judiciário tem contribuído para o aumento do custo do crédito no Brasil.

Leva-se em consideração que tal fato decorre, dentre outros fatores eminentemente políticos e regulatórios, da falta de uma análise mais detalhada e concreta das possibilidades delineadas pelo legislador que autorizam a modificação ou a revisão dos contratos, mediante a aplicação de um método interpretativo embasado nas teorias do Direito e Economia (ou Análise

1 “Art. 6º São direitos básicos do consumidor: [...] V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas;”

Econômica do Direito – AED), permitindo se chegar a uma solução mais adequada, justa e aproximada dos propósitos do CDC/90.

Dessa forma, a presente tese está dividida em três capítulos, além desta introdução e da conclusão, que buscam analisar o tema para, ao final, chegar-se a uma conclusão que viabilize uma solução orientadora para o intérprete na aplicação do art. 6º, V, CDC/90, e dos princípios e conceitos elementares do Direito Contratual.

No capítulo 2, “Contratos de Crédito Bancário ao Consumidor no Estado Democrático de Direito”, são apresentados, em uma análise crítico-reflexiva, os principais aspectos constitucionais e infraconstitucionais que envolvem a temática da liberdade de iniciativa e de concorrência diante da modificação ou revisão de contratos de crédito bancário, estas fundadas na desproporcionalidade e/ou na excessiva onerosidade permitida pelo art. 6º, V, CDC/90. Da mesma forma, o capítulo contempla a articulação dos fatores jurídicos e econômicos da precificação ao consumidor.

O capítulo 3, propositadamente intitulado “Controle de Preços nos Contratos de Mútuo Bancário”, registra uma abordagem sobre as definições e características dos mútuos bancários e sua diferenciação das demais modalidades de mútuo, a regulação do mercado de crédito bancário e a legitimação institucional para intervenção no preço dos produtos e serviços bancários. Apresenta, ainda, uma análise da vontade e da boa-fé objetiva como fundamentos de legitimação dos contratos de mútuo bancário e um exame do controle da desproporcionalidade e da excessiva onerosidade nos contratos de mútuo bancário e, por fim, do abuso do direito à modificação ou revisão de mútuos bancários em âmbito judicial e da teoria da lesão.

No capítulo 4, “Análise Econômica do Direito Aplicada aos Mútuos Bancários nas Relações de Consumo: por um critério científico justificativo da modificação ou revisão”, propõe-se um critério social-jurídico-econômico justificador da aplicação do art. 6º, V, do CDC/90; apresentando-se, em seguida, no capítulo 5, as conclusões a respeito da investigação.

Ressalte-se, por fim, que a aplicação do princípio da autonomia privada e os referenciais da análise econômica do direito (AED) perpassam a abordagem de forma transversal, incidindo em cada um dos capítulos mencionados. Da análise econômica do direito o estudo está fundado nas bases teórica neoinstitucionais contemporâneas que abordam a microeconomia na perspectiva da relação comportamental entre o consumidor e o fornecedor de produtos ou serviços, buscando um ponto de equilíbrio entre eles, mas, levando-se em consideração neoclássicos conceitos, como o de Vilfredo Pareto que se apresenta como ponto de partida da análise econômica até mesmo pelos neoinstitucionalistas ao orientar a necessidade de se estabelecer um equilíbrio entre o comportamento dos sujeitos.

2 CONTRATOS DE CRÉDITO BANCÁRIO AO CONSUMIDOR NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O presente capítulo tem como objetivo analisar os aspectos constitucionais e infraconstitucionais do art. 6º, V, CDC/90 em seu plano de fundamentação, sob os parâmetros norteadores de identificação da excessiva onerosidade e da desproporcionalidade que autorizam, respectivamente, a revisão ou a modificação de contratos prevista em referido dispositivo legal. Na dicção do mencionado dispositivo legal, a modificação de contratos é permitida nas hipóteses de prestações desproporcionais, enquanto a revisão somente deverá ocorrer quando sobrevierem fatos supervenientes que tornem as prestações contratuais excessivamente onerosas, sendo relevante para o exame, articular mencionados referenciais.

Em um segundo momento, o enfoque será dado à avaliação dos critérios de precificação nos contratos de crédito bancário ao consumidor a partir das bases econômicas, consumeristas e democráticas, como forma de articular e intercalar os conceitos que influenciam a composição do preço dos produtos ou serviços e, por consequência, identificar eventuais restrições à revisão ou modificação judicial de contratos.

2.1 Aspectos constitucionais e infraconstitucionais da abusividade e da excessiva onerosidade nas relações de consumo

Uma análise da Constituição Federal de 1988 (CF/88) e de sua repercussão na legislação infraconstitucional permite uma releitura da relação jurídica de consumo, objetivando imprimir maior clareza à abordagem relacionada aos conceitos de desproporcionalidade e de excessiva onerosidade descritos no art. 6º, V, CDC/90.

Correlacionando ao tema tratado, no rol dos direitos fundamentais, a CF/88 atribui ao Estado a defesa do consumidor, na forma da lei (art. 5º, XXXII²). Por sua vez, ao abordar a ordem econômica e financeira, a Carta Magna impõe a defesa do consumidor (art. 170, V³), articulada com os princípios da valorização do trabalho humano, da livre iniciativa, viabilização da existência digna em conformidade com a justiça social, da soberania nacional, da livre concorrência, da função social da propriedade, da propriedade privada, da defesa do meio ambiente, da redução das desigualdades regionais e sociais e da busca do pleno emprego.

² “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;”

³ “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...]V - defesa do consumidor;”

Ao comentar o art. 170, CF/88, especialmente os princípios da livre concorrência e da defesa do consumidor como fatores do mercado, Rizzatto Nunes assim destaca:

O mercado é composto, como se sabe, não só pelos empreendedores da atividade econômica, mas também pelos consumidores. Não existe mercado sem consumo.

Ao estipular como princípios a livre concorrência e a defesa do consumidor, o legislador constituinte está dizendo que nenhuma exploração poderá atingir os consumidores nos direitos a eles outorgados (que estão regradados na constituição e também nas normas infraconstitucionais).

[...] Quando se fala em regime capitalista fundado na dignidade da pessoa humana, nos valores sociais e na cidadania, como é o nosso caso, o que se está pressupondo é que esse regime capitalista é fundado num mercado, numa possibilidade de exploração econômica que vai gerar responsabilidade social. (NUNES, 2015, p. 101-102).

Retromencionados dispositivos constitucionais têm o propósito de compatibilizar, dentre outros, os interesses dos empreendedores (livre iniciativa, livre concorrência e propriedade privada) com os interesses dos consumidores (produtos ou serviços de melhor qualidade e com preços mais acessíveis) como agentes do mercado. Dessa forma, para a garantia da ordem econômica, é livre a oferta de produtos ou de serviços no mercado; contudo, sob a perspectiva do consumidor, devem-se assegurar condições de qualidade dos produtos ou serviços, inexistência de riscos à segurança do consumidor, transparência e harmonia entre os dois agentes (art. 4º, CDC/90⁴), e a garantia de que o consumidor é a parte mais vulnerável da relação, pois, em princípio, não é quem domina a cadeia produtiva do fornecedor.

Por essas razões sobreveio o CDC/90, que criou mecanismos tendentes a minimizar a vulnerabilidade do consumidor (art. 4º, I) e promover a igualdade material para com o fornecedor.

⁴ “Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo; II - ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor: a) por iniciativa direta; b) por incentivos à criação e desenvolvimento de associações representativas; c) pela presença do Estado no mercado de consumo; d) pela garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho. III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores; IV - educação e informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo; V - incentivo à criação pelos fornecedores de meios eficientes de controle de qualidade e segurança de produtos e serviços, assim como de mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo; VI - coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal e utilização indevida de inventos e criações industriais das marcas e nomes comerciais e signos distintivos, que possam causar prejuízos aos consumidores; VII - racionalização e melhoria dos serviços públicos; VIII - estudo constante das modificações do mercado de consumo.”

A igualdade material pretendida pelo legislador é aquela calcada na máxima aristotélica que preconiza o tratamento “igual aos iguais e desigual aos desiguais, na medida dessa desigualdade.” (ARAUJO, 2006, p. 131).

Segundo Alexandre de Moraes, ao abordar o princípio da igualdade (art. 5º, CF/88):

A Constituição Federal de 1988 adotou o princípio da igualdade de direito, prevendo a *igualdade de aptidão, uma igualdade de possibilidades virtuais*, ou seja, todos os cidadãos têm o direito de tratamento idêntico pela lei, em consonância com os critérios albergados pelo ordenamento jurídico. Dessa forma, o que se veda são diferenciações arbitrárias, as discriminações absurdas, pois, o tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se desiguam, é exigência tradicional do próprio conceito de justiça, pois o que realmente protege são certas finalidades, somente se tendo por lesado o princípio constitucional quando o elemento discriminador não se encontra a serviço de uma finalidade acolhida pelo direito, sem que se esqueça, porém, como ressalvado por Fábio Konder Comparato, que as chamadas liberdades materiais têm por objetivo a igualdade de condições sociais, meta a ser alcançada, não só por meio de leis, mas também pela aplicação de políticas ou programas de ação estatal. (MORAES, 2009, p. 36-37).

De acordo com o trecho em destaque, é possível concluir que a efetivação da igualdade entre fornecedor e consumidor tem por base a precisa aplicação dos mecanismos previstos no CDC/90 tendentes à redução das desigualdades existentes entre eles, tais como: preservação da dignidade, segurança e saúde; proteção dos interesses econômicos e melhoria da qualidade de vida do consumidor, transparência e harmonia nas relações de consumo (art. 4º), modificação ou revisão de cláusulas contratuais que se mostrem excessivamente onerosas ou desproporcionais, entre outros.

Contudo, para a efetivação da igualdade material nas relações de consumo, importante que o intérprete do CDC/90 atenha-se a seus estritos limites, já definidos pelo legislador ao editar referida lei, sob pena de se conduzir a interpretação e concreção da norma a práticas arbitrárias.

Nesse sentido:

O princípio da igualdade consagrado pela constituição opera em dois planos distintos. De uma parte, frente ao legislador ou ao próprio executivo, na edição, respectivamente, de leis, atos normativos e medidas provisórias, impedindo que possam criar tratamentos abusivamente diferenciados a pessoas que encontram-se em situações idênticas. Em outro plano, na obrigatoriedade ao intérprete, basicamente, a autoridade pública, de aplicar a lei e atos normativos de maneira igualitária, sem estabelecimento de diferenciações em razão de sexo, religião, convicções filosóficas ou políticas, raça, classe social.

A desigualdade na lei se produz quando a norma distingue de forma não razoável ou arbitrária um tratamento específicos a pessoas diversas. Para que as diferenciações normativas possam ser consideradas não discriminatórias, torna-se indispensável que exista uma justificativa objetiva razoável, de acordo com critérios e juízos valorativos genericamente aceitos, cuja exigência deve aplicar-se em relação à finalidade e efeitos da medida considerada, devendo estar presente por isso uma razoável relação de

proporcionalidade entre os meios empregados e a finalidade perseguida, sempre em conformidade com os direitos e garantias constitucionalmente protegidos. Assim, os tratamentos normativos diferenciados são compatíveis com a Constituição Federal quando verificada a existência de uma finalidade razoavelmente proporcional ao fim visado. (MORAES, 2009, p. 37).

Em atenção ao pensamento acima citado, é possível afirmar que a legislação consumerista se encontra em conformidade com o princípio da igualdade previsto na CF/88, pois busca ajustar a desigualdade material entre o consumidor e o fornecedor na relação de consumo, com a instituição de mecanismos que inibem ou coíbem medidas arbitrárias deste contra aquele. Contudo, por conter grande carga normativa consubstanciada em conceitos jurídicos indeterminados e princípios gerais, é preciso que o aplicador do direito esteja atento para que a pretendida igualdade material não resulte em arbitrariedades que destorçam o sentido da tutela jurídica do consumidor (parte mais frágil da relação jurídica com o fornecedor), de modo a gerar desigualdades que façam a decisão ultrapassar a igualdade material buscada pelo CDC/90 e pender mais para um dos polos da relação jurídica do que para outro e vice-versa.

É por isso que nas linhas seguintes se propõe um referencial científico que oriente o aplicador do direito a definir a possibilidade de modificar ou rever contratos de crédito bancário com fundamento no art. 6º, V, CDC/90 (desproporcionalidade ou excessiva onerosidade), sem que isso provoque desigualdades não desejadas quando da edição da Lei nº 8.078/90, à luz da CF/88.

Em assim sendo, como fator discriminatório (ARAUJO, NUNES JÚNIOR, 2008, p. 132), o princípio da igualdade previsto na CF/88 se efetiva na relação de consumo envolvendo contrato de crédito bancário, na hipótese de haver evidente desproporcionalidade ou excessiva onerosidade, situações sem as quais resta inviabilizada a modificação ou revisão com fundamento no art. 6º, CDC/90. E para definir os conceitos de desproporcionalidade ou de excessiva onerosidade, relevante aplicarem-se os mecanismos propostos no presente trabalho, que, além de buscarem conferir segurança jurídica e efetivação dos princípios basilares do Direito Privado (boa-fé objetiva, função social, *pacta sunt servanda* etc.), viabilizam que a igualdade material prevaleça nas relações jurídicas dos mútuos bancários, tal como se propõe a Lei nº 8.078/90.

2.2 Fatores jurídicos e econômicos da precificação ao consumidor

A proteção jurídica do consumidor encontra base no rol de direitos fundamentais previstos no art. 5º, XXXIII, CF/88 ao impor ao Estado a defesa do consumidor, na forma da

lei. Em seguida, estabelece no art. 170, que a defesa do consumidor constitui princípio da ordem econômica.

A partir desses referenciais e para os fins do presente trabalho, necessário se faz analisar os critérios jurídicos e econômicos que devem ser observados na fixação de preços ao consumidor como forma de se buscar a delimitação de referenciais para aplicação do art. 6º, V, CDC/90 e, ao mesmo tempo, compreender os papéis de cada um dos Poderes do Estado frente ao preço fixado pelo fornecedor ao consumidor e aquilo que deve ser respeitado quanto à modificação ou revisão de cláusulas contratuais que gerem alteração no preço contratado.

Por essa razão, este tópico está dividido em duas partes: a primeira apresenta uma análise do modelo jurídico brasileiro relacionado ao preço ao consumidor; a segunda parte trata da relação entre o preço e o consumo, os conceitos econômicos a eles relacionados, bem como a incidência de referidos conceitos aos contratos de empréstimo bancário ao consumidor.

2.2.1 Modelo jurídico capitalista brasileiro e a fixação de preços ao consumidor

A proteção do consumidor é matéria afeta à ordem econômica e financeira introduzida pelo art. 170, V, CF/88, sendo reconhecida constitucionalmente a sua vulnerabilidade em função de ser ele o destinatário de produtos ou serviços oferecidos no mercado, cujo domínio da informação quem detém é o fornecedor.

A norma constitucional instituiu um sistema econômico capitalista⁵ e cuidou de disciplinar o tipo de organização econômica pautado na livre concorrência e livre iniciativa (art. 170, CF/88). Também delineou que as relações entre o interesse público e o privado sejam estabelecidas pela excepcionalidade de o Estado desenvolver atividade econômica (art. 173,

⁵ Segundo a teoria de Karl Max, o capitalismo aprofundava as desigualdades sociais pois consistia na “exploração econômica no seio das atividades sociais, a manipulação do poder econômico como forma de exercício da dominação, a criação de instrumentos de servilização do homem pelo homem, a formação de uma economia burguesa que extrai da propriedade e da mercadoria a forma de instauração da diferença social, a coisificação humana nas relações sociais, a redução das capacidades humanas ao potencial mensurável de trabalho do homem, a alienação gerada pelo trabalho, a manutenção da hegemonia burguesa mantida com bases nas ideias de lei e ordem” (BITTAR; ALMEIDA, 2012, p. 376-377). “Sempre que possível, a ciência social convencional evita o uso da palavra “capitalismo”, preferindo expressões mais gerais como sociedade de mercado ou economia de mercado. Apesar disso, capitalismo é uma palavra forte e não pode ser evitada. O capitalismo tem recebido muitos adjetivos, à medida que vai se modificando com o tempo. Capitalismo liberal ou clássico, capitalismo monopolista, capitalismo organizado, capitalismo industrial, capitalismo informacional, capitalismo global, cada um enfatizando um determinado aspecto. Ou, em lugar de adjetivos, algumas expressões tentam sugerir que o capitalismo foi ultrapassado, tendo em vista seu próprio sucesso. Viveríamos agora em sociedades pós-capitalistas, ou em sociedades pós-industriais, ou na sociedade global. O fato de que o conhecimento operacional está gradualmente substituindo o capital como o fator estratégico de produção parece corroborar esta última abordagem. No entanto, embora relevante, a variável fator estratégico não define por si só a natureza social e econômica do sistema capitalista. O capitalismo não precisa necessariamente ser o capitalismo burguês; pode bem ser o capitalismo dos técnicos ou, mais diretamente, o capitalismo do conhecimento.” (BRESSER-PEREIRA, 2005, p. 135).

CF/88) e pela atuação do Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica (art. 174, CF/88), de modo a desempenhar as tarefas de fiscalização, incentivo e planejamento da economia.

A proteção jurídica do consumidor encontra base no rol de direitos fundamentais previstos na CF/88, em especial, no art. 5º, XXXIII, ao impor ao Estado a defesa do consumidor, na forma da lei. Essa proteção na forma da lei foi instituída então a partir da Lei nº 8.078/90.

Por força dos princípios da liberdade de iniciativa e de concorrência, via de regra, ao Estado é vedado o tabelamento de preços, já que este é livre e varia de acordo com os custos produtivos vinculados ao produto ou serviços. Sobre a questão Mônica Herman Salem Caggiano destaca:

Entre nós, optou o constituinte por introduzir o modelo descentralizado, da economia de mercado, que, contrariamente ao dirigismo econômico, vem pautado *na livre concorrência e livre iniciativa*, fatores a que não se acomoda o “tabelamento”, ou seja, a fixação dos preços *a priori*.

É verdade que o intervencionismo, fenômeno próprio da economia capitalista no âmbito do Estado providencialista, encontra respaldo na regra do art. 174, CF, norma nuclear da linha econômica adotada e que erige o *Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica*, atribuindo-lhe as tarefas atinentes à fiscalização, incentivo e planejamento desse setor de atuação.

A viabilidade do “tabelamento” surge, assim, como reflexo da atividade fiscalizatória, ingerência que encontra por fundamento a busca da adequada compatibilização da livre concorrência e da defesa do consumidor, outro dos itens a servir de substrato ao delineamento do campo econômico. No exercício dessa função, contudo, o Estado esbarra em outro fator de balizamento – a lei. Isto porque, o nosso ordenamento jurídico agasalhou o princípio da estrita legalidade a nortear o perfil constitucional das relações entre o Estado e a Sociedade.

E, nesse contexto, admitir-se-ia tão-só a regulação dos preços, por força de ação interventiva estatal, *de caráter excepcional, provisório, prevista em lei*, sempre perseguindo a tutela do consumidor e *a repressão dos abusos*, o que traduziria um mero controle e não o “tabelamento” na acepção técnica da palavra. (CAGGIANO, 2011, p. 369, grifos do autor).

Tendo em vista a estrutura econômica em comento, eventual modificação ou revisão de contratos de consumo com prestações fixas promovida pelo Judiciário com base no art. 6º, V, CDC/90, deverá observar a proibição constitucional quanto ao tabelamento de preços, sendo certo que em um contrato de crédito bancário eventual alteração nos critérios de cálculos para a remuneração da instituição financeira ou nos encargos contratados atingiria diretamente o preço do capital disponibilizado e, portanto, representaria infração ao parâmetro constitucional.

Nesse sentido, Tércio Sampaio Ferraz Júnior destaca que: “Em suma, fixar preços é forma de tabelamento que significa dirigismo econômico, proscrito pela ordem constitucional” (FERRAZ JÚNIOR, 1989, p. 77-78).

Por fim, sobre o tema e a título exemplificativo, vale destacar o que dispõe a Diretiva 93/13 do Conselho das Comunidades Europeias (CCE), de 5 de abril de 1993, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores, em seu art. 4º, item 2:

A avaliação do carácter abusivo das cláusulas não incide nem sobre a definição do objecto principal do contrato nem sobre a adequação entre o preço e a remuneração, por um lado, e os bens ou serviços a fornecer em contrapartida, por outro, desde que essas cláusulas se encontrem redigidas de maneira clara e compreensível. (CONSELHO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS, 1993).

Referida norma encontra correspondência nos arts. 6º, III, e 31, CDC/90, quanto ao dever do fornecedor de informar com razoável detalhamento e clareza todos os dados relevantes da contratação.

Portanto, segundo a norma em comento, constitui atribuição exclusiva do Poder Executivo, sob a chancela do Poder Legislativo, fixar, em carácter excepcional, parâmetros relacionados aos preços praticados no mercado. Consequentemente, a modificação ou revisão de contratos pelo Poder Judiciário com base no art. 6º, V, CDC/90, quando gera alteração no preço do produto ou do serviço, fica restrita às hipóteses de cláusulas que não se mostrem claras, compreensíveis ou caracterizadas como abusivas a partir de critérios taxativamente previstos em lei, sob pena de se incorrer em inconstitucionalidade por usurpação de função legislativa.

2.2.2 Precificação e consumo na análise econômica do contrato de crédito bancário

Neste tópico, a análise será antecedida pela contextualização da dimensão econômica do objeto do estudo para, em seguida, se abordar a precificação e o consumo na análise econômica do direito sobre o contrato bancário de empréstimo de dinheiro ao consumidor. A compreensão preliminar dos conceitos e dos fundamentos econômicos permitirá avaliar a pertinência contextual de aplicação dos parâmetros estudados.

Em seguida, a análise perpassará ao detalhamento da posição geográfica do preço na economia e sua relação com o consumo, mediante o apontamento dos principais institutos econômicos que influenciam o preço e dos mecanismos de que o Estado possui para influenciar preços e seus desdobramentos, visando perquirir os limites econômicos às políticas públicas voltadas para os contratos de empréstimos bancários ao consumidor e as restrições impostas ao Poder Judiciário no ato de modificar ou rever contratos de consumo.

2.2.2.1 Conceitos econômicos preliminares e seus referenciais

No que toca a dimensão econômica da análise, relevante de antemão apresentar uma breve contextualização do assunto, tendo como ponto de partida os referenciais neoclássicos que

tiveram como um de seus expoentes Vilfredo Pareto (SILVA, 2016, p. 44), mentor do equilíbrio de Pareto ou ótimo de Pareto.

A respeito da evolução do pensamento econômico, Marcos Antônio Sandoval de Vasconcellos e Manuel Enriquez Garcia esclarecem:

Existe um consenso de que a teoria econômica, de forma sistematizada, iniciou-se quando foi publicada a obra de Adam Smith *A riqueza das nações*, em 1776. Em períodos anteriores, a atividade econômica do homem era tratada e estudada como parte integrante da Filosofia Social, da Moral e da Ética. Nesse sentido, a atividade econômica deveria orientar-se de acordo com alguns **princípios gerais de ética, justiça e igualdade**. Os conceitos de troca, em Aristóteles, e **preço justo**, em Santo Tomás de Aquino, a **condenação dos juros ou da usura** encontravam sua justificativa em termos morais, não existindo um estudo sistemático das relações econômicas. (VASCONCELLOS; GARCIA, 2008, p. 17-grifos do autor).

Em seguida, mencionados autores sintetizam os precursores da teoria econômica a partir da antiguidade, seguindo-se o mercantilismo, a fisiocracia, os clássicos, a teoria neoclássica, a teoria keynesiana, o período recente e as abordagens alternativas (VASCONCELLOS; GARCIA, 2008, p. 18-26). Contudo, somente no período neoclássico é que se evolui a análise do comportamento do consumidor e do fornecedor e a partir daí é que importa para os fins do presente estudo que tem por foco referidos sujeitos.

A respeito, Maria Valesca Damásio de Carvalho Silva explica que

No período neoclássico, houve uma considerável evolução na formalização da análise econômica. O comportamento do consumidor foi analisado com mais detalhe. Tanto o desejo do consumidor de maximizar sua utilidade ou satisfação ao consumir quanto do produtor em maximizar o lucro são o sustentáculo para a elaboração do aparato teórico neoclássico. O equilíbrio de mercado pode ser alcançado a partir do estudo das curvas de utilidade e de produção, dadas as restrições de fatores e restrições orçamentárias. Comumente é chamada de teoria marginalista, pois, os resultados a ser analisados dependem basicamente dos conceitos marginais como por exemplo receita marginal, custo marginal, entre outros. Hunt, E.K. e Lautzenheiser (2013), estudiosos da história do pensamento econômico perceberam que nos modernos livros neoclássicos de teoria microeconômica, todo comportamento humano se reduz a tentativas racionais e calculadas de maximizar os lucros ou a utilidade; e a maximização dos lucros reduz-se, com frequência, meramente, a uma forma indireta de maximização da utilidade. (SILVA, 2016, p. 44-45).

Aos neoclássicos ou marginalistas, seguiu-se a teoria keynesiana que “iniciou-se com a publicação da *Teoria geral do emprego, dos juros e da moeda*, de John Maynard Keynes (1883-1946), em 1936.” (VASCONCELLOS; GARCIA, 2008, p. 22-grifos do autor). Para referida teoria,

um dos principais fatores responsável pelo volume de emprego é o **nível de produção nacional** de uma economia, determinado, por sua vez, pela **demanda agregada ou efetiva**. Ou seja, sua teoria inverte o sentido da lei de Say (a oferta cria sua própria procura) ao destacar o papel da demanda agregada de bens e serviços sobre o nível de emprego. Para Keynes, numa economia em recessão, não existem forças de auto-

ajustamento, por isso se torna necessária a intervenção do Estado por meio de uma política de gastos públicos. Tal posicionamento teórico significa o fim da crença no *laissez-faire* como regulador dos fluxos real e monetário da economia e é chamado princípio da demanda efetiva. (VASCONCELLOS; GARCIA, 2008, p. 23-grifos do autor).

Em seguida à teoria de Keynes, sobrevieram os monetaristas (que teve como economista de maior destaque Milton Friedman), os fiscalistas ou keinesianos, os pós-keynesianos e os institucionalistas (VASCONCELLOS; GARCIA, 2008, p. 23-25). Referidas teorias foram abordadas a partir do século XIX perpetuando até o século XXI, oportunidade em que surgiram os neoinstitucionalistas e, com eles o grande número de obras e contribuições científicas esparsas e pouco sistematizadas, mas que não deixaram de rememorar os conceitos e teorias já desenvolvidos.

Na atualidade, a grande avalanche de obras, autores, *papers* e contribuições esparsas, geralmente limitadas a determinados aspectos teóricos e/ou sua aplicação, chega a lembrar uma babel tão confusa, que não se consegue apontar uma obra ou um autor do porte de Keynes. Daí nossa opção de indicar as contribuições científicas selecionadas segundo o critério de premiação da Fundação Nobel (Suécia). Apesar das críticas e falhas que indicamos neste capítulo, trata-se de um critério norteador de áreas significativas de pesquisa em grandes universidades principalmente nos Estados Unidos. A fase contemporânea, contudo, deixa entrever mecanismos econômicos que buscam valorizar os atores econômicos, a pessoa humana, os valores éticos e a cooperação. Essa busca é somada à urgente necessidade de combater as agressões ecológicas que põe em risco a própria continuidade da vida neste planeta. [...] Qualquer esforço no sentido de eficiência, qualidade e produtividade, deve incluir o combate às perversas consequências da globalização econômica assimétrica e a luta pela valorização dos atores econômicos, porque o fim último da Ciência Econômica é a satisfação das necessidades da pessoa humana. (PINHO, 2011, p. 57).

Antecedentes dos neoinstitucionalistas, os institucionalistas trouxeram

novos conceitos, sem, entretanto, deixar de preservar os traços que lhe são distintivos do pensamento neoclássico. Contudo, o pensamento de Marx, Keynes e Schumpeter permanece, em muitos aspectos, sustentável. A amplitude e complexidade do pensamento institucionalista, não podendo ser patrimônio de uma única visão, confere às múltiplas concepções a possibilidade de se avançar em direção à constituição de uma teoria dinâmica das instituições. Invariavelmente, institucionalismo é tido como uma linha de pensamento oposta ao neoclassicismo (Hodgson, 1998a), semelhante ao marxismo em alguns aspectos (Dugger, 1988) e vinculado ao evolucionismo (Hodgson, 1993). Independentemente do enfoque adotado, atribui-se ao “velho” institucionalismo norte-americano – a partir dos escritos de Veblen, e em menor grau aos de Commons e Mitchel –, a matriz da Escola Institucionalista. Seu núcleo de pensamento relaciona-se aos conceitos de instituições, hábitos, regras e sua evolução, tornando explícito um forte vínculo com as especificidades históricas e com a “abordagem evolucionária”. Em geral, as concepções, que têm nas “instituições” a “unidade de análise”, partem da discussão de suas diferenças com o neoclassicismo e suas afinidades com o evolucionismo, buscando identificar analiticamente pontos de concordância, que permitam a constituição de uma possível “teoria institucionalista”. Se fosse possível afirmar que existe uma “teoria geral” institucionalista, sua generalidade seria em indicar como desenvolver análises específicas e variadas, em relação a um fenômeno específico. (CONCEIÇÃO, 2000, p. 27-28).

Por seu turno, a análise propugnada pelos neoinstitucionalistas

É derivada da forte influência de Veblen, resgatando a importância de conceitos centrais do Antigo Institucionalismo Norte-Americano e do crescente vigor teórico da tradição neo-schumpeteriana. Alguns pressupostos definem seu conteúdo. Por exemplo, Ray Marshall (1993) refere-se à economia institucional como a proposta por Wendell Gordon em 1980, cujas ideias podem ser agrupadas em quatro eixos: primeiro, a economia é vista como um “processo contínuo”, que se opõe às hipóteses da economia ortodoxa, à medida que a “economia positiva” não está relacionada a tempo, lugar e circunstâncias; segundo, as interações entre instituições, tecnologia e valores são de fundamental importância; terceiro, a análise econômica ortodoxa é rejeitada por ser demasiadamente dedutiva, estática e abstrata, constituindo-se mais em celebração das instituições econômicas dominantes, do que uma procura pela verdade e justiça social; quatro, os institucionalistas enfatizam aspectos ignorados por muitos economistas ortodoxos, com trabalhos empíricos e teóricos de outras disciplinas, que lhe conferem um caráter multidisciplinar, ou seja, reconhecem a importância de interesses e conflitos, mudança tecnológica, e a inexistência de uma constante (como, por exemplo, a velocidade da luz) aplicável à “vontade humana”, o que torna difícil a compreensão da economia como uma “teoria positiva.” (CONCEIÇÃO, 2000, p. 30-31).

Os trechos citados nos esclarece que no campo econômico, há diversas bases teóricas que buscam explicar os fenômenos humanos e seus desdobramentos, tais como a relação entre oferta e demanda, as estruturas dos mercados, os comportamentos do consumidor e do fornecedor, o equilíbrio, a elasticidade, os custos de transação, as escolhas públicas, dentre diversos outros temas e subtemas.

Diante dessa contextualização, a escolha de um referencial teórico ou outro que melhor apresente uma solução econômica na relação entre o consumidor e o fornecedor, objeto do presente estudo, perpassaria a necessidade de aprofundamento nas principais bases teóricas apresentadas pela multiplicidade de economistas que tratam do tema, não sendo este o propósito do presente trabalho. Por isso, se norteará este estudo por aplicar as bases econômicas que melhor se ajustem à proposta de abordagem, sem nenhuma intenção de exaurir todas as possibilidades de análise.

Sob referidas perspectivas, ainda deve-se reiterar de que neste tópico, buscar-se-á correlacionar os fatores jurídico e econômicos da precificação ao consumidor e, por isso, o objetivo é se estabelecer pontos de contato entre a ciência jurídica e a ciência econômica que apresente uma solução para o problema investigado.

Se por um lado a tendência das construções teóricas econômicas atuais é pelo combate aos problemas gerados pela globalização econômica assimétrica e pela valorização dos atores econômicos, por outro, cabe ao Direito estabelecer balizas jurídicas que nortearão a análise da teoria econômica. A respeito da relação entre Economia e Direito, Marcos Antônio Sandoval de Vasconcellos e Manuel Enriquez Garcia esclarecem

No mundo real, por um lado, as normas jurídicas molduram o campo de análise da teoria econômica e, por outro, o surgimento de novas questões econômicas atuam de modo a modificar esse arcabouço jurídico. [...] Quando se estuda a teoria dos mercados, que é parte da Microeconomia, dois enfoques são encontrados: de um lado, no econômico, analisa-se o **comportamento dos produtores e dos consumidores** quanto a suas decisões de produzir e de consumir; de outro, no jurídico, o foco reside nos **agentes das relações de consumo** – consumidor e fornecedor -, sendo que, conforme o Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, os direitos do consumidor colocam-se perante os deveres do fornecedor de bens e serviços. (VASCONCELLOS; GARCIA, 2008, p. 29).

Portanto, sobre o aspecto econômico, a presente abordagem tomará por base as obras dos economistas neoinstitucionais que tratam da microeconomia na perspectiva da relação comportamental entre o consumidor e o fornecedor de produtos e serviços, mas, levando em consideração neoclássicos conceitos como o de Vilfredo Pareto que se apresenta como ponto de partida da análise econômica até mesmo pelos neoinstitucionalistas, pois busca apontar um ponto de equilíbrio entre os comportamentos dos sujeitos da relação de consumo.

2.2.2.2 *Precificação e consumo na análise econômica do direito do contrato de crédito bancário*

Preço e consumo são desdobramentos do comportamento do consumidor e do fornecedor e se definem a partir de opções ou preferências feitas por cada um desses sujeitos.

A análise do preço e do consumo exige, preliminarmente, o estabelecimento da distinção entre microeconomia e da macroeconomia para se compreender em qual parte da economia referidos institutos se posicionam.

Segundo Robert Stephen Pindyck e Daniel Lee Rubinfeld

A **microeconomia** trata do comportamento das unidades econômicas individuais. Tais unidades abrangem consumidores, trabalhadores, investidores, proprietários de terra, empresas – na realidade, quaisquer indivíduos ou entidades que tenham participação no funcionamento de nossa economia. A microeconomia explica como e por que essas unidades tomam decisões econômicas. Por exemplo, ela esclarece como os consumidores tomam decisões de compra e de que forma suas escolhas são influenciadas pelas variações de preços e rendas [...]. Em contrapartida, a **macroeconomia** trata das quantidades econômicas agregadas, tais como, taxa de crescimento e nível do produto nacional, taxas de juros, desemprego e inflação. Porém, a fronteira entre a macroeconomia e a microeconomia tem se tornado cada vez menos definida nos últimos anos. Isso ocorre porque a macroeconomia também envolve análise de mercados. (PINDYCK; RUBINFELD, 2010, p. 3-grifos dos autores).

A microeconomia, portanto, norteará esta análise por envolver a abordagem individual de como o consumidor e o fornecedor tomam decisões nos contratos de mútuos bancários.

Para tanto e, ainda preliminarmente, importante se faz compreender os temas afetos à microeconomia e que terão aplicação ao objeto deste estudo. São eles: os recursos limitados e sua alocação, os trade-offs (ou tradeoffs), os preços e mercados e o confronto entre a análise positiva e a análise normativa.

A escassez (ou recursos limitados) é um termo da microeconomia indicativo de que a “maioria das pessoas deseja muito mais do que seus recursos correntes permitem-nos possuir. Isso é **escassez**: pessoas desejando mais do que pode ser satisfeito com recursos disponíveis.” (WESSELS, 2010, p. 3-grifos do autor).

A relação entre recursos limitados (ou escassez) e alocação desses recursos escassos é também tema da microeconomia

que trata, em grande parte, de *limites* – da renda limitada que os consumidores podem gastar em bens e serviços, de orçamentos e tecnologias limitadas que as empresas podem empregar para produzir bens, do número limitado de horas que os trabalhadores podem dedicar ao trabalho ou ao lazer. Mas a microeconomia também trata de como *tirar o máximo de proveito desses limites*. Mais precisamente, ela trata da *alocação de recursos escassos*. (PINDYCK; RUBINFELD, 2010, p. 4-grifos dos autores).

No contrato de empréstimo bancário, é avaliar como o consumidor lida com os seus recursos escassos (poupar, consumir ou contrair empréstimos em sendo insuficientes os seus recursos para adquirir os bens da vida) e qual o seu comportamento diante de uma oferta de crédito, em contraponto à análise de como a instituição financeira lida com suas limitações de recursos financeiros (quantidade de dinheiro em depósito) para concessão de empréstimos e como elas fazem para tirar o máximo proveito desses limites (objetivando auferir lucros advindos das taxas de juros dos empréstimos concedidos).

Além disso, antes de se definir o preço e o consumo, importante se faz abordar o que é trade-off. Constitui expressão do idioma inglês que define situação em que há conflito de escolha. Consiste em uma ação econômica em que há opções que devem ser feitas e a escolha de uma delas é feita em detrimento da outra. “A microeconomia descreve os trade-offs com que consumidores, trabalhadores e empresas se deparam e mostra como esses trade-offs podem ser resolvidos da melhor maneira.” (PINDYCK; RUBINFELD, 2010, p. 4).

A escassez exige um processo de escolha e essa escolha é feita por exclusão de outras opções, sendo o resultado caracterizado por um trade-off. Walter J. Wessels explica que

A escassez obriga as pessoas a fazerem escolhas. Quando um bem é escasso, as pessoas são forçadas a escolher entre quais usos serão realizados e quais não serão. Como consequência, as pessoas enfrentam uma **troca compensatória** ou **trade-off**: satisfazer *mais* uma necessidade significa satisfazer *menos* outra. Por exemplo, quando as pessoas poupam seu dinheiro, colocando-o em uma conta de poupança, elas

estão realizando uma troca compensatória entre gastar o dinheiro hoje e ter mais dinheiro para gastar no futuro. (WESSELS, 2010, p. 3-grifos do autor).

Destaque-se que o comportamento dos consumidores e dos fornecedores (empresas) também integra o estudo dos trade-offs, pois

Os consumidores têm renda limitada, a qual pode ser gasta em uma ampla variedade de bens e serviços ou poupada para o futuro. A *teoria do consumidor* [...] descreve como os consumidores, com base em suas preferências, maximizam o próprio bem-estar optando por comprar mais unidades de determinado bem e, em contrapartida, adquirir menos de outro. Veremos como os consumidores decidem que parcela de sua renda será poupada, escolhendo entre o consumo atual e consumo futuro. [...] As empresas também encontra limitações em relação àquilo que podem produzir e aos recursos que podem empregar para produzir. [...] a *teoria da empresa*, [...] descreve como essas escolhas podem ser feitas da melhor maneira. (PINDYCK; RUBINFELD, 2010, p. 4-5-grifos dos autores).

Portanto, enquanto o trade-off indica a melhor escolha dentre as opções conhecidas pelos agentes econômicos, seu contraponto é o custo de oportunidade que designa o custo de algo a partir de uma opção (oportunidade) renunciada.

O valor do uso que as pessoas desistiram de dar ao bem escasso é o **custo de oportunidade** dessa escolha. Custos de oportunidade também podem ser definidos como *o valor do melhor uso alternativo desconsiderado*. Isso indica que se as pessoas não tivessem feito a escolha que fizeram, teriam então escolhido a próxima melhor alternativa. [...] Isso ilustra um princípio básico da racionalidade: quando as unidades de um bem ou recurso são intercambiáveis, as pessoas avaliam cada unidade do bem pelo seu uso menos valioso (dentre os usos correntes). Em termos econômicos, esse é o valor marginal do bem: o valor do uso menos importante do bem, aquele que as pessoas desconsiderariam se tivessem uma unidade a menos do bem. [...] *Custo de oportunidade* é a alternativa mais bem avaliada que as pessoas têm de sacrificar por causa de suas decisões. O conceito de custos de oportunidade implica fazer trocas compensatórias. Ter mais de uma coisa significa ter menos de outra. (WESSELS, 2010, p. 3-5-grifos do autor).

Se por um lado os consumidores possuem renda limitada que pode ser gasta com bens e serviços (complementada com recursos de empréstimos ou com parcelamentos) ou poupada (troca compensatória entre gastar o dinheiro hoje e ter mais dinheiro para gastar no futuro), por outro, as instituições financeiras encontram limitações nos recursos mantidos em depósito por seus correntistas que podem ser oferecidos em empréstimo, mediante remuneração com juros pagos pelos consumidores mutuários. As taxas de juros cobradas constituem o preço praticado pelos bancos para emprestar dinheiro.

Sobre o preço, Robert Stephen Pindyck e Daniel Lee Rubinfeld apontam que

Um segundo tema importante da microeconomia é o papel dos *preços*. Todos os *trade-offs* [...] se baseiam nos preços que os consumidores, trabalhadores e empresas encontram. [...] A microeconomia também explica como os preços são determinados. Em uma economia centralmente planejada, os preços são fixados pelo governo. Em uma economia de mercado, os preços são determinados pela interação entre consumidores, trabalhadores e empresas. Essa interação ocorre nos *mercados* –

conjunto de compradores e vendedores que determinam juntos os preços de cada um dos bens. (PINDYCK; RUBINFELD, 2010, p. 5).

Portanto, o preço também influencia na escolha que os consumidores fazem ao optar por contratar um empréstimo bancário e, esse preço é fixado a partir de um processo de interação com as instituições financeiras. Da mesma forma, a escolha também envolve questões positivas (aquilo que se supõe ser adequado) e questões normativas (juízos de valor entre equidade e eficiência econômica).

A microeconomia trata de questões tanto *positivas* quanto *normativas*. As questões positivas relacionam-se com explicações e previsões, e as normativas, com aquilo que se *supõe* que seja adequado. [...] análise positiva [...] consiste em proposições que descrevem relações de causa e efeito. A análise positiva é fundamental para a microeconomia. Como explicamos anteriormente, as teorias são desenvolvidas para explicar os fenômenos, depois são comparadas com as observações, sendo então usadas para construir modelos com os quais se fazem previsões. A utilização da teoria econômica para fazer previsões é importante tanto para os administradores de empresas quanto para a política pública. [...] Por vezes queremos ir além da explicação e da previsão, fazendo perguntas do tipo “o que será melhor?” Isso envolve a **análise normativa**, que também é importante para administradores de empresas e para planejadores de novas políticas públicas. [...] A análise normativa não está relacionada apenas com opções políticas alternativas; ela envolve também o planejamento das escolhas dentro de um plano de ação específico. [...] A análise normativa é frequentemente influenciada por juízos de valor. [...] Nesse ponto é necessário que a sociedade faça um juízo de valor, confrontando a equidade e a eficiência econômica. (PINDYCK; RUBINFELD, 2010, p. 6-7-grifos dos autores).

Nos empréstimos bancários, os contratantes fazem preliminarmente uma análise positiva na medida em que relacionam a causa e efeito na celebração do contrato, de modo a prever as melhores taxas de juros (preço) e os menores riscos (inadimplemento). Também, fazem uma análise normativa a partir dos juízos de valor que antecedem e geram a manifestação de vontade contratual no que concerne a ser justo o preço ou não e se vale a pena correr o risco ou não. Como as análises positivas e normativas são feitas com base nas condições apresentadas no ato da contratação, qualquer alteração (art. 6º, V, CDC/90) posterior do contrato que altere o preço deve considerar tais fatores, pois se deve respeitar as informações que influenciaram a manifestação de vontade materializada no contrato.

Além dos temas já tratados e em sequência a eles, o estudo da oferta e da demanda também é importante para se explicar o contrato de empréstimo bancário.

A oferta de empréstimos de dinheiro pelos bancos tende a aumentar na medida em que os preços (taxas de juros) por eles cobrados lhes sejam mais favoráveis (mais altos). Contudo, em havendo preços (taxas de juros) altos, a demanda por empréstimos tende a diminuir, uma vez que o número de interessados em contrair empréstimos será menor em um ambiente de juros altos (pois, em princípio, quanto maior o preço, menor a demanda).

Oferta e demanda são elementos do mercado, orientam o preço e, portanto, são também variáveis a serem analisadas quanto ao estudo da composição do preço.

Ao explicar o funcionamento do mercado, Nicholas Gregory Mankiw destaca que:

A oferta e a demanda são as forças que fazem as economias de mercado funcionar. São elas que determinam a quantidade produzida de cada bem e o preço pelo qual o bem será vendido. Se quiser saber como a economia será afetada por qualquer acontecimento ou política, você precisa pensar, primeiro, nos impactos provocados sobre a oferta e a demanda. (MANKIW, 2014, p. 63).

E continua definindo mercado:

O mercado é um grupo de compradores e vendedores de determinado bem ou serviço. Os compradores, como grupo, determinam a demanda pelo produto e os vendedores, também como grupo, determinam a oferta do produto. (MANKIW, 2014, p. 64).

O mercado de crédito (empréstimos) bancários possui como demanda os consumidores que não têm os recursos necessários para acesso aos bens da vida e desejam contratar empréstimo feneratício para adquiri-los e esse desejo vem acompanhado de outro relacionado a um mútuo que envolva menor custo (menos juros). De outro lado se encontram os bancos que utilizam dos depósitos e investimentos de seus clientes para concederem crédito, almejando obter maior remuneração advinda dos juros cobrados, descontada a remuneração dos depositantes e investidores, além dos custos com a contratação.

O comportamento desses agentes do mercado repercute no aumento ou diminuição da demanda (ou da procura): “com tudo o mais mantido constante, quando o preço de um bem aumenta, a quantidade demandada deste diminui; quando o preço diminui, a quantidade demanda do bem aumenta.” (MANKIW, 2014, p. 65).

Portanto, a relação entre o preço (juros cobrados) pela concessão do empréstimo e sua quantidade demandada, mantidas constantes todas as demais variáveis que influenciam a quantidade dos empréstimos que os consumidores desejam contratar corresponde à chamada escala de demanda.

A demanda do mercado de crédito é representada pela soma de todas as demandas individuais pelos empréstimos ofertados.

Conforme descrito, o aumento da demanda por empréstimos influencia o aumento do preço cobrado pelos bancos. Por outro lado, a queda da demanda, influencia a diminuição do preço do crédito. Isso se dá porque

O preço de mercado é determinado pela interação entre compradores e vendedores. Em mercados perfeitamente competitivos, um único preço geralmente prevalece. Em mercados que não sejam perfeitamente competitivos, diferentes vendedores podem

cobrar diferentes preços. Nesse caso, o preço de mercado será o preço médio predominante. (PINDYCK; RUBINFELD, 2010, p. 16).

Por sua vez, devem ser consideradas outras variáveis que geram o aumento ou a redução da demanda:

São muitas as variáveis que podem deslocar a curva da demanda. As mais importantes são:

Renda [...] Uma renda menor significa que você tem menos renda para seus gastos totais, de modo que vai precisar gastar menos com alguns bens [...]

Preço de bens relacionados [...] Quando uma queda do preço de um bem reduz a demanda por outro bem, os dois bens são chamados **substitutos**. [...] quando uma queda do preço de um bem causa um aumento da demanda de outro, os dois bens são chamados **complementares**. Os bens complementares são frequentemente pares de bens que são usados em conjunto, como gasolina e carros, computadores e softwares, e CD e CD players.

Gostos O mais óbvio determinante de sua demanda são seus gostos. [...] Os economistas normalmente não tentam explicar os gostos porque eles se baseiam em forças históricas e psicológicas que estão além do campo de estudo da economia. Os economistas, entretanto, examinam o que acontece quando os gostos mudam.

Expectativas Suas expectativas quanto ao futuro podem afetar a sua demanda por um bem ou serviço hoje. Por exemplo, se você tem a expectativa de obter uma renda maior no mês que vem, pode decidir economizar menos e gastar mais na compra de sorvete. Se você espera que o preço do sorvete diminua amanhã, pode estar menos disposto a comprar sorvete ao preço de hoje.

Número de compradores Além dos fatores mencionados anteriormente, que influenciam o comportamento de compradores individuais, a demanda de mercado depende do número desses compradores.

Resumo A curva da demanda mostra o que acontece com a quantidade demandada de um bem quando seu preço muda, mantidas constantes todas as demais variáveis que influenciam os compradores. (MANKIWI, 2014, p. 67-69).

Aplicando referidos parâmetros aos contratos bancários de empréstimos ao consumidor, é possível concluir que:

1) apesar de uma renda menor possibilitar o estímulo à redução de gastos, também pode aumentar a demanda por empréstimos para acesso aos bens desejados, a partir das preferências dos consumidores orientadas por seus gostos ou necessidades, desde que a renda seja suficiente para cobrir os gastos com as prestações e ainda preservar a sua subsistência⁶;

2) ainda que haja uma renda suficiente para aquisição dos bens da vida, pode optar o consumidor por contrair um empréstimo de dinheiro, desde que o preço (juros) seja vantajoso ao consumidor (ou seja, o custo pela taxa de juros seja inferior ao ganho proporcionado pelo adiantamento do dinheiro auferido com a aquisição do bem da vida (por exemplo: paga-se 20%

⁶ A Lei nº. 10.820/03, por exemplo, destaca que o comprometimento da renda dos consumidores com créditos consignados em folha de pagamento não poderá superar a 30% de sua renda mensal. Também, a Resolução nº. 4.676 de 31/07/2018 do BACEN estabelece como critérios para a concessão de empréstimos a análise prévia da capacidade de pagamento do pretendente ao crédito, sendo que, dentre outras, “a avaliação deve considerar o comprometimento da renda com outras obrigações financeiras previamente assumidas pelo pretendente ao crédito, bem como as despesas necessárias a suprir o seu mínimo existencial;” (art. 11, II, a).

de juros mas adquire um produto adicional com 30%, surgindo saldo em favor do consumidor de 10%);

3) os recursos utilizados pelas instituições financeiras para a concessão de empréstimos feneratícios advém de suas operações passivas (aplicações financeiras, como os recursos das cadernetas de poupança, por exemplo – art. 2º da Resolução do BACEN nº 4.676 de 31/07/2018) e a oferta de crédito também depende do montante dos recursos auferidos com referidas operações, ou seja, quanto mais dinheiro oriundo das operações passivas, maior poderá ser a oferta de empréstimos feneratícios e, por consequência, menor poderá ser o preço praticado caso a demanda seja inferior à oferta;

4) o aumento do número de mutuários (número de compradores) sem as correspondentes operações passivas suficientes poderá importar numa redução da oferta e, por consequência, no aumento do preço do crédito (juros);

5) as expectativas dos consumidores de crédito estão relacionadas à sua capacidade de pagamento e a sua insuficiência de recursos para adquirir à vista os bens da vida, conseqüentemente, se possuem condições financeiras de quitar todas as prestações contratadas, maiores serão as expectativas de firmarem os empréstimos de dinheiro e por obter o bem da vida desejado com a entrega do dinheiro emprestado.

Segundo detalhado, a demanda está relacionada ao comportamento do consumidor. Por outro lado, como critério de precificação, a oferta possui relação com o comportamento do fornecedor.

“A quantidade ofertada de qualquer bem ou serviço é a quantidade que os vendedores querem e podem vender.” (MANKIWI, 2014, p. 71).

Quando o preço (taxa de juros) do crédito bancário está elevado, emprestar dinheiro se torna lucrativo e, por isso, a quantidade ofertada será grande. Contudo, quando o preço (juros) do crédito é baixo, o negócio se torna menos lucrativo e as instituições financeiras passarão a emprestar menos dinheiro.

Nesse sentido:

Essa relação entre preço e quantidade ofertada é chamada lei da oferta: com tudo o mais mantido constante, quando o preço de um bem aumenta a quantidade ofertada desse bem também aumenta, e, quando o preço de um bem cai, a quantidade ofertada desse bem também cai. [...] Assim como a demanda de mercado é a soma das demandas de todos os compradores, a oferta de mercado é a soma das ofertas de todos os vendedores. (MAKIWI, 2013, p. 71).

Da mesma forma que ocorre com a demanda, além do preço, a oferta também sofre variações decorrentes de outros fatores:

Preço dos insumos [...] a oferta de um bem está negativamente relacionada com o preço dos insumos usados na sua produção.

Tecnologia [...] reduzindo os custos das empresas, os avanços na tecnologia aumentam a oferta. (MANKIWI, 2014, p. 72).

Assim, no que tange aos contratos de crédito bancário ao consumidor:

1) se o preço dos insumos (funcionários, manutenção de agências, tributos, inadimplência, etc) aumenta, a oferta de crédito se torna menos lucrativa e as instituições financeiras passam a ofertar menos empréstimos e o preço (juros) tende a aumentar;

2) a tecnologia utilizada pelas instituições financeiras para transformar os insumos em dinheiro é determinante para a oferta, sendo que o aumento da eficiência e eficácia nos processos de informatização, atendimento e de captação de crédito no mercado reduzirão os custos, gerando mais recursos financeiros que poderão ser aplicados na oferta de mais dinheiro no mercado sob a modalidade de empréstimo.

A oferta e demanda reunidas (combinadas) determinam a quantidade de um bem ou serviço no mercado e seu preço.

Alcança-se o preço de equilíbrio quando entre a oferta e a demanda

a quantidade do bem que os compradores desejam e podem comprar é exatamente igual à quantidade que os vendedores desejam e podem vender. O equilíbrio é, por vezes, chamado preço de ajustamento do mercado, porque, a esse preço, o mercado está satisfeito: os compradores compraram tudo o que desejavam comprar e os vendedores venderam tudo o que desejavam vender. (MANKIWI, 2014, p. 75).

Ao contrato de empréstimo bancário, o equilíbrio é alcançado quando todos os consumidores que necessitam de crédito e têm possibilidade de pagamento das prestações são atendidos pelas instituições financeiras e estas, por sua vez, são em número suficiente e possuem plena capacidade de atendimento ao mercado de crédito.

Contudo, o mercado pode se apresentar em desequilíbrio na hipótese em que ocorre a escassez de oferta ou de demanda ou, em outros termos, há desequilíbrio nos casos de excesso de oferta ou de excesso de demanda.

Por isso, a economia também se debruça no estudo dos elementos que influenciam as mudanças de equilíbrio, partindo-se do pressuposto de que “a oferta e a demanda, juntas, determinam o equilíbrio de mercado, o que, por sua vez, determina o preço e a quantidade do bem que os compradores compram e os vendedores vendem.” (MANKIWI, 2014, p. 76).

São três os elementos que devem ser analisados no que se refere ao aumento ou diminuição da demanda ou da oferta e que geram mudança no equilíbrio: acontecimentos que aumentam ou diminuem a demanda; direção do aumento ou diminuição da demanda ou da

oferta; grau de aumento ou diminuição da demanda ou da oferta para aferir o preço a ser praticado que se alcance o equilíbrio.

Quanto aos contratos de crédito bancário, são acontecimentos que podem gerar o aumento da demanda: estímulos governamentais ao consumo de bens ou serviços incompatíveis com a capacidade financeira dos consumidores; estratégias de marketing das empresas; inflação e desemprego que forcem o consumidor a recorrer ao crédito para auxiliá-lo a cobrir suas despesas correntes; nível de renda menos elevado (BALBI, 2012, p. 33-53).

Além desses fatores, segundo dados do Relatório de Economia Bancária do BACEN de 2017 (2018, p. 33) há que se destacar que o aumento da demanda por crédito também varia de acordo com o perfil do cliente bancário:

- 1) grandes empresas: necessidade de capital de giro e de investimento em ativo fixo, concorrência de outros bancos;
- 2) micro, pequenas e médias empresas: necessidade de capital de giro e de investimento em ativo fixo, alteração nas taxas de juros e outros fatores;
- 3) pessoa física: nível de emprego/condições salariais, nível de comprometimento de renda, alteração nas taxas de juros e outros fatores.

Por outro lado, segundo dados do mesmo relatório (2018, p. 31-33), a oferta de crédito é influenciada, principalmente, pelos seguintes fatores:

- 1) grandes empresas: condições gerais da economia doméstica, condições específicas da indústria/setor ou da empresa, percepção de risco do cliente e outros fatores.
- 2) micro, pequenas e médias empresas: condições específicas dos clientes, nível de inadimplência, nível de tolerância ao risco, outros fatores.
- 3) pessoa física – crédito para consumo: nível de comprometimento de renda do consumidor, nível de inadimplência da carteira, nível de tolerância ao risco e outros fatores.
- 4) pessoa física – crédito habitacional: nível de emprego e condições salariais, nível de tolerância ao risco, nível de comprometimento de renda, custo/disponibilidade de funding, outros fatores.

Articulando a oferta e a demanda por crédito e seu impacto sobre o preço, tem-se que: um evento que aumenta a quantidade demandada, aumenta o preço de equilíbrio e a quantidade de equilíbrio; um acontecimento que reduza a quantidade ofertada a qualquer preço dado, gera o aumento do preço de equilíbrio e a queda da quantidade de equilíbrio e; havendo aumento da demanda e redução da oferta é possível o aumento simultâneo do preço de equilíbrio e da quantidade de equilíbrio ou do aumento do preço de equilíbrio e da queda da quantidade de equilíbrio.

Em conclusão, é possível inferir que a oferta e a demanda juntas, determinam os preços dos diferentes bens e serviços da economia e os preços, por sua vez, são os sinais que orientam a alocação de recursos (MANKIWI, 2014, p. 81).

Nos contratos bancários de empréstimos de dinheiro, a quantidade de dinheiro decorrentes das operações passivas dos bancos (a exemplo dos depósitos da poupança ou da captação de recursos mediante oferta de títulos no mercado) é limitada e, por isso, a alocação dos recursos perpassa a análise das condições mais vantajosas a partir da análise da oferta e da demanda.

Terá condição de contrair empréstimos bancários quem quiser e puder pagar o seu preço (taxa de juros). O preço (taxa de juros) cobrado pelas instituições financeiras se ajusta até que a quantidade demanda por empréstimos seja exatamente igual à quantidade ofertada, constituindo o preço mecanismo de racionamento dos recursos (dinheiro) escassos.

Também, em mercados competitivos, o preço é que determina quem oferece crédito e quanto será oferecido. Se há consumidores que necessitam de dinheiro que não se têm para obter os bens da vida, é indispensável que haja pessoas que ofertem dinheiro emprestado e cobrem juros pelo empréstimo. No modelo capitalista brasileiro, não é o Estado, em primeira mão, mas os particulares quem devem suprir as necessidades de crédito das pessoas. Dessa forma, a alocação de recursos para a concessão de crédito dependem dos preços (juros) praticados, no caso em análise, pelas instituições financeiras. Os juros cobrados e o custo de manutenção dos serviços de empréstimo se ajustam para garantir que um número suficiente de instituições financeiras trabalhem para suprir as necessidades de dinheiro dos tomadores de empréstimos.

A respeito da taxa de juros (considerada como sinônimo do preço praticado pelas instituições financeiras para concessão de crédito) é importante destacar que:

O ajuste da taxa de juros para o nível de equilíbrio ocorre pelas razões de sempre. Se a taxa de juros fosse menor que o nível de equilíbrio, a quantidade ofertada de fundos para empréstimos seria menor que a quantidade demandada. A escassez de fundos para empréstimos resultante incentivaria os que fazem empréstimos a aumentar a taxa de juros cobrada. Uma taxa de juros mais elevada estimularia a poupança (aumentando, com isso, a quantidade ofertada de fundos para empréstimos) e desestimularia a tomada de empréstimos para investimentos (diminuindo, assim, a quantidade demandada de fundos para empréstimos). De modo inverso, se a taxa de juros fosse maior que o nível de equilíbrio, a quantidade ofertada de fundos para empréstimos seria maior que a quantidade demandada. Como o emprestadores competiriam pelos escassos tomadores de empréstimos, a taxa de juros cairia. Com isso, a taxa de juros caminha para o nível de equilíbrio, em que a oferta e a demanda de fundos para empréstimos são iguais. (MANKIWI, 2014, p. 535-537).

As possíveis respostas às condições de mercado de quem demanda e de quem oferta bens ou serviços é o conceito de elasticidade. Por isso, a elasticidade considera as diversas mudanças do mercado (um acontecimento ou as políticas públicas) que alteram as condições da oferta e demanda e suas consequências sobre o preço.

Compreendida a elasticidade no contexto da oferta e da demanda, há que se analisar, ainda, a relação do consumo e do investimento com os níveis de preço.

A redução dos níveis de preço resulta no aumento da riqueza real das pessoas e da capacidade de compra de bens e serviços. Assim,

a diminuição no nível de preços aumenta o valor real da moeda, tornando os consumidores mais ricos, por sua vez, isso os encoraja a gastar mais. O aumento nas despesas do consumidor significa maior quantidade demandada de bens e serviços. Inversamente, o aumento no nível de preços reduz o valor real da moeda, tornando os consumidores mais pobres, o que reduz as despesas do consumidor e a quantidade demandada de bens e serviços. (MANKIWI, 2014, p. 695).

Dessa forma, quanto menor o nível de preços:

1) menos moeda as pessoas precisarão para comprar os bens e serviços desejados;
 2) maior será a oferta de fundos para empréstimos, pois as pessoas tenderão a poupar seu excedente e, com a maior acessibilidade aos bens e serviços provocada por preços menores, também tenderão a não contrair empréstimos para aquisição de referidos bens e serviços;

3) menor será a taxa de juros, pois o aumento do nível de poupança repercute no aumento da oferta e, com isso, na redução da taxa de juros. Com taxa de juros mais baixa, os empréstimos se tornam mais baratos e, com isso, haverá incentivo às “empresas a pedir mais empréstimos para investir em novas fábricas e equipamentos, e também incentiva as famílias a fazer empréstimos para investir” (MANKIWI, 2014, p. 695) em bens e serviços (moradia e de bens duráveis de maior porte, como veículos). Conseqüentemente, uma taxa de juros mais baixa aumenta a quantidade demandada de bens e serviços.

Em conclusão a este tópico, tem-se que a avaliação da desproporcionalidade ou da excessiva onerosidade (art. 6º, V, CDC) nos contratos bancários de empréstimo de dinheiro ao consumidor deve considerar, também, os principais fatores econômicos que influenciam o preço, tais como o conceito de escassez, da alocação de recursos limitados, os tradeoffs, o confronto entre a análise positiva e a análise normativa, a relação entre a oferta e a demanda, o equilíbrio e a elasticidade.

O estudo específico da elasticidade e sua relação com a oferta, com demanda, com o preço e com as políticas de governo também se mostra relevante para se analisar os critérios de precificação e será abordado no tópico a seguir, em separado.

2.2.2.3 Elasticidade, escolhas públicas e assimetria de informações quanto às relações consumeristas de crédito bancário

Entende-se por elasticidade a medida da resposta às condições do mercado de quem demanda e de quem oferta bens ou serviços. Essas mudanças podem ocorrer por um acontecimento ou por políticas públicas que afetam um mercado que, no caso em estudo, é o de crédito bancário.

A elasticidade integra o estudo da oferta, da demanda, dos mecanismos de mercado e do equilíbrio. Nesse sentido,

1. A análise da oferta e da demanda é uma ferramenta básica da microeconomia. Em mercados competitivos, as curvas da oferta e da demanda nos informam a quantidade que deverá ser produzida pelas empresas e a quantidade que será demandada pelos consumidores em função dos preços.
2. O mecanismo de mercado é a tendência para o equilíbrio entre oferta e demanda (isto é, os preços tendem a se alterar até que atinjam um valor com o qual o mercado venha a se equilibrar), de tal forma que não haja excesso de oferta ou demanda.
3. As elasticidades descrevem o grau de reação da oferta e da demanda às variações de preço, de renda, ou a outras variáveis. Por exemplo, a elasticidade-preço da demanda mede a variação percentual da quantidade demandada que resulta de um aumento de 1% no preço.
4. As elasticidades referem-se a determinados períodos; para a maioria dos bens é importante que se diferenciem as elasticidades de curto prazo das de longo prazo.
5. Se for possível estimarmos as curvas aproximadas da oferta e da demanda para determinado mercado, poderemos calcular o preço que balanceia, igualando as quantidades ofertadas e demandadas. Além disso, se soubermos de que forma a oferta e a demanda dependem de outras variáveis econômicas, tais como a renda ou os preços de outras mercadorias, poderemos calcular as modificações no preço e na quantidade de equilíbrio de mercado em virtude de alterações nessas outras variáveis. Esse é um meio de explicar ou prever o comportamento do mercado. (PINDYCK; RUBINFELD, 2010, p. 54).

As mudanças de mercado determinadas por um acontecimento estão relacionadas à existência de bens próximos àqueles ofertados que possam ser substitutos ou do fato de o bem ser supérfluo ou necessários (essenciais). Com relação aos contratos de mútuo feneratício oferecidos pelas instituições financeiras, não há substituto próximo ao dinheiro que possa substituí-lo e o grau de necessidade ou não do dinheiro perpassa análise alheia ao negócio, pois está relacionado ao bem da vida que se pretende obter com o dinheiro emprestado, aspecto subjetivo do consumidor de crédito.

A elasticidade-preço da demanda dos empréstimos bancários tende a ser menos elástica (variam menos os preços), pois não há substitutos próximos do dinheiro, como ocorre

com outros bens a exemplo de relógios, celulares, veículos, etc, em que as variações entre produtos similares, mas de diferentes marcas, pode ultrapassar 1000%. Dessa forma, entre uma instituição financeira e outra, para a mesma modalidade de empréstimo, o preço tende a variar menos (menor elasticidade).

Por sua vez, a elasticidade-preço da oferta é calculada pela variação percentual da quantidade ofertada dividida pela variação percentual do preço. Se a quantidade de dinheiro ofertado variar proporcionalmente menos que o preço (juros), a oferta será inelástica, mas se a quantidade de dinheiro ofertado variar mais que o preço, a demanda será elástica.

Por fim, a elasticidade-renda da demanda é medida pelo quanto à quantidade demandada por dinheiro reage a variações na renda dos consumidores (capacidade de pagamento das prestações decorrentes dos empréstimos).

Diante da menor capacidade de pagamento dos consumidores de crédito, para conter a redução da demanda as instituições financeiras poderão alongar o número de prestações, limitar o valor total do crédito a ser emprestado e/ou reduzir o preço (juros) cobrados.

No que tange ao propósito do presente tópico, relevante tecer essas considerações preliminares para, na sequência, ter-se subsídios para analisar os efeitos das políticas públicas sobre o mercado de crédito bancário.

A respeito da avaliação de perdas e ganhos resultantes de políticas governamentais

1. Modelos simples de oferta e demanda podem ser utilizados para analisar uma ampla variedade de políticas governamentais, como controle de preços, preços mínimos, programas de suporte de preços, quotas de produção ou programas de incentivo para reduzir a produção, impostos e quotas de importação e impostos ou subsídios.
2. Em cada caso, os excedentes do consumidor e do produtor são utilizados para avaliar os ganhos e as perdas de consumidores e produtores. [...]
3. Quando o governo cria um imposto ou um subsídio, o preço geralmente não reflete elevação ou queda igual ao valor total do imposto ou subsídio. A incidência de um imposto ou de um subsídio é normalmente compartilhada por produtores e consumidores. A fração que cada um acabará pagando ou recebendo dependerá das elasticidades da oferta e da demanda.
4. A intervenção governamental geralmente resulta em um peso morto; mesmo que os excedentes do consumidor e do produtor sejam ponderados igualmente, existirá uma perda líquida decorrente das políticas governamentais que desloca o excedente de um grupo para o outro. Em alguns casos, esse peso morto será pequeno, porém, em outros – por exemplo, do suporte de preços e das quotas de importação, ele poderá ser grande. O peso morto é uma forma de ineficiência econômica que deve ser levada em consideração quando políticas são elaboradas e implementadas.
5. A intervenção governamental em um mercado competitivo nem sempre é uma medida negativa. O governo – e a sociedade que ele representa – pode ter outros objetivos além da eficiência econômica. Além disso, existem situações nas quais uma intervenção governamental pode *melhorar* a eficiência econômica. Essas situações incluem as externalidades e os casos de imperfeição de mercado. (PINDYCK; RUBINFELD, 2010, p. 300-grifos dos autores).

É preciso compreender que:

1) a oferta e demanda de fundos (dinheiro) para empréstimos parte do pressuposto de que há pessoas que tem alguma renda extra que desejam poupar e emprestar;

2) o empréstimo é realizado quando a instituição financeira auferir recursos oriundos dos depósitos realizados por seus clientes ou pela compra de títulos a eles oferecidos;

3) para que a intervenção nos contratos de mútuo feneratorício por quaisquer dos Poderes (Executivo, Legislativo ou Judiciário) não gere efeitos negativos (ou seja, um peso morto que repercuta em ineficiência econômica) e sim positivos (melhora na eficiência econômica, corrigindo externalidades negativas e imperfeições de mercado) é indispensável que os poderes públicos avaliem não só as vantagens para a coletividade, mas também se a intervenção não irá gerar ineficiência econômica, externalidades negativas e mais imperfeições no mercado, pois se assim não for, a menor onerosidade proporcionada no início pode representar maior ônus ao consumidor no presente ou no futuro.

Destaque-se que a economia política ou escolha pública é o campo que “aplica os métodos da economia para estudar como o governo funciona” (MANKIWI, 2014, p. 447).

Conforme já destacado, a taxa de juros é o preço cobrado pela instituição financeira pelo empréstimo concedido e referido preço será menor se a quantidade ofertada for maior que a demanda. Por outro lado, a escassez de fundos para empréstimos incentivaria as instituições financeiras a aumentar a taxa de juros.

Sobre a questão:

A taxa de juros é o preço de um empréstimo. Representa o montante que os tomadores pagam pelo empréstimo e o montante que os que emprestam recebem por sua poupança. Como uma taxa de juros elevada torna o empréstimo mais caro, a quantidade demanda de fundos para empréstimos cai à medida que a taxa de juros aumenta. Simultaneamente, como uma taxa de juros elevada torna a poupança mais atrativa, a quantidade ofertada de fundos para empréstimos aumenta quando a taxa de juros se eleva. Em outras palavras, a curva de demanda por fundos para empréstimos tem inclinação negativa e a curva de oferta de fundos para empréstimos tem inclinação positiva. (MANKIWI, 2014, p. 536).

Feitas essas considerações, resta avaliar como as políticas públicas podem influenciar o preço (taxa de juros) praticadas pelas instituições financeiras, mediante o aumento ou a redução da oferta e da demanda.

Os formuladores de políticas podem reduzir a quantidade de demanda por determinado produto ou serviços de duas maneiras: através de comunicados públicos e alertas obrigatórios nos materiais publicitários tendentes à redução da demanda e do aumento do preço com a tributação (MANKIWI, 2014, p. 69).

O desenvolvimento de políticas educacionais pretendendo reduzir o superendividamento ou orientador uma postura de consumo consciente e voltado para a poupança e não para o consumo estimulando a não contratação de empréstimos bancários, poderiam resultar na redução da demanda e, por consequência, na diminuição do preço (juros) praticado. Como tanto o preço quanto a demanda diminuem, a quantia paga pelos consumidores de crédito também tenderia a ser menor.

Essas políticas educacionais ocorrem por meio de incentivos à poupança ou ao investimento.

A respeito das políticas de incentivo à poupança, em uma análise comparativa

[...] muitos formuladores de políticas públicas norte-americanos veem o baixo nível de poupança dos Estados Unidos como um grande problema. Um dos *Dez Princípios de Economia* do Capítulo 1 é de que o padrão de vida de um país depende de sua capacidade de produzir bens e serviços. [...] a poupança é um determinante importante da produtividade de um país no longo prazo. Se os Estados Unidos pudessem, de alguma maneira, aumentar sua taxa de poupança para o nível que prevalece em outros países, a taxa de crescimento do PIB aumentaria, e, com o tempo, os cidadãos norte-americanos poderiam desfrutar de um padrão de vida mais elevado. Outro dos *Dez Princípios de Economia* é que as pessoas respondem a incentivos. Muitos economistas usaram esse princípio para sugerir que a baixa taxa de poupança dos Estados Unidos pode, pelo menos em parte, ser atribuída a leis tributárias que desencorajam a poupança. O governo federal norte americano, assim como muitos governos estaduais, obtém receita tributando a renda, incluindo juros e dividendos na renda tributável. [...] O imposto sobre a renda de juros reduz substancialmente o rendimento futuro da poupança corrente e, como resultado, diminui o incentivo à poupança. (MANKIWI, 2014, p. 538).

Como mecanismo de incentivo à poupança, tem-se então a redução ou a eliminação de tributos sobre a poupança. Reduzindo ou até mesmo fazendo-se não incidir tributos sobre a poupança, a taxa de rendimento aumentaria e, por consequência, os consumidores se sentiriam mais estimulados a poupar e a investir. Mais pessoas dispostas a poupar implicam no aumento da quantidade de oferta de fundos para empréstimos, mas sem redução direta na taxa de juros (preço dos empréstimos), “porque a mudança tributária não afetaria diretamente o montante que os tomadores de empréstimo desejariam emprestar, a qualquer taxa de juros” (MANKIWI, 2014, p. 539).

Nada obstante a mudança tributária não afetar diretamente a oferta, teríamos mais pessoas investindo ao invés de contrair empréstimos, resultando na redução da demanda por empréstimos e isso implica na redução do preço (taxa de juros) pelo fato de a oferta se manter estável ou até mesmo aumentar, face à redução da demanda.

Outro mecanismo de política governamental tendente à redução da demanda por crédito é o incentivo ao investimento que deve resultar na concessão de um crédito tributário para o investimento.

Um crédito tributário para investimento concede uma vantagem tributária a qualquer empresa que construa uma nova fábrica ou compre um novo equipamento. [...] se a aprovação de um crédito tributário para investimento incentivasse as empresas a investir mais, a demanda por fundos para empréstimos aumentaria. Como resultado, a taxa de juros de equilíbrio aumentaria e a taxa de juros mais elevada estimularia a poupança. (MANKIWI, 2014, p. 539).

A lei que concede um crédito tributário para investimento tem o propósito de recompensar as empresas que tomam empréstimos e investem em novo capital para a geração de riquezas em uma determinada área ou região. Isso implica na alteração da demanda por empréstimos. Contudo, como o crédito tributário não afeta o montante dos investimentos em poupança que geram a oferta pelas instituições financeiras, não haverá alteração da oferta de fundos para empréstimos.

Em contrapartida, a concessão de créditos tributários para investimentos aumenta a taxa de juros em razão do aumento da demanda por fundos e isso influencia o aumento da oferta de fundos para empréstimos, pois as pessoas responderão aumentando o montante que poupam.

Assim, “se uma mudança na legislação tributária incentivasse um maior investimento, o resultado seria uma taxa de juros mais elevada e maior poupança”. (MANKIWI, 2014, p. 540).

Outra política governamental possível é aquela relacionada aos déficits e superávits orçamentários do governo.

um *deficit* orçamentário ocorre quando o governo gasta mais que arrecada em impostos. O governo financia seus déficits orçamentários tomando empréstimos no mercado de títulos, e o acúmulo de empréstimos do governo é chamado de *dívida pública*. Um *superávit orçamentário*, que se dá quando a receita tributária do governo é maior que suas despesas, pode ser usado para pagar parte dessa dívida pública. Se a despesa do governo for exatamente igual à sua arrecadação tributária, dizemos que o governo está com o *orçamento equilibrado*. (MANKIWI, 2014, p. 540-grifos do autor).

Destaque-se que “a poupança nacional – a fonte de oferta e de fundos para empréstimos – é composta pela poupança privada e pela poupança pública. Uma alteração no equilíbrio orçamentário do governo representa uma alteração na poupança pública e, portanto, na oferta de fundos para empréstimos”. (MANKIWI, 2014, p. 540).

A partir de referidos pressupostos e levando em consideração que o déficit orçamentário não influencia o montante que os consumidores e fornecedores desejam tomar emprestado para financiar o investimento:

- 1) o déficit orçamentário não alterará a demanda por fundos para empréstimos;
- 2) diante do déficit orçamentário: a poupança pública se torna negativa, reduzindo a poupança nacional (composta pela poupança pública e privada); o governo será levado a tomar

empréstimos para financiar seu déficit orçamentário, reduzindo a oferta de fundos para empréstimos disponíveis para financiar o investimento dos consumidores e dos fornecedores.

3) considerando que o déficit orçamentário gera a tomada de empréstimos pelo governo, reduz a oferta de fundos para empréstimos e aumenta a taxa de juros, os consumidores e fornecedores (empresas) passarão a tomar menos empréstimos em razão das taxas de juros menos atrativas, resultando na queda de investimentos das empresas em suas atividades (como a construção de uma nova fábrica) e dos consumidores na aquisição de bens (como por exemplo, a aquisição de imóvel para moradia e veículos).

Portanto, “quando o governo reduz a poupança nacional por meio de um déficit orçamentário, a taxa de juros aumenta e o investimento diminui”. (MANKIWI, 2014, p. 541).

Além dos comunicados públicos e das políticas educacionais realizadas a partir dos incentivos à poupança ou ao investimento, dentre os diversos arranjos possíveis sobre os mecanismos governamentais que alteram o preço (taxa de juros) praticado pelas instituições financeiras, também há as medidas de correção das externalidades negativas e das imperfeições do mercado que partem do pressuposto da assimetria de informações entre os fornecedores e os consumidores.

Na relação de crédito e débito entre as instituições financeiras e os consumidores, a assimetria das informações vigora em prejuízo do consumidor, pois quem detém o monopólio das informações sobre os negócios bancários é o fornecedor. Em termos econômicos, as informações podem ser completas ou assimétricas. São completas aquelas em que consumidores e fornecedores conhecem todas as “variáveis econômicas com que se defrontam” (PINDYCK; RUBINFELD, 2010, p. 549). Sobre as informações assimétricas ocorrem quando uma das partes possui mais informações do que outras

As informações assimétricas são bastante comuns. Frequentemente, o vendedor de determinado produto conhece mais a respeito de sua qualidade do que o comprador. Os trabalhadores geralmente conhecem melhor sua própria destreza e habilidade do que seus empregadores. Os administradores de empresas sabem mais a respeito dos custos, da posição competitiva e das oportunidades de investimento da empresa do que os proprietários. (PINDYCK; RUBINFELD, 2010, p. 549).

É em razão do reconhecimento da assimetria das informações que o CDC/90 impõe ao fornecedor no ato de informar, ofertar e estipular em seus contratos, o dever de clareza, compreensibilidade, se abstendo de ações ou omissões que possam induzir o consumidor em erro (artigos 6º, III, 31, 51, dentre outros, do CDC/90).

Para o consumidor, em geral, no ato de contratar um empréstimo bancário, a informação essencial refere-se ao preço (taxa de juros) que se paga e se seu orçamento comporta

o pagamento dele, pouco importando os diversos itens que compõe o preço (como as tarifas de serviços bancários e de terceiros, seguro, impostos, dentre outros). O cálculo do preço deve ser simples e apurado a partir da soma das prestações, deduzindo o capital emprestado. Discutir os itens que compõe o preço seria o mesmo que avaliar dados técnicos cujas informações não são relevantes para o consumidor à luz do que dispõe o CDC/90, uma vez que a ele importa o preço final que se vai pagar pelo capital emprestado, sendo isso o que deve ficar claro e compreensível.

Em geral, não é do interesse do consumidor avaliar tais minúcias, até porque, o excesso de informações técnicas pode gerar confusão no consumidor, o induzindo a erro. Se informar tais minúcias fosse obrigatório, também o seria detalhar o processo de fabricação de um refrigerante, de um celular ou mesmo de um veículo e todos os componentes químicos e físicos utilizados em sua elaboração. Conforme se extrai do próprio CDC/90, a informação obrigatória é aquela que não induza em erro o consumidor ou cause risco à sua segurança, ou seja, aquela que for determinante para a formação de sua vontade materializada no contrato.

Como implicações das informações assimétricas no mercado de crédito quanto ao fornecedor, este deve saber distinguir os devedores de alta qualidade e os de baixa qualidade. Os de baixa qualidade estão menos propensos ao cumprimento de suas obrigações, seja por questões financeiras ou pessoais. Ao contrário, os de alta qualidade tendem que cumprir pontualmente suas obrigações.

Em comparação com os tomadores de empréstimo de alta qualidade, os de baixa qualidade estão mais propensos a desejar crédito, o que acaba elevando a taxa de juros, o que aumenta o número de tomadores de empréstimo de baixa qualidade, o que mais uma vez força ou aumento da taxa de juros, e assim por diante. (PINDYCK; RUBINFELD, 2010, p. 553).

Uma solução para o fornecedor a respeito da assimetria de informações quanto aos dados dos tomadores de empréstimos é manter um banco de dados de seus clientes, filtrando aqueles de alta qualidade dos de baixa qualidade.

As administradoras de cartões de crédito e os bancos *podem*, dentro de determinados limites, fazer uso de históricos de crédito computadorizados, que eles frequentemente compartilham entre si, para distinguir devedores de alta qualidade dos de baixa qualidade. [...] os históricos de crédito preenchem importante função: eles eliminam, ou pelo menos reduzem bastante, os problemas de informações assimétricas e de seleção adversa, que de outra maneira poderiam impedir a operação das administradoras de cartões de crédito. Sem esses históricos, até os pagadores mais pontuais encontrariam sérias dificuldades na hora de pedir um empréstimo. (PINDYCK; RUBINFELD, 2010, p. 553).

Em conclusão ao que foi exposto, é possível afirmar que a elasticidade é o estudo das mudanças às condições de oferta e demanda de um mercado e essas mudanças podem

ocorrer por um acontecimento (situações econômicas naturais de mercado que aumentam ou diminuem a oferta ou a demanda) ou por políticas públicas que afetam um mercado.

A elasticidade provocada por um acontecimento econômico natural do mercado relaciona-se à existência de bens similares que podem substituir àqueles ofertados. No caso dos empréstimos bancários ao consumidor, não há substituto próximo do dinheiro e, por isso, entre uma instituição financeira e outra, para a mesma modalidade de empréstimo o preço tende a ter menor elasticidade-preço (menor variabilidade).

Já a elasticidade-renda (capacidade do consumidor de pagar o empréstimo) pode aumentar ou diminuir a demanda por empréstimos e, diante dessas variações, as instituições financeiras podem influenciar o equilíbrio entre a oferta e a demanda, alongando o número de prestações, limitando o valor a ser emprestado ou aumentando ou reduzindo o preço (taxa de juros).

A elasticidade (renda ou preço) pode também ser provocada por políticas públicas geradoras de efeitos menos onerosos ou mais onerosos aos interesses das instituições financeiras e dos tomadores de empréstimos de dinheiro ao implementar medidas tendentes a aumentar ou reduzir a oferta ou a demanda. As principais formas possíveis de políticas públicas analisadas foram o desenvolvimento de políticas educacionais objetivando reduzir o superendividamento e as de estímulo à poupança e ao consumo consciente.

Aumentando-se a poupança, haverá mais recursos nas mãos das instituições financeiras por meio dos depósitos que, conseqüentemente, buscarão aumentar a oferta de empréstimos. Portanto, em um ambiente de mais poupadores, haverá estímulo à redução da taxa de juros, visando estimular o aumento da demanda por empréstimos em condições mais favoráveis ao consumidor.

O aumento ou a redução de tributos também é medida voltada para o aumento ou diminuição da oferta e demanda, ainda que de baixa eficácia. É de baixa eficácia porque não afetaria diretamente o montante de empréstimos desejados pelos tomadores a qualquer taxa de juros. Contudo, é uma alternativa, pois tributar menos a poupança e mais os empréstimos representa um estímulo à poupança e um desestímulo ao endividamento e vice-versa.

Além das citadas políticas públicas, também foram analisadas aquelas medidas de correção das externalidades negativas e das imperfeições do mercado, a partir do conceito de assimetria de informações. Nesse ponto, as políticas públicas são instituídas por meio de leis que impõe às instituições financeiras (detentora do domínio das informações) o dever de informar (informações relevantes) com clareza, compreensibilidade e não indução do

consumidor em erro no ato de contratar. Do contrário, a sanção é a possibilidade de modificação ou revisão do contrato.

Ainda a respeito da assimetria das informações dos consumidores tomadores de empréstimos dos bancos, poderá a instituição financeira corrigir as externalidades e imperfeições do mercado mantendo banco de dados de seus clientes de modo a melhor definir os bons pagadores e os maus pagadores, priorizando a concessão de empréstimos àqueles que oferecerem menores riscos de inadimplência.

2.2.3 Restrições jurídico-econômicas de intervenção no preço pelos poderes do Estado – vedação ao controle de preços: breve síntese

Considerando a opção constitucional brasileira pelo regime capitalista, o mercado de crédito segue os referenciais da oferta e da demanda por fundos de empréstimos e, por isso, a intervenção do Estado nas taxas de juros (preços) praticadas pelas instituições financeiras é limitada e não coaduna com um regime de controle de preços, pois este afeta os resultados do mercado, provocando escassez indesejada.

Como o mercado é livre, assim como a concorrência, os geradores de bens e serviços possuem a liberdade de desenvolver atividades econômicas. Essa liberdade entra em choque direto com eventual pretensão estatal (seja por quaisquer de seus poderes – Executivo, Legislativo ou Judiciário) de fixar taxas de juros mínimas e máximas a serem praticadas pelas instituições financeiras para a concessão do crédito.

Se assim não o fosse, levando em conta os limites da oferta e da demanda: a fixação de um preço máximo (que busca proteger quem consome bens e serviços) para as taxas de juros inferiores ao preço de equilíbrio resulta em escassez de oferta e, com isso, a demanda por empréstimos não seria atendida, tendo em vista a inviabilidade das instituições financeiras realizarem todas as operações pretendidas; por sua vez, o estabelecimento de um preço mínimo (que pretende proteger quem oferta bens ou serviços) para as taxas de juros poderá causar um excedente de oferta, pois se o preço mínimo fixado estiver abaixo do preço de equilíbrio, a oferta tende a aumentar por ser mais vantajosa a concessão de empréstimos pelas instituições financeiras.

Um dos *Dez Princípios de Economia* [...] é o de que os mercados são, em geral, uma boa maneira de organizar a atividade econômica. Esse princípio explica porque os economistas costumam se opor aos preços máximos e preços mínimos. Para eles, os preços não são resultado de um processo acidental. São, argumentam eles, o resultado dos milhões de decisões de empresas e consumidores que estão por trás das curvas de oferta e demanda. Os preços desempenham a função crucial de equilibrar oferta e demanda e, com isso, coordenar a atividade econômica. Quando os formuladores de políticas fixam preços por decreto, obscurecem os sinais que normalmente conduzem

a alocação dos recursos da sociedade. Outro dos *Dez Princípios de Economia* é de que os governos podem, às vezes, melhorar os resultados do mercado. Com efeito, os formuladores de políticas adotam controles de preços porque consideram injustos os resultados do mercado. Os controles de preços frequentemente visam ajudar os pobres. As leis de controle dos aluguéis, por exemplo, procuram tornar a moradia acessível para todos, e as leis de salário mínimo tentam ajudar os pobres a escapar da pobreza. Os controles de preço, no entanto, muitas vezes prejudicam as pessoas a quem se está tentando ajudar. O controle dos aluguéis pode manter baixos os aluguéis, mas também desencoraja os proprietários de manter seus prédios e torna difícil encontrar moradia. As leis de salário mínimo podem elevar a renda de alguns trabalhadores, mas outros certamente ficarão desempregados. A ajuda àqueles que precisam pode ser dada sem a utilização de controle de preços. Por exemplo, o governo poderia tornar a moradia mais acessível se arcasse com uma parte do aluguel pago pelas famílias pobres. Ao contrário do aluguel, os subsídios à moradia não reduzem a quantidade ofertada de imóveis e, portanto, não geram escassez. De maneira similar, o subsídio aos salários eleva os padrões de vida dos trabalhadores pobres sem desencorajar a contratação por parte das empresas. (MANKIWI, 2014, p. 116-grifos do autor).

Dessa forma, os contratos de empréstimo de dinheiro ao consumidor oferecido pelas instituições financeiras não comportam controle de preços, pois resultaria em escassez indesejada, mas podem submeter a mecanismos de estímulo à oferta de dinheiro a taxa de juros menores, seja mediante subsídios (incentivos) estatais, seja por meio de políticas de educação para o consumo de crédito.

Por fim, em sendo a fixação de preços um critério intrínseco às relações particulares e, excepcionalmente, às políticas públicas (Executivo e Legislativo), somente poderá o judiciário intervir nas taxas de juros quando assim a Lei o permitir, sob pena de indevida ingerência nas relações privadas e nas políticas governamentais.

3 CONTROLE DE PREÇOS NOS CONTRATOS DE MÚTUO BANCÁRIO

Verificado no capítulo anterior em que contexto democrático o contrato de crédito bancário ao consumidor se insere, a análise da definição e características dos mútuos bancários e suas distinções das demais modalidades de mútuo bancário permitirão compreender o instituto no presente capítulo, que também abordará a regulação do mercado de crédito e a legitimidade constitucional para a intervenção no preço dos produtos e serviços bancários, a vontade e a boa-fé objetiva como fundamento de legitimação dos contratos e o controle da desproporcionalidade e da excessiva onerosidade nas relações de consumo.

Por fim, analisar-se-á o abuso de direito à revisão ou modificação de mútuos bancários em âmbito judicial e a teoria da lesão.

3.1 Mútuo bancário: definição, características e distinção das demais modalidades de mútuo civil

As operações bancárias são negócios jurídicos em que figura uma instituição financeira em um dos polos do contrato. As operações envolvendo as instituições financeiras podem ser passivas e ativas. Serão passivas aquelas em que a instituição financeira ocupa a posição de devedor (ex.: o depósito bancário), ao passo que as ativas são aquelas em que o banco ocupa a posição de credor. (FAZZIO JÚNIOR, 2018, p. 540-546).

Os mútuos bancários, objeto do presente estudo, tipo de operação ativa das instituições financeiras, modalidade de contrato de empréstimo e espécie do gênero de contratos bancários, são instrumentos privados que têm por objeto o empréstimo de dinheiro pelos bancos a seus clientes, mediante o pagamento de prestações também em dinheiro, com os devidos acréscimos gerados pelos custos da contratação.

Enquanto na maioria das demais modalidades de contrato apenas a prestação é paga em dinheiro e o objeto é diverso deste (por exemplo, uma compra e venda de veículo, de um computador, entre outros), nos mútuos bancários, prestação e objeto se confundem, ou seja: se compra dinheiro para pagar com dinheiro, acrescido de juros e demais custos contratados.

A respeito dessa modalidade contratual, Fábio Ulhoa Coelho assim destaca:

O mútuo bancário é o mais importante contrato relacionado às operações ativas dos bancos. Nestas, como definido, ao oferecerem recursos às unidades de dispêndio deficitárias, assumem os bancos a posição de credor. [...] O mútuo bancário é o contrato pelo qual o banco empresta certa quantia de dinheiro ao cliente que se obriga a pagá-la, com os acréscimos remuneratórios, no prazo contratado. O matiz dessa figura contratual, evidentemente, é o mútuo civil, empréstimo de coisa fungível (CC, art. 586; CC-16, art. 1.256). (COELHO, 2014, p. 148).

O mútuo bancário, gênero da espécie contratos de operações ativas, “é empréstimo de dinheiro, pelo banco a cliente, mediante remuneração, amortização aprazada e pagamento de taxas” (FAZZIO JÚNIOR, 2018, p. 546).

Portanto, como a atividade típica dos bancos é a intermediação de recursos em dinheiro (ou monetários), conseqüentemente, o mútuo bancário é um tipo de contrato no qual o objeto e a remuneração se confundem com o mesmo bem, ou seja: o dinheiro resultante dos custos da contratação e juros cobrados⁷.

Referida modalidade se distingue dos demais empréstimos de dinheiro regidos pelo Código Civil de 2002 (CC/02), porque o mútuo bancário se submete à criatividade normativa específica do Congresso Nacional (art. 48, XIII, e art. 192 da CF/88), de lei especial em vigor (Lei nº 4.595/64), pode ter forma de título de crédito (art. 26, Lei nº 10.931/04) e, por isso, somente subsidiariamente se sujeita às normas do Código Civil de 2002⁸.

Para além disso, configurada a relação jurídica do mútuo bancário como de consumo, também se submeterá aos parâmetros da Lei nº 8.078/90 (CDC/90) e, em se tratando de consumidor criança ou adolescente, idoso ou deficiente, respectiva e cumulativamente às Leis nº 8.069/90 (ECA/90), 10.741/03 (Estatuto do Idoso) e 13.146/15 (Estatuto da Pessoa com

⁷ Ao estabelecer a diferença entre os juros compensatórios e os juros moratórios nos contratos de mútuo feneratício (empréstimo de dinheiro), Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho destacam: “Os primeiros objetivam remunerar o credor pelo simples fato de haver desfalcado o seu patrimônio, concedendo o numerário solicitado pelo devedor. Os segundos, por sua vez, traduzem uma indenização devida ao credor por força do retardamento culposo no cumprimento da obrigação. Assim, celebrado um contrato de empréstimo a juros (mútuo feneratício), o devedor pagará ao credor os juros compensatórios devidos pela utilização do capital (ex.: se tomou 10, devolverá 12). Se, entretanto, no dia do vencimento, atrasar o cumprimento da prestação, pagará os juros de mora, que são contabilizados dia a dia, sendo devidos independentemente da comprovação do prejuízo” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014b, p. 267).

⁸ Quando se tem mais de uma norma dispendo sobre o mesmo assunto, está-se diante de uma antinomia. Ao tratar dos critérios para a solução das antinomias entre as normas, Norberto Bobbio destaca: “As regras fundamentais para a solução das antinomias são três: a) o critério cronológico; b) o critério hierárquico; c) o critério da especialidade. [...] O terceiro critério, dito justamente da *lex specialis*, é aquele pelo qual, de duas normas incompatíveis, uma geral e uma especial (ou excepcional), prevalece a segunda: *Lex specialis derogat generali*. Também aqui a razão do critério não é obscura: lei especial é aquela que anula uma lei mais geral, ou que subtrai de uma norma uma parte da sua matéria para submetê-la a uma regulamentação diferente (contrária ou contraditória). A passagem de uma regra mais extensa (que abrange um certo *genus*) para uma regra derogatória menos extensa (que abrange uma *species* do *genus*) corresponde a uma exigência fundamental de justiça, compreendida como tratamento igual das pessoas que pertencem à mesma categoria. A passagem da regra geral à regra especial corresponde a um processo natural de diferenciação das categorias, e a uma descoberta gradual, por parte do legislador, dessa diferenciação. Verificada ou descoberta a diferenciação, a persistência na regra geral importaria no tratamento igual de pessoas que pertencem a categorias diferentes, e, portanto, numa injustiça. Nesse processo de gradual especialização, operado através de leis especiais encontramos uma das regras fundamentais da justiça, que é a do *suum cuique tributere* (dar a cada um o que é seu). [...] A situação antinômica, criada pelo relacionamento entre uma lei geral e uma lei especial, é aquela que corresponde ao tipo de antinomia total-parcial. Isso significa que quando se aplica o critério da *lex specialis* não acontece a eliminação total de uma das duas normas incompatíveis, mas somente daquela parte da lei geral que é incompatível com a lei especial.” (BOBBIO, 1995, p. 91-97).

Deficiência); nos últimos casos, por terem tutela jurídica dúplice e cumulativa, considerados como hipervulneráveis⁹.

Por ser a atividade bancária regulada e sujeita a autorização governamental, o mútuo bancário também o é, nos termos do art. 10, VI, da Lei nº 4.595/64, que estabelece a competência privativa do Banco Central do Brasil para exercer o controle do crédito sob todas as suas formas. Conseqüentemente, o mútuo bancário não se submete à limitação do art. 406, CC/02, porquanto:

Conforme orientação consolidada pelo STJ e nos termos da Lei 4.595/64, é livre a estipulação de juros remuneratórios nos contratos de empréstimo bancário e financiamento, aos quais não pode incidir a limitação prevista na Lei de Usura e no art. 591 c/c o art. 406 do CC de 2002, pois tais dispositivos limitam-se a tratar dos contratos de mútuo civil. (MINAS GERAIS, 2017).

Ainda no que toca a distinção entre mútuo civil e o mútuo bancário, Fábio Ulhoa Coelho assim destaca:

A diferença entre o mútuo civil e o bancário diz respeito aos juros. No civil, as partes não podem contratá-los superiores à taxa SELIC para negociação dos títulos da dívida pública federal, ao passo que no mútuo bancário não existem limites legais. (COELHO, 2014, p. 150).

Portanto, diferentemente do mútuo civil, não se aplica ao mútuo bancário a limitação de juros prevista no CC/02, ficando a cargo do Congresso Nacional e da entidade reguladora das instituições financeiras (Banco Central do Brasil) a atribuição de estabelecer parâmetros para a remuneração (juros) dos empréstimos dessa modalidade (teto e/ou piso), se for o caso, conforme ressaltado anteriormente.

Nada obstante entendimentos em sentido contrário¹⁰, além dos juros compensatórios (contraprestação pelo dinheiro emprestado) e dos juros moratórios (sanção

⁹ “Nas relações de consumo, a hipervulnerabilidade vai além da mera vulnerabilidade, porquanto, esta última é princípio básico que fundamenta a aplicação do Código de Defesa do Consumidor [...] Quando se acrescenta à vulnerabilidade o prefixo *hiper*, muda-se o patamar de proteção porque se está diante de consumidores que possuem vulnerabilidade maior do que a medida normal [...] a hipervulnerabilidade da criança e do adolescente é decorrência da inserção de duas causas distintas de vulnerabilidade: um consumidor de doze anos é duplamente vulnerável para o Direito, por ser criança e por ser consumidor.” (SÁ; LIMA, 2016, p. 112).

¹⁰ Entre outros, são temas em que, independentemente da contratação, o Superior Tribunal de Justiça impõe a revisão dos mútuos bancários: 1) Nos contratos bancários celebrados até 30.4.2008 (fim da vigência da Resolução CMN 2.303/96) era válida a pactuação das tarifas de abertura de crédito (TAC) e de emissão de carnê (TEC), ou outra denominação para o mesmo fato gerador, ressalvado o exame de abusividade em cada caso concreto. (Tese julgada sob o rito do art. 543-C do CPC/73 - Tema 618) (BRASIL, 2013); 2) É admitida a revisão das taxas de juros remuneratórios em situações excepcionais, desde que caracterizada a relação de consumo e que a abusividade (capaz de colocar o consumidor em desvantagem exagerada - art. 51, §1º, do CDC) fique cabalmente demonstrada, ante às peculiaridades do julgamento em concreto. (Tese julgada sob o rito do art. 543-C - Tema 27) (BRASIL, 2009); 3) É possível a cobrança de comissão de permanência durante o período da inadimplência, à taxa média de juros do mercado, limitada ao percentual previsto no contrato, e desde que não cumulada com outros encargos moratórios (Súmula 472/STJ). (BRASIL, 2012).

contratual por atraso no pagamento das prestações contratadas), também, é permitida no mútuo feneratício a cobrança do mutuário de outras verbas e despesas geradas pela contratação, desde que devidamente contratadas.

É o caso do Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro ou relativas a Títulos ou Valores Mobiliários (IOF) incidentes nas operações de crédito realizadas por instituições financeiras (art. 2º, I, 'a', Decreto Federal nº 6.306/07), não sendo raras as vezes em que os consumidores buscam ser ressarcidos dos valores pagos sob aludido custo¹¹. Esse tributo incide nos contratos de mútuo bancário, e a obrigação pelo pagamento é do tomador de crédito, nos termos da Lei nº 9.779/99 e do art. 4º do Decreto Federal nº 6.306/07. Por isso, sobre o valor das prestações mensais avençadas nos mútuos bancários, é possível a incidência de referido tributo, que deve estar devidamente especificado no contrato.

Da mesma forma, apesar de entendimentos em sentido contrário conforme destacado¹², no atual contexto constitucional e infraconstitucional não há qualquer vedação legal que impeça os bancos de imputarem aos tomadores de crédito os custos decorrentes da contratação, tais como a prestação de serviços de terceiros, tarifa de abertura de crédito, taxa de emissão de carnê, comissão de permanência, entre outros, e sob outras nomenclaturas relacionadas ao contrato, mostrando-se impertinentes os argumentos que conduzem à ideia de que são abusivas por transferirem ao mutuário as despesas inerentes à administração do negócio. A condição é que estejam clara e devidamente contratadas e se relacionem com os custos gerados pelo contrato.

A proteção jurídica do consumidor no caso encontra seus fundamentos no Direito dos Contratos, em especial na aplicação da autonomia privada, que tem suas bases restritivas nas normas do CDC/90, não sendo ampla sua flexibilização de modo a limitar-se ao mero talante de equidade do magistrado.

Por assim dizer, a autonomia da vontade, ou autonomia privada como prefere Fernando Noronha¹³, como “poder de estipular livremente, como melhor lhes convier, mediante

¹¹ Vide: TJMG - Apelação Cível 1.0518.15.000659-2/001, Rel. Des. Mariangela Meyer, 10ª Câmara Cível, j. de 21/02/2017, p. no DJe de 10/03/2017; TJMG - Apelação Cível 1.0382.15.010868-8/001, Rel. Des. Evandro Lopes da Costa Teixeira, 17ª Câmara Cível, j. de 09/02/2017, p. no DJe de 21/02/2017; STJ – REsp 1255573/RS, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, Segunda Seção, j. de 28/08/2013, p. no DJe 24/10/2013 e; STJ – AgRg no AREsp 767870/SP, Rel. Min. Moura Ribeiro, j. de 01/12/2016, p. no DJe de 15/12/2016.

¹² Em incidente de resolução de demandas repetitivas (STJ, tema 958, REsp nº. 1578526/SP (Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino) foi imposto às instituições financeiras o dever de detalhar a efetiva despesa como critério de validade da cobrança, em contratos bancários, de custos com serviços prestados por terceiros, registro de contrato e/ou avaliação do bem. (BRASIL, 2016).

¹³ Mencionado autor destaca que a autonomia privada se constitui como fundamento do negócio jurídico, pois “costuma ser vinculada à força obrigatória dos contratos, mas a obrigação de cumprir o contrato está associada

acordo de vontade, a disciplina de seus interesses, suscitando efeitos tutelados pela ordem jurídica” (DINIZ, 2011, p. 40-41), comporta condicionamentos, mas não o completo afastamento quando se está diante de um contrato de adesão (ao exemplo do crédito bancário), impostos pelo legislador e que orientam o intérprete no ato de dar concreção à norma.

Sobre os condicionamentos a que a autonomia privada possa vir a se submeter, são os seguintes:

- a) da lei – a lei, manifestação maior do poder estatal, interfere no âmbito da autonomia privada, posto sem aniquilá-la, para salvaguardar o bem geral;
 - b) da moral – trata-se de uma limitação de ordem subjetiva, com forte carga ético-valorativa;
 - c) da Ordem Pública – também este conceito, que mais se relaciona com a estabilidade ou segurança jurídica, atua na ausência de normas imperativas, impondo a observância de princípios superiores, ligados ao Direito, à Política e à Economia.
- Todas essas limitações não significam, como se disse, aniquilação da autonomia privada, pois, sem esta, as relações de direito privado se estagnariam e a sociedade contemporânea entraria em colapso. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014a, p. 73-74).

Conforme já destacado, as limitações impostas à autonomia privada nos contratos das relações de consumo decorrem dos três condicionantes¹⁴ citados (lei, moral e ordem pública); dessa forma, se não houver falha nas informações contratuais, práticas ou cláusulas abusivas (práticas abusivas, arts. 39 a 44; cláusulas abusivas, arts. 51 a 53, CDC/90) e quebra dos deveres anexos, não há que se falar em modificação ou revisão contratual (com a aplicação de condicionantes à autonomia privada), porquanto o instrumento estará em conformidade com

essencialmente ao dever ético, de respeitar a palavra dada, e está ligado essencialmente à tutela da confiança e ao princípio da boa-fé” (NORONHA, 1994, p. 116).

¹⁴ Rodrigo Fernandes Rebouças, em sua tese de doutoramento pela PUC/SP intitulada “Autonomia Privada e Análise Econômica do Contrato”, posteriormente publicada pela Editora Almedina, ressalta o excessivo ativismo judicial sobre o tema, aponta a insegurança jurídica causada na violação da autonomia privada pelo Judiciário nas ações revisionais de contratos envolvendo o Direito do Consumidor e propõe uma gradação do poder da autonomia privada nos seguintes termos: “[...] será proposto na presente tese o abandono da análise puramente binária entre *pacta sunt servanda* versus ativismo judicial e dirigismo contratual, para implementar a aplicação de uma gradação do poder da autonomia privada, conforme os interesses econômicos envolvidos, os poderes de decisão, a forma da contratação, as circunstâncias negociais, entre outros aspectos socioeconômicos; objetiva-se analisar que, em determinados modelos contratuais (contratos Internacionais Privados, Contratos Empresariais, etc) haja uma maior tendência de respeito a força vinculante do contrato com o mínimo de ativismo judicial e aplicação máxima da autonomia privada. Já para outros contratos com maior necessidade de tutela estatal (contratos envolvendo mercado regulado, direito administrativo e contratos de consumo), haja uma tendência pela manutenção de uma maior intervenção do Poder Judiciário, porém, com a devida observância da análise econômica do direito. [...] A proposta de uma gradação quanto à aplicação do poder de autonomia privada e respectiva força jurídica dos efeitos do contrato, seguirá semelhante divisão proposta por Alcides Tomasetti Junior que, ao defender a sua tese de doutoramento da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo sob o título “Execução de Contrato Preliminar”, apresentou uma divisão quanto aos possíveis graus de preliminariedade de um contrato, passando a ser adotado e reconhecido o conceito de preliminariedade mínima, média e máxima quanto a força vinculante dos contratos preliminares e suas consequências advindas da classificação proposta.” (REBOUÇAS, 2017, p. 38-39).

os parâmetros do CDC/90 e da CF/88, segundo critérios complementares mencionados e que adiante serão objeto de pormenorizada análise.

A propósito do CDC/90 e para os fins do presente estudo, em se tratando de relação de consumo, são sujeitos do mútuo bancário a instituição financeira e o consumidor a teor do que dispõem os arts. 2º e 3º de referido Código.

Apresentada a contextualização geral dos mútuos bancários, entre as mais diversas dimensões que poderiam ser abordadas, avança-se na análise dos mecanismos orientadores do intérprete pela revisão ou modificação dos contratos nas relações de consumo.

3.2 Regulação do mercado de crédito bancário e legitimidade institucional para intervenção no preço dos produtos e serviços bancários

As instituições financeiras que atuam com o mútuo bancário em análise são aquelas constituídas unicamente sob a forma de sociedades por ações e dependem de autorização para seu funcionamento (art. 170, parágrafo único, CF/88; arts. 10, X, 18 e 25, Lei nº 4.595/64¹⁵; e arts. 1.123 a 1.125, CC/02¹⁶), por isso são reguladas pelo Banco Central do Brasil (art. 10, IX a XI, Lei nº 4.595/64, entre outros), que também exerce o controle do crédito sob todas as suas formas (art. 10, VI, Lei nº 4.595/64).

Assim sendo, tanto por comando constitucional, quanto pela legislação infraconstitucional, ao Poder Executivo Federal, por intermédio do Banco Central do Brasil, foi atribuída a competência institucional de regular os parâmetros estabelecidos nos mútuos bancários.

A regulação do mercado de crédito bancário orienta-se em sua estrutura pelos princípios constitucionais gerais da atividade econômica e, infraconstitucionalmente, pela Lei nº. 4.595/64, que dispõe sobre a política e as instituições monetárias, bancárias e creditícias.

A ordem econômica nacional, regulamentada pelo art. 170 da CF/88:

¹⁵ “Art. 10. Compete privativamente ao Banco Central da República do Brasil: [...]X - Conceder autorização às instituições financeiras [...]Art. 18. As instituições financeiras somente poderão funcionar no País mediante prévia autorização do Banco Central da República do Brasil ou decreto do Poder Executivo, quando forem estrangeiras. [...]Art. 25. As instituições financeiras privadas, exceto as cooperativas de crédito, constituir-se-ão unicamente sob a forma de sociedade anônima, devendo a totalidade de seu capital com direito a voto ser representada por ações nominativas.”

¹⁶ “Art. 1.123. A sociedade que dependa de autorização do Poder Executivo para funcionar reger-se-á por este título, sem prejuízo do disposto em lei especial. Parágrafo único. A competência para a autorização será sempre do Poder Executivo federal. Art. 1.124. Na falta de prazo estipulado em lei ou em ato do poder público, será considerada caduca a autorização se a sociedade não entrar em funcionamento nos doze meses seguintes à respectiva publicação. Art. 1.125. Ao Poder Executivo é facultado, a qualquer tempo, cassar a autorização concedida a sociedade nacional ou estrangeira que infringir disposição de ordem pública ou praticar atos contrários aos fins declarados no seu estatuto.”

[...] apresenta uma disposição tópica ordenada e hierarquizada de princípios constitucionais. Os três primeiros são princípios gerais e *básicos* à estrutura orgânica de toda essa ordem. Os demais, são comandos derivados, de alguma forma, dos três primeiros. Os princípios dispostos nos incisos IV, V e VI dirigem, essencialmente, às *atividades de agentes econômicos empresariais, públicos ou privados*; enquanto os dois incisos VII, VIII e IX orientam as ações políticas e econômicas para o *Estado agir no papel de órgão público inovador e ordenador de práticas de indução política e econômica*. (MACHADO, 2013, p. 893, grifos do autor).

Enquanto o art. 170 da CF/88 estabelece as diretrizes e bases constitucionais da ordem econômica e financeira nacional, o art. 174 da Carta Magna dispõe ser o Poder Executivo Federal o agente normativo e regulador da atividade econômica. Sobre esse conjunto de atribuições, cumpre esclarecer que são exercidas pelos Poderes Executivo (cumprindo e fazendo cumprir a Constituição Federal e a legislação infraconstitucional) e Legislativo (estabelecendo parâmetros normativos para a atuação dos Poderes Executivo e Judiciário).

Portanto, a atuação do Poder Judiciário em ações individuais movidas por consumidores, suprimindo as competências atribuídas ao Poder Executivo no que tange ao controle dos preços praticados nos mútuos bancários para além da regulação realizada pelo Banco Central do Brasil, e sem que haja efetiva abusividade ou excessiva onerosidade¹⁷, se mostram ilegítimas, por representarem uma intervenção *contra legem*.

Ao comentar referido dispositivo, Roberto Ferreira assim destaca:

¹⁷ De modo geral, a doutrina sustenta a tese de que a constatação da excessiva onerosidade demanda a concorrência de três pressupostos: imprevisibilidade do evento; efeito extraordinário, que provoque ou cause às obrigações do devedor, no contrato; e obtenção pelo credor de decorrente “extrema vantagem” (PENTEADO JR., 2003). Segundo Ricardo Pereira Lira, a onerosidade excessiva consubstancia-se em “uma recusa à entrega da prestação tal como prevista originalmente no contrato, em virtude da superveniência de um desequilíbrio entre dita prestação do devedor e a contraprestação incumbente ao credor” (LIRA, 1985, p. 12). Por sua vez, a respeito da desproporcionalidade, “O Código do Consumidor não exige que a desproporção tenha por causa acontecimentos extraordinários ou imprevisíveis, razão pela qual, conquanto a referência, na lei, à excessiva onerosidade, mais proximamente se trata da adoção da Teoria da Base Objetiva do Negócio. Nesta é imediata a correlação entre a revisão do contrato e o princípio da boa-fé” (MARTINS-COSTA, 2002, p. 188-221). Tendo em vista os conceitos apresentados, a identificação da excessiva onerosidade ou da desproporcionalidade (esta última, orientada pela boa-fé objetiva) nos contratos de crédito bancário ao consumidor é fator determinante para sua revisão ou modificação. Contudo, na prática, o que se identifica na forma como as revisões ou modificações se implementam, a redução dos juros e demais encargos contratuais inicialmente contratados não tem apresentado significativa redução das prestações contratadas ao ponto de justificar a revisão a partir de seu objetivo, que é a diminuição da excessiva onerosidade ou da desproporcionalidade. Tome-se, por exemplo, um empréstimo de R\$10.000,00 no qual o consumidor venha a assumir a obrigação de arcar com o pagamento de 60 prestações de R\$250,00. Somadas todas as prestações assumidas, chega-se ao valor de R\$15.000,00, sendo que a diferença de R\$5.000,00 entre o valor financiado (R\$10.000,00) e a soma das prestações contratadas (R\$15.000,00) representa a remuneração paga à instituição financeira (juros remuneratórios), mais os encargos da contratação (IOF e taxas/tarifas). Dessa forma, a revisão do contrato incide sobre o valor de R\$5.000,00 e, havendo inadimplemento, também atingiria as correspondentes cláusulas que incidem sobre a mora. Se considerarmos a revisão promovida a partir dos termos do acórdão na Apelação Cível 1.0056.13.015332-5/001, em que houve apenas a limitação dos juros remuneratórios à taxa mensal contratada, o que, quando muito, se atingisse 10% da prestação mensal, representaria uma redução de R\$25,00 e, por consequência, ensejaria uma prestação mensal de R\$225,00. (MINAS GERAIS, 2018). O caso exemplificativo apontado permite-nos refletir se a redução alcançada conferiria efetividade ao afastamento da desproporcionalidade ou da onerosidade excessiva. A resposta, no caso, é negativa, tendo em vista as análises realizadas no presente trabalho.

As intervenções econômicas diretas e indiretas do Estado se articulam dentro do processo de ordenamento econômico. [...] O *caput* do art. 174 divide a intervenção indireta em duas espécies: a normativa e a reguladora. Na primeira intervenção, o Estado cria normas e na segunda faz regulagens públicas sobre todos os agentes econômicos do mercado. Por meio de lei, o Estado intervém na economia *fiscalizando, incentivando e planejando*.

No *âmbito da fiscalização*, o Estado cria estruturas administrativas especializadas para acompanhar o funcionamento de todas as espécies de processos econômicos desenvolvidas no mercado nacional. Nessa função normativa, o Estado deve atender a objetividade econômica operacional da atividade empresarial, exercendo sempre o poder de polícia na forma da CF e legislação infraconstitucional, assegurando o devido processo administrativo previsto no inciso LV do art. 5º da Carta Magna.

No *âmbito do incentivo*, o Estado exerce uma função reguladora que auxilia a formulação de processos de desenvolvimento econômico dos setores empresariais e de categorias de empresas. [...]

Por fim, no *âmbito do planejamento*, o Estado precisa executar planos econômicos públicos, que são especializados e dirigidos a determinados setores ou espécies de mercados. (FERREIRA *apud* MACHADO, 2013, p. 907-908, grifos do autor).

Compreendido o papel exclusivo dos Poderes do Estado na execução da ordem econômica e financeira nacional, é importante reforçar que no plano infraconstitucional a Lei nº 4.595/64, recepcionada pela Carta Magna, dispõe sobre o sistema econômico e financeiro, criando órgãos e estabelecendo parâmetros sobre a regulação do crédito, especificamente aqueles relacionados às instituições financeiras.

Portanto, o controle dos preços, das taxas de juros e encargos praticados pelas instituições financeiras constitui atribuição específica dos Poderes Executivo e Legislativo, cabendo ao Poder Judiciário, sob pena de atuação *contra legem*, se abster de intervir nos fatores que integram o preço dos produtos ou serviços relacionados aos contratos de concessão de crédito a consumidores, ainda que haja omissão dos correspondentes poderes (até mesmo porque a omissão também deve ser reconhecida como uma opção democrática). Isso porque lhe falta legitimidade constitucional, sendo certo que a autorização concedida pelo art. 6º, V, da Lei nº 8.078/90, deve ser interpretada em conformidade com as restrições constitucionais e infraconstitucionais ora em destaque.

3.3 A vontade e a boa-fé objetiva como fundamentos de legitimação dos contratos de mútuo bancário e o controle da desproporcionalidade e da excessiva onerosidade nas relações de consumo

Para que um negócio jurídico seja considerado válido, é essencial que seja celebrado entre sujeitos capazes, tenha objeto lícito e obedeça a forma prescrita ou não proibida por lei (art. 104, CC/02). Além disso, é essencial que a vontade manifestada no ato da celebração do negócio não esteja eivada de defeitos (como, por exemplo, o erro ou ignorância, o dolo, a coação, o estado de perigo, a lesão ou a fraude contra credores). Em se tratando de relação de consumo, a teor do art. 6º, V, do CDC/90, o consumidor possui como direito básico

“a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas” (BRASIL, 1990).

Integradas e articuladas as regras gerais do CC/02 com o CDC/90, o direito básico do consumidor previsto no art. 6º do CDC/90 não legitima a revisão ou modificação indiscriminada de contratos¹⁸, sendo indispensável para tal medida a ocorrência de vícios efetivamente demonstrados que a justifiquem. Desproporcionalidade e excessiva onerosidade (conceitos citados em linhas anteriores) como fundamentos que sustentam a modificação ou revisão de contratos de consumo, apesar de constituírem-se em conceitos jurídicos indeterminados, possuem referencial específico e não comportam aplicação desmedida, sob pena de legitimarem decisões fundadas exclusivamente no senso comum (critérios que não encontram precisão ou justificação necessariamente científica), o que é inadmissível pelo Direito.

Nesse ponto, entre outros referenciais, a vontade e a boa-fé objetiva são tomadas como norte para direcionar a aplicação dos conceitos de desproporcionalidade e de excessiva onerosidade. No plano contratual, sem o concurso da vontade, um negócio jurídico não seria elemento suficiente para a geração de efeitos¹⁹. E não bastando apenas a vontade na relação de consumo, referida manifestação deve pautar-se pela boa-fé objetiva fundada no argumento de que a vontade deve se expressar em um ato atrelado a um dever de agir com lealdade e cooperação, de modo a não frustrar as legítimas expectativas de quem se contrata.

Daí se fala, portanto, em autonomia da vontade, pela qual é a vontade do agente que determina a sua prerrogativa de vincular-se ou não a um direito ou dever; fala-se também em autonomia privada, pela qual, além de o cidadão escolher livremente se se obriga ou não, poderá ele determinar o conteúdo da obrigação.

É a vontade, portanto (embora esquecida como elemento essencial do negócio jurídico no art. 104 do Código Civil), o motor do chamado *comércio jurídico*, é a condição *sine qua non* para que o cidadão saia da ampla e irrestrita liberdade para se vincular a uma obrigação, perdendo, com isso, parcela dessa natureza livre, pois a partir daí,

¹⁸ Por analogia, as justificativas apresentadas à definição da não aplicação da teoria maximalista à definição de destinatário final também incidem na situação analisada: “Efetivamente, grande número de empresas têm tentado ver reconhecido no Judiciário seu status de “consumidoras”- destinatárias finais fáticas, pois o sistema do CDC demonstrou ser um setor de excelência e eficiência do direito civil brasileiro, onde as soluções de mérito e de justiça contratual realmente realizam-se. Apoiadas por advogados atualizados, as empresas tornaram-se litigantes comuns a recorrer ao sistema do CDC para resolver seus problemas contratuais intercomerciais, deturpando, assim, o espírito protetivo do CDC e colocando em perigo a proteção do verdadeiro consumidor *stricto sensu*.[...]” (MARQUES, 1999, p. 287). Dessa forma, a revisão ou modificação ampla e irrestrita de contratos no âmbito do CDC/90, sem critério jurídico-econômico, representaria a banalização do instituto da excessiva onerosidade ou da desproporcionalidade e, por consequência, o enfraquecimento das normas do CDC/90 do desprestígio à boa-fé objetiva (este último por gerar o risco de privilegiar comportamentos desleais).

¹⁹ A importância da vontade para o negócio jurídico será objeto de análise em tópico específico.

assumirá o compromisso de cumprir bem e fielmente aquilo a que contratou (ASSIS NETO; JESUS; MELO, 2013, p. 276).

O preceito da vontade tem origem no Direito Romano, donde se formulou o princípio do *pacta sunt servanda*, que nos termos do CDC/90 é mitigado conforme amplamente aceito pela doutrina e jurisprudência²⁰. Entretanto essa mitigação não deve conduzir à conclusão de afastamento da vontade como elemento essencial a ser analisado diante da aplicação do art. 6º, V, do CDC/90, pois sem ela não haveria contrato e, conseqüentemente, não demandaria a abordagem da desproporcionalidade ou da excessiva onerosidade.

Ao analisar o art. 112 do CC/02, Carlos Roberto Gonçalves dá ênfase à importância da vontade para a abordagem de outros aspectos contratuais:

Na realidade, não se pode aplicar separadamente a teoria da vontade e da declaração, mas conjuntamente, visto que constituem faces de um mesmo fenômeno. Parte-se da declaração, que é forma de exteriorização da vontade, para se apurar a real intenção das partes. Esta deve, pois, ser considerada não no sentido de pensamento íntimo dos declarantes, pois não se buscam os seus motivos psicológicos, mas, sim, no sentido mais adequado a uma interpretação que leve em conta a boa-fé, o contexto e o fim econômico do negócio jurídico. (GONÇALVES, 2013, p. 277).

Assim, ainda que se trate de uma relação de consumo, a análise da desproporcionalidade ou da excessiva onerosidade não deve ser dissociada da vontade e, conseqüentemente, da boa-fé, do contexto e do fim econômico do negócio. A boa-fé que prevalece nas relações de consumo é a objetiva e consubstancia-se no dever de lealdade e cooperação, de modo a não frustrar as legítimas expectativas com quem se contrata. O contexto para a validade da vontade está relacionado à ausência de vícios nos negócios jurídicos. Ainda, o fim econômico do negócio é atingido quando as pretensões das partes contratantes são atingidas (no caso dos contratos de crédito bancário ao consumidor, a pretensão do consumidor é alcançada com a concessão do crédito e com a prestação das devidas informações quanto às condições contratadas, enquanto a do fornecedor é atingida com a quitação de todas as prestações, permitindo a remuneração do capital investido e a concessão de novos créditos a outros consumidores).

A título de ilustração, citam-se dois casos, um relacionado ao contrato de financiamento ou de empréstimo feneratício oferecido pelas instituições financeiras e outro à compra e venda de determinado produto, sendo ambos sobre relação de consumo.

²⁰ O *pacta sunt servanda* e a cláusula *rebus sic standibus* são correlatas em se tratando de onerosidade ou desproporcionalidade. O *pacta sunt servanda* tem por escopo a preservação da autonomia da vontade, a liberdade de contratar e a segurança jurídica, sendo fundada na máxima de que o contrato faz lei entre as partes e deve ser cumprido por seus próprios termos. A cláusula *rebus sic standibus* visa proteger o bem comum, o equilíbrio contratual e a igualdade entre as partes. Ambas as bases teóricas sofrem mitigação quando da aplicação do art. 6º, V, CDC/90.

É evidente no contexto contemporâneo a grande variação de preços de produtos do mesmo gênero motivada pelo valor agregado que determinada marca pode representar. Dessa forma, entre uma marca e outra de produtos do mesmo gênero a diferença de preços pode ser superior a mais de 1000%, e nem por isso se considera desproporcional ou excessivamente onerosa a relação jurídica entre consumidor e fornecedor tendo por objeto o produto adquirido por valor de 1000% acima daquele oferecido por preço inferior²¹. E é assim porque, via de regra, o consumidor que adquire referido produto por preço mais alto manifesta sua vontade por bem de determinada marca, não havendo qualquer ofensa à boa-fé, levando em consideração o contexto do negócio e o fim econômico pretendido pelas partes (ex.: compra de um relógio de marca de renome e altamente valorizada e de outro de marca não conhecida e por preço inferior, contendo as mesmas funções).

O mesmo parâmetro deve situar a análise dos contratos bancários firmados entre fornecedor e consumidor. O custo (juros remuneratórios, taxas e demais encargos financeiros) pelo fornecimento do dinheiro emprestado pela instituição financeira pode apresentar grandes variações entre um fornecedor e outro²². De um lado, há a manifestação de vontade do consumidor, livre de quaisquer vícios, aderindo às condições oferecidas por certa instituição financeira, tendo plena ciência de que por determinado crédito pagará um valor global pré-fixado e diluído em prestações consecutivas (no caso de contratos com prestações fixas). De outro lado, tem-se o fornecedor que atende à pretensão do consumidor e lhe concede o empréstimo. Levando em consideração que a vontade foi manifestada de boa-fé, sem quaisquer vícios, e que o fim econômico do contrato foi atingido, não há que se falar em modificação ou revisão do contrato fundadas em argumentos de desproporcionalidade ou excessiva

²¹ A respeito da diferença de preços praticados sobre um mesmo tipo de produto por marcas diversas, cumpre destacar: “O brand equity (ou valor da marca) está relacionado ao fato de se obter, com uma marca, resultados diferentes daqueles que se obteriam se o mesmo produto ou serviço não fosse identificado por aquela marca (KELLER e MACHADO, 2006). Como resultados da utilização de uma marca, as empresas obtêm consciência e imagem de marca: estando a consciência de marca relacionada à probabilidade de uma marca vir à mente do consumidor; e a imagem da marca sendo o conjunto de percepções refletido pelas associações nas mentes dos consumidores (KELLER, 1993). Segundo Aaker (1998, p.18), o valor da marca é um “conjunto de ativos e passivos ligados a uma marca, seu nome e símbolo, somando-os ou subtraindo-os do valor proporcionado por um produto ou serviço para uma empresa e/ou para os seus consumidores” (D’EMIDIO et al., 2010). A partir dessas considerações, é possível concluir que para o mesmo tipo de produto ou serviço podem ser praticados preços diferenciados, sem que se configure desproporcionalidade ou excessiva onerosidade, pois um preço mais alto pode representar maior qualidade ou valorização da marca, e isto não conduz àquilo.

²² Em consulta ao *site* do Banco Central do Brasil (2018), órgão regulador das instituições financeiras, em 19 de novembro de 2018, percebe-se significativa diferença entre os preços praticados pelas instituições financeiras. A título de exemplo, para empréstimos a juros pré-fixados, modalidade Pessoa Física – Aquisição de Outros Bens, no período de 19/11/2018 a 23/11/2018 as taxas de juros variaram entre o mínimo de 0,25% e o máximo de 7,26% ao mês, o que expressa a diferença entre as taxas de juros (preços) praticadas. Também, no mesmo período, a juros pré-fixados, na modalidade Pessoa Física – Aquisição de Veículos, as taxas de juros variaram entre o mínimo de 0,99% e 3,93% ao mês. (BANCO CENTRAL DO BRASIL, 2018).

onerosidade, porque as condições para a ocorrência destes dois últimos efeitos não restaram verificadas (vício de vontade, quebra da boa-fé objetiva ou não ocorrência do fim econômico do negócio).

O simples fato de se constituir como contrato de adesão ou por estar-se diante do princípio da vulnerabilidade do consumidor não sustenta a revisão ou modificação dos parâmetros livremente contratados entre as partes, se atendidos os princípios da função social do contrato (art. 421 do CC/02²³), da boa-fé objetiva (art. 4º, III, e art. 51, IV, do CDC/90²⁴; artigos 113 e 422 do CC/02²⁵), da transparência (art. 46 do CDC/90²⁶) e dos critérios de redação dos contratos (art. 54, § 3º, CDC/90²⁷).

Portanto, para se flexibilizar a regra geral do *pacta sunt servanda* e da autonomia privada no intuito de se modificar ou rever contratos com base no CDC/90, é indispensável ater-se aos aspectos subjetivo e objetivo do negócio consumerista. Sob o aspecto subjetivo, o vício de vontade, a quebra da boa-fé objetiva e o não atingimento do fim econômico do negócio. Sob o aspecto objetivo, a caracterização da desproporcionalidade ou da excessiva onerosidade perpassa a análise e constatação de cláusulas ou práticas abusivas, segundo rol previsto no CDC/90.

²³ “Art. 421. A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato. (Redação dada pela Lei nº 13.874, de 2019) Parágrafo único. Nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual. (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019).”

²⁴ “Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: [...] III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores; [...] Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: [...] IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;”

²⁵ “Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração. [...] Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.”

²⁶ “Art. 46. Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance.”

²⁷ “Art. 54. Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo. [...] § 3º Os contratos de adesão escritos serão redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, cujo tamanho da fonte não será inferior ao corpo doze, de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor.”

3.4 Abuso de direito na revisão ou modificação de mútuos bancários no âmbito judicial e a teoria da lesão

Mediante levantamento realizado sobre entendimentos doutrinários²⁸ e jurisprudenciais²⁹, percebe-se uma tendência na análise das pretensões de revisão de contratos de financiamentos bancários a partir da premissa da existência no ordenamento jurídico de um ilimitado direito de modificação ou de revisão de contratos quando se está diante de uma relação de consumo. Entretanto, conforme se demonstrará adiante, trata-se de uma premissa equivocada, que não encontra respaldo no sistema jurídico brasileiro como um todo.

O ordenamento jurídico é um sistema composto, ao lado das normas legais, por princípios que incorporam as exigências de justiça e dos valores éticos. Esses princípios constituem o suporte axiológico que confere coerência interna e estrutura harmônica a todo o sistema jurídico (PIOVESAN, 2008). Segundo John Rawls (2008), o sistema jurídico é uma ordem coercitiva de regras públicas endereçadas a pessoas racionais, com o propósito de regular certas condutas e assegurar os fundamentos de uma cooperação social, e a ordem jurídica um sistema de regras públicas endereçadas a pessoas racionais, no qual os preceitos de justiça são associados ao Estado de Direito.

Esse raciocínio permite traçar balizas para a relação entre o Direito e a Economia envolvendo os contratos de financiamento bancário. Desde meados do século XXI, a busca pelo crescimento da economia brasileira tem se baseado principalmente no incentivo ao consumo das famílias, mediante o estímulo à concessão de crédito excessivo ao consumidor final, representado pela parcela do financiamento que se encaixa no orçamento mensal (ALÉM; GIAMBIAGI, 2010). Referida política pública de concessão de crédito à população em geral obedece a uma inexorável diretriz legal, em cumprimento à decisão dos congressistas eleitos pela população, a qual foi chancelada pela mais alta corte de justiça do país.

Não se olvide a inexistência de lei estabelecendo um limite para os lucros dos bancos, sendo defeso ao juiz decidir por equidade, porque ausente autorização legal expressa nesse sentido.

Esse é o contexto do consumidor de crédito no Brasil, que, diante de uma política de incessante incentivo ao crédito, que estimula a intensificação do consumo sem o suporte de programas eficazes de educação financeira do consumidor, gera o aumento do índice de inadimplência.

²⁸ Vide Heloísa Carpena e Rosângela Lunardelli (2011).

²⁹ Basta uma simples consulta aos campos de pesquisa da jurisprudência consolidada do STJ e dos Tribunais Estaduais, especialmente o TJMG e o TJSP, com a expressão “contrato bancário”, para se chegar à conclusão apontada.

Conseqüentemente, estimulados pelos posicionamentos judiciais favoráveis a seus interesses, os consumidores promovem ações revisionais alegando abusividade e onerosidade excessiva dos contratos de financiamento bancário, com suporte no princípio da vulnerabilidade do consumidor. Por sua vez, fundadas em princípios, nas cláusulas gerais e em conceitos jurídicos indeterminados que permeiam o CDC/90, a doutrina e a jurisprudência firmam entendimentos no sentido de viabilizar a revisão de tais instrumentos, ainda que não tenha havido qualquer vício na vontade do consumidor e que a demanda tenha sido um desdobramento de um ato propositivo do consumidor que recebeu, fez uso de um crédito bancário e intencionalmente se tornou inadimplente porque tal ato encontraria respaldo em uma ação judicial que pode acobertar seu comportamento. E assim vem se sustentando o mercado de crédito envolvendo os contratos de financiamento bancário.

Releva destacar que os juros e preços de produtos praticados por instituições autorizadas a funcionar são definidos por regras de mercado³⁰ e não por decreto judicial ou entendimentos doutrinários sem parâmetro científico pertinente ou que se sustente³¹. A economia não se submete às disposições autoritárias e divorciadas da realidade da vida de uma das dez maiores economias do mundo que é o Brasil (INTERNATIONAL MONETARY FUND, 2018). É unânime entre os economistas o argumento de que o amplo questionamento judicial dos juros e demais obrigações decorrentes de operações de crédito aumenta o risco das instituições de crédito, conseqüentemente, a judicialização desmesurada representada pelas

³⁰ O custo de um contrato de crédito bancário ao consumidor é composto pelos seguintes elementos: (1) políticas monetárias do governo; (2) taxa de captação paga ao aplicador de recursos e; (3) *spread* bancário composto pelo risco do crédito e/ou inadimplência, pelos tributos fiscais, despesas administrativas e o lucro do banco (BANCO CENTRAL DO BRASIL, 1999, p. 3). A respeito dessa composição de custos, importante se faz destacar como se dá o funcionamento dos bancos: “os bancos não se utilizam somente de capitais próprios, mas sobretudo de capitais alheios, atraídos pela confiança que inspiram. De uns recebem a crédito; a outros dão a crédito, aplicando os capitais recebidos; ou melhor, dão a crédito e recebem a crédito para darem a crédito. Criam assim um especial mercado, no qual servem de intermediários entre os capitais que desejam emprego e o trabalho que os procura, ou, conforme se diz com maior elegância, servem de intermediários do crédito” (MENDONÇA, 1970, p. 15).

³¹ Essa constatação pode ser verificada com uma pesquisa à jurisprudência dos tribunais brasileiros, especialmente do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJMG) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ), utilizando-se a expressão de busca “contrato ‘e’ bancário”. Em momento algum, por exemplo, a revisão dos contratos bancários atinge a análise da composição dos custos da contratação, o que seria elementar para o caso e, se fosse o caso, considerando que a maior parte das demandas enseja a identificação da desproporcionalidade ou da excessiva onerosidade. E se se fizer uma abordagem histórica entre os acórdãos proferidos entre 2006 e 2018, verificar-se-á grande diferença entre os proferidos em 2006 e aqueles do ano de 2018, que, atrelados apenas a justificativas embasadas na equidade (e não na estrutura econômica dos contratos), ora revisaram parâmetros antes não revistos, ora consideraram “justos” juros e encargos contratados. Sob tal perspectiva e diante da insegurança jurídica instaurada, importante destacar o entendimento de José Joaquim Gomes Canotilho: “a segurança jurídica como um elemento constitutivo do Estado de Direito, já que o homem necessita da segurança, estabilidade para assim poder conduzir, planificar de forma autônoma e responsável a sua vida” (CANOTILHO, 2002, p. 114). Se acaso tomassem por base os referenciais em análise para a revisão ou modificação de contratos no CDC/90, por certo, não se estaria analisando apontada divergência.

revisões contratuais efetivamente contribui para a elevação da taxa de juros remuneratórios cobrada da população brasileira, no período da normalidade. Confira-se o texto a seguir:

Ao investigar o nível “explosivo” de litígios entre os tomadores de crédito e as instituições financeiras nacionais, Bruno Meyerhof Salama e Thiago Jabor Pinheiro concluem que o Poder Judiciário, embora não seja o único agente causador, tem parte da responsabilidade pelo excesso desse tipo de contencioso no país. Na pesquisa “Citizens vs. Banks - Institutional Drivers of Financial Market Litigiousness in Brazil”, Salama e Pinheiro sustentam que o grande número de ações não seja algo conjuntural, mas estrutural, provocado por fatores tanto de ordem jurídica quanto econômica e política. Em parte o fenômeno pode ser traçado à cultura jurídica brasileira - sobretudo após a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988 - de que a Justiça cumpra uma função social relevante no ordenamento político-institucional brasileiro e, em alguns casos, chegue a determinar o caminho das políticas públicas. Isso não é necessariamente ruim, e em certa medida é compreensível e até inevitável no contexto de um estado de bem-estar social. O problema é que interpretações em questões dessa natureza trazem ao magistrado um ônus adicional, que é o de pensar sobre as consequências agregadas de suas decisões. (MENDONÇA, 2013).

Assim, se o objetivo é reduzir o custo do capital tomado de empréstimo dos bancos, a política pública não pode ser substituída por decisões judiciais isoladas ou por posicionamentos doutrinários desvinculados do contexto macroeconômico do Brasil, pois, se assim o forem, continuarão gerando as consequências mencionadas na citação anterior.

Evidentemente, no ordenamento jurídico brasileiro, o Poder Judiciário³² não detém atribuição nem estrutura pertinente para disciplinar a maneira como a regulação do crédito deve funcionar em cada caso concreto. Portanto, em não incidindo as hipóteses precisamente legais e os mecanismos científicos propostos no presente trabalho, não deve o magistrado intervir nas minúcias dos contratos respectivos (financiamentos bancários), os quais são redigidos conforme as orientações e autorizações emanadas de órgãos do Poder Executivo³³. A conclusão imperiosa é que, em virtude do exposto na Lei Maior, na legislação que a complementa e na decisão do Pretório Excelso, o “*micro-macro link*” representado *pela e na lide* tem de ser decidido em searas da sociedade diferentes da judiciária, reservando-se o juiz para os casos em que sua legitimidade decisória seja necessária e pertinente³⁴.

³² Art. 92 e seguintes da CF/88.

³³ Tais como o Banco Central do Brasil (Lei nº 4.595/64) e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE (Lei nº 12.529/11).

³⁴ “As novas sociologias (Corcuff, 1995) rejeitam as perspectivas unilaterais pois os processos e configurações (estruturas) sociais estão inseparavelmente ligados às dinâmicas micro e macrosociais:

- o nível micro envolve normalmente um pequeno número de atores que têm a possibilidade de observar-se mutuamente. A interação face a face caracteriza esse nível: pessoas, ações, padrões de comportamento e aspectos específicos da situação são passíveis de serem observados em sua totalidade. Na prática de pesquisa, no entanto, os pesquisadores reduzem sua atenção a determinados aspectos da cena social;
- o nível macro envolve sempre muitos atores que não estão em interação direta. O pesquisador consegue observar apenas indicadores e representações do conjunto de ocorrência, que devem ser novamente traduzidos em hipóteses (interpretações) sobre as ações subjacentes a essas referências (Haferlamp, 1987. p. 178)”

Uma justiça baseada no princípio da inafastabilidade do Judiciário (art. 5º, XXXV, CF/88) não se traduz na ausência de critérios limitadores ao recebimento de expressivo número de processos questionando preços não proibidos por lei, não podendo o juiz ser inerte e cego à realidade de congestionamento do Poder Judiciário, em decorrência da confiança excessiva na judicialização de casos envolvendo a pretensão de revisão de contratos de financiamentos bancários³⁵. A adoção do discurso judiciário-institucional reúne chances de, paulatinamente, mitigar os efeitos da armadilha criada pelo falso silogismo de que a entrada em vigor da Lei nº 8.078/90 praticamente retirou do consumidor a capacidade de contratar validamente sem a tutela do Estado de Direito. Em situações de plena capacidade negocial do consumidor e na ausência de quaisquer vícios que nulifiquem a manifestação de vontade, a segurança jurídica não pode ser mitigada por completo, ao ponto de se modificar ou rever parâmetros contratuais legitimamente estabelecidos que nem sequer comportem o exame de mérito submetido ao Estado-Juiz.

Não se pretende aqui conspirar contra as conquistas trazidas pelo Código de Defesa do Consumidor, mas sim, ressaltar a necessidade de se rever o posicionamento doutrinário e jurisprudencial acerca dos contratos de crédito bancário, de modo que se estabeleçam parâmetros mais compromissados com a cientificidade que a situação recomenda, e não por critérios norteados exclusivamente pelo senso comum ou por interpretações realizadas sem qualquer critério que delinieie as fronteiras hermenêuticas relacionadas à abordagem.

Se a intenção é, verdadeiramente, reduzir os juro ao consumidor, de suma importância que o Judiciário se concentre em suas atribuições, não mais assumindo deveres de outras instituições e agências de relevante papel na sociedade, como vem procedendo. Ao

(BRANDÃO, 2001, p. 163). Sob tal perspectiva, uma abordagem micro-macro permitiria eliminar ou, ao menos, minimizar os efeitos das divergências apontadas, conduzindo as decisões judiciais a uma abordagem mais cientificamente precisa conforme se propõe no presente trabalho.

³⁵ Em dissertação de mestrado, João Hagenbeck Parizzi articula o direito de acesso à justiça e o abuso do direito de litigar, apresentando pertinente conclusão sobre a temática: “No início da pesquisa se esperava que a crise numérica do judiciário tivesse como fator determinante a atuação dos litigantes habituais e frívolos que se aproveitavam principalmente do baixo custo do litígio para descumprir direitos de forma institucionalizada ou “loterizar” o judiciário ao propor uma ação livre de quaisquer riscos. Não se previra, no início, que o próprio judiciário fosse um dos principais, senão o maior, dos causadores da litigiosidade. Essa foi a maior surpresa e talvez a conclusão mais importante decorrente da pesquisa realizada, o Judiciário, por não investir no capital jurídico, isto é na segurança jurídica, faz com que a ausência de previsibilidade de suas decisões crie um hiato de expectativas em relação as chances de êxito das partes em determinada ação. Ora, se apesar de haverem centenas de milhares de causas idênticas, não há decisão unânime e sedimentada sobre a questão jurídica, ou mesmo havendo uma decisão desse tipo, as partes sentem que a mesma pode ser modificada a qualquer tempo, não há qualquer incentivo para se evitar o litígio.” (PARIZZI, 2016, p. 110).

contrário, deve o julgador prestigiar a ação racional coletiva e não a individual, esta última impregnada de efeitos transcendentais perversos ao sistema³⁶.

Após a celebração do contrato de financiamento bancário, com a observância de todos os pressupostos e requisitos necessários à sua validade, o ajuste deve ser observado pelas partes, porquanto suas cláusulas constituem preceitos legais imperativos, sob pena de se colocar em risco o valor fundamental da segurança jurídica e relativizar em grau máximo o *pacta sunt servanda*, de modo a prejudicar o eficaz cumprimento da obrigação.

Francisco Amaral ensina que a segurança jurídica significa a paz, a ordem e a estabilidade e consiste na certeza de realização do direito. Os sistemas jurídicos devem permitir que cada pessoa possa prever o resultado de seu comportamento, o que ressalta a importância do aspecto formal das normas jurídicas, sua forma de expressão. O Direito tem, por isso, como um dos seus valores fundamentais, para muitos o primeiro em sua escala, a segurança, que consiste, precisamente, na certeza da ordem jurídica e na confiança da sua realização, isto é, no conhecimento dos direitos e deveres estabelecidos e na certeza de seu exercício e cumprimento, e ainda na previsibilidade dos efeitos do comportamento pessoal. Afirma, ainda, que a segurança jurídica significa, portanto, a possibilidade de cada um compreender o que é e o que não é lícito, podendo, conseqüentemente, regular seus atos e seu comportamento. Constitui-se, por isso, no mais antigo valor, na premissa de todas as civilizações. (AMARAL, 2008, p. 52).

³⁶ Sobre a regulação de mercado e o impacto negativo do ativismo judicial, Fernando Meneguín e Mauricio Bugarin destacam em conclusão: “A regulação procura resolver ineficiências associadas a mercados não competitivos, tentando melhorar o bem-estar social por meio da fixação de incentivos adequados. Por outro lado, nos países cujas instituições democráticas estão consolidadas, o sistema judicial também tem um importante papel no desenvolvimento da economia. No entanto, em alguns momentos, a intervenção do Judiciário pode ser abusiva, situação que pode receber o nome de ativismo judicial extremo. Como visto no decorrer do trabalho, tal intervenção pode inclusive afetar as decisões do órgão regulador. O que se pretendeu analisar nesta pesquisa foi justamente o efeito combinado tanto da regulação quanto do sistema judicial. Num primeiro jogo, incluindo apenas firmas e agências reguladoras, a conclusão a que se chega é que se órgão regulador for tecnicamente bem preparado para identificar um oligopólio, então o preço fixado pelo Estado tem o impacto de melhorar o bem-estar social esperado. Mas, quando se introduz o ativismo judicial ex-post, pode acontecer uma redução adicional ex-post dos preços praticados, ditada por decisão judicial, permitindo o surgimento de dois possíveis equilíbrios: o primeiro ocorre quando a intervenção judicial é moderada, de forma que a regulação e o sistema judicial se complementam, incrementando o bem-estar social. O segundo equilíbrio prevalece se a intervenção judicial for exacerbada, acarretando queda do bem-estar social, podendo inclusive inibir a atuação do órgão regulador. A principal contribuição do presente estudo é ter abordado conjuntamente os dois tipos de intervenção pública, a regulação tradicional executada pelo Poder Executivo e a intervenção determinada pelo Poder Judiciário, propiciando uma análise dos impactos gerados por essas atuações. Uma importante implicação dos equilíbrios encontrados consiste em um alerta para o crescente intervencionismo do Poder Judiciário, pois se o ativismo judicial for exagerado a ponto de competir com os órgãos reguladores, haverá queda de bem-estar social e, mais ainda, um incentivo à baixa atuação da correta regulação.” (MENEGUÍN; BUGARIN, 2014, p. 36).

Por sua vez, o dever de informar³⁷, verdadeiramente, permite às partes avaliarem exatamente o objeto da contratação, ou seja, essencialmente realizar o princípio da liberdade de contratar. Em contratos de crédito bancário com prestações fixas, a questão é bem simples, e não é necessário ser um grande conhecedor do assunto para que se tenha pleno conhecimento das obrigações assumidas, no momento do lançamento de sua firma no acordo de vontades, porque (presentes a capacidade para contratar e a ausência de vícios de vontade) facilmente se conclui que o consumidor tem plenas condições de prever minuciosamente as responsabilidades econômicas decorrentes da contratação, de maneira determinada ou ao menos determinável.

Reforça esse entendimento o fato de ser unânime a compreensão de que a necessidade de fazer cálculos não torna ilíquida a obrigação contratada. Portanto, não pode o juiz, alienígena ao momento da contratação, deixar de chancelar o ato considerado perfeito no encontro das vontades das partes interessadas, conforme as condições desveladas na oportunidade referida, sob pena de violar a política pública ordenada pela Constituição e também o valor fundamental da segurança jurídica.

Sobre o tema, importante se faz destacar o voto minoritário do Desembargador Batista de Abreu no julgamento da Apelação Cível 1.0024.06.030.554-7/001:

Ora, este é mais um caso comumente visto neste Tribunal, em que o devedor, na hora de contratar, toma ciência dos juros e da real postura dos bancos neste tipo de contrato, mas, como pretende o crédito, celebra o pacto, anuindo com as cláusulas ali expressas. Nestas situações, geralmente, o devedor pega o dinheiro e, até aí, o contrato é ótimo, não tendo nada de ilegal e abusivo. Utiliza-se do crédito, e, após algum tempo, ajuíza ação alegando abusividade no contrato. O contrato foi livremente firmado, não cabendo agora, ao simples argumento de que excessivos os encargos previstos, pretender a sua revisão. É o que tem acontecido com frequência por parte dos clientes dos bancos, através de ações como esta que por motivos muitas vezes não demonstrados, eles simplesmente deixam de pagar suas dívidas para discuti-las em juízo. No entanto, tal postura deve ser reprimida pelo Judiciário, já que, diante de um contrato livremente pactuado, não se pode admitir tamanha intervenção do Estado na vontade do particular. A não ser que exista alguma nulidade absoluta, ou ainda, ocorra um fato superveniente capaz de gerar a revisão pretendida pelo autor. No presente caso, não traz a autora para a revisão do contrato qualquer fato superveniente alheio a ele ou fora dele que possa justificar a presente demanda. (MINAS GERAIS, 2014).

Outra questão que se deve ressaltar é que a modificação ou revisão de parâmetros contratuais na forma prevista pelo art. 6º, V, do CDC/90³⁸ não incide sobre a definição do objeto

³⁷ Art. 6º, III, do CDC/90: “São direitos básicos do consumidor: [...] a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem”. (BRASIL, 1990).

³⁸ “Art. 6º. São direitos básicos do consumidor: [...] V – a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou a sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas;” (BRASIL, 1990)

contratado ou sobre a relação entre o preço e a remuneração. Nesse sentido é a Diretiva 93/13 do Conselho das Comunidades Europeias:

A avaliação do caráter abusivo das cláusulas não incide nem sobre a definição do objeto principal do contrato nem sobre a adequação entre o preço e a remuneração, por um lado, e os bens ou serviços a fornecer em contrapartida, por outro, desde que essas cláusulas se encontrem redigidas de maneira clara e compreensível. (CONSELHO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS, 1993).

Assimila-se que o fundamento jurídico contido na diretriz antes mencionada reconhece que deve ser respeitada a vontade e a capacidade de cada um na condução de sua vida e de dispor sobre seu patrimônio. Entende-se ser inadequado ao juiz imparcial inferir preconceitos e censurar as decisões de gastos de dinheiro formuladas por pessoas aptas a contratar, e também dotadas da mais ampla capacidade para previamente pesquisar entre várias escolhas, optando pela destinação considerada mais adequada ao numerário de sua titularidade.

Vale dizer, a política econômica brasileira norteia-se pelo sistema capitalista (art. 170, CF/88) e as decisões sobre consumo fazem parte do alvitre dos contratantes (arts. 5º, 112 e 421, CC/02), a não ser em casos excepcionais de violação objetiva da legislação, não sendo adequada ao momento sócio-histórico uma decisão judicial despida de fundamentação legal e contrária às práticas rotineiras e costumes da população.

Portanto, não há que se falar em abusividade ou onerosidade excessiva se o consumidor tomar prévio conhecimento das condições da contratação no momento da assinatura, informando-se sobre os juros remuneratórios, moratórios, da normalidade, das taxas, além dos demais encargos.

Isso quer dizer que não basta alegar a onerosidade excessiva, cabendo à parte suscitante do argumento demonstrar, objetivamente, a incisiva modificação de suas condições econômicas motivada por parâmetros contratuais abertos (que deram margem à onerosidade excessiva no curso do contrato), as quais teriam sido alteradas no período compreendido entre a época da contratação e a data do questionamento relacionado ao ajuste de vontades.

Conforme já ressaltado, tal conclusão se mostra coerente com o ordenamento pátrio, inclusive com a Lei nº 8.078/90, considerando que, com fundamento em seus artigos 6º, V, e 51, no caso de contratos de crédito bancários com prestações fixas, não comporta a intervenção judicial para a modificação de parâmetros contratuais ou sua revisão quando não se constatarem prestações desproporcionais ou fatos supervenientes que tornem a relação jurídica entre as partes excessivamente onerosa.

Nesse contexto, mostra-se pertinente citar a orientação do Tribunal Pleno do STF na ADI 4/DF, que afirmou não possuir o Poder Judiciário autorização constitucional nem

legitimidade democrática para controlar juros, muito menos para substituir a vontade da parte manifestada no contrato, visando declarar a abusividade ou a onerosidade excessiva, se a informação constante do instrumento é clara e compreensível pela leitura das cláusulas contratuais e quando ausentes vícios sociais ou do consentimento. (BRASIL, 1993).

Além da abordagem relacionada à legitimidade dos contratos bancários e da impossibilidade do Judiciário de intervir nos instrumentos quando ausentes vícios de vontade, a análise de regularidade dos contratos de financiamento bancário também deve levar em consideração sua perspectiva macroeconômica. Neste contexto, uma análise macro de regularidade econômica dos contratos de financiamento bancário deve privilegiar a avaliação da relação entre o crédito concedido e o custo, de modo que tal relação deva se mostrar efetivamente equilibrada e atender aos parâmetros de mercado, além dos legais e jurisprudenciais já destacados.

Em conclusão, permite-se afirmar que a modificação ou revisão de contratos de crédito bancário ao consumidor pelo Poder Judiciário deve ser a exceção e ter por balizas: o respeito à harmonia e separação dos poderes, de modo que ao juiz é vedado decidir por equidade, tomar decisão contrária à regulação do mercado de crédito realizada pelos Poderes Legislativo e Executivo e pelo Banco Central do Brasil, mesmo que haja omissão de tais entidades (até mesmo porque a omissão também é uma opção de mercado); a alteração dos referenciais contratuais não pode incidir sobre o preço ajustado entre fornecedor e consumidor, salvo com relação às cláusulas imprecisas, obscuras ou incompreensíveis; e a aplicação do princípio do acesso à justiça deve levar em consideração o desestímulo à litigância oportunista e o respeito à regulação de mercado realizada em sua forma coletiva, intervindo em contratos via litígios individuais apenas nos casos de defeitos na informação e evidente ofensa às restrições impostas pelo CDC/90.

4 ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO APLICADA AOS MÚTUOS BANCÁRIOS NAS RELAÇÕES DE CONSUMO: POR UM CRITÉRIO CIENTÍFICO JUSTIFICATIVO DA MODIFICAÇÃO OU REVISÃO

O presente capítulo tem por objetivo analisar o contrato de adesão de mútuo bancário, buscando identificar os referenciais e critérios da análise econômica do Direito (AED) que possam permitir ao intérprete concluir pela revisão ou modificação de suas cláusulas conforme previsto no art. 6º, V, da Lei nº 8.078/90 (CDC/90), no intuito de apresentar uma solução interpretativa jurídica e economicamente mais eficiente de referido dispositivo legal.

Parte-se da premissa de que a interpretação ampla e aberta dos parâmetros, também amplos e abertos, de referido dispositivo legal pode resultar em prejuízos aos próprios interesses dos consumidores, dando direção oposta ao propósito do CDC/90, que é proporcionar um ambiente menos oneroso e mais benéfico à parte considerada vulnerável nas relações de consumo (o consumidor), em um mercado mais eficiente e orientado pela livre iniciativa e pela livre concorrência (art. 170, CF/88).

Pressupõe-se, ainda, que a interpretação ampla e aberta dada pelo intérprete e, especificamente, pelos tribunais brasileiros estampada em suas decisões tem causado insegurança jurídica, influenciando, inevitavelmente, o aumento do preço do crédito concedido pelas instituições financeiras por intermédio dos contratos de mútuo bancário, situação também oposta àquela objetivada pelo CDC/90.

Conforme já destacado, o art. 6º, V, do CDC/90, autoriza a modificação ou a revisão de cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas, apresentando-se como critério amplo. Por isso, para sua concreção, deve ser interpretado a partir de mecanismos jurídicos e econômicos que impeçam distorções dos objetivos do CDC/90, entre os quais o de proporcionar condições mais favoráveis ao consumidor nas relações de consumo.

Com isso, busca-se encontrar uma solução para o problema que vem ocorrendo nos mútuos bancários, cuja modificação ou revisão pelo Poder Judiciário tem contribuído para o aumento do custo do crédito no Brasil, proporcionando um ambiente mais oneroso ao consumidor brasileiro.

Dessa forma, o presente capítulo inicia-se com a análise dos parâmetros relacionados aos mútuos bancários na perspectiva jurídica e econômica do Código de Defesa do Consumidor, seus propósitos, seu regime jurídico próprio, que afasta a maioria das limitações legais impostas às demais modalidades de contratos de crédito não bancários, e sua abordagem jurisprudencial.

Em um segundo momento, a análise perpassa a concepção dos mútuos bancários como contratos de adesão e seus referenciais jurídicos e econômicos, suas condições gerais e específicas de validade e do cumprimento dos deveres anexos como critérios para a identificação e caracterização dos requisitos legais que autorizam a revisão ou modificação de referido instrumento.

4.1 Mútuo bancário como contrato de adesão e a abusividade como mecanismo de regulação das desigualdades entre o consumidor e o fornecedor

Em um panorama histórico, desde a Idade Média, com o surgimento da classe burguesa, passando pela Revolução Industrial e desdobrando-se no contexto atual da globalização, o desenvolvimento das empresas (entendidas como atividade econômica organizada dos fatores de produção de bens ou de serviços voltados para o mercado – art. 966, CC/02) resultou em significativo avanço tecnológico e na produção em larga escala, a fim de atender a grande massa do mercado de consumo.

Antes do contexto histórico atual, as relações jurídicas eram menos massificadas e, por isso, os contratos se formavam a partir de negócios comumente paritários, pois tinham como traço marcante a possibilidade de prévio debate entre os contratantes dos parâmetros a serem delineados por eles próprios sob o prisma da igualdade formal e com vista à submissão ao princípio do *pacta sunt servanda*, que garantia segurança jurídica aos vínculos contratuais.

Nesse caso, tanto contratante quanto contratado participavam efetivamente da formação do contrato com a proposição de cláusulas a que ambas as partes se submeteriam; conseqüentemente, a fase de formação do contrato com a posterior efetiva contratação exigia um lapso temporal maior para se concluir.

No contexto atual da sociedade globalizada e de consumo em massa, referida realidade de formação das relações negociais se mostrou inviável, cedendo espaço aos contratos padronizados, porque o estabelecimento dos vínculos contratuais passou a exigir maior número de contratações, maior celeridade e intensidade nas relações negociais, sob pena de inviabilizá-las em prejuízo do acesso aos bens e serviços de consumo. Com isso, tornou-se inevitável abreviar o tempo entre a formação do contrato e a efetiva contratação, restando relativamente suprimida a fase de discussão prévia dos parâmetros que seriam contratados, sendo estes substituídos pela mera adesão do consumidor às cláusulas previamente definidas pelo fornecedor de produtos ou de serviços.

A essa modalidade de relação negocial se deu o nome de contrato de adesão, que permitiu a compatibilização entre as necessidades do fornecedor que produz em larga escala e

do mercado, que também demanda a produção e contratação rápida e em larga escala, resultando na viabilização do maior número de negócios efetivados em menor espaço de tempo.

Segundo Flávio Tartuce e Daniel Neves:

[...] Não há como afastar o contrato da constante ingerência exercida pelo meio social. Nesse contexto se situa o contrato de adesão, que constitui um fenômeno há muito tempo percebido pela teoria contratual. Notório é que, com a evolução da sociedade, passou-se a exigir uma maior celeridade e intensidade das relações negociais, surgindo, nesse contexto, a *standardização*. [...] o contrato de adesão é aquele em que uma parte, o estipulante, impõe o conteúdo negocial, restando à outra parte, o aderente, duas opções: aceitar ou não o conteúdo desse negócio. (TARTUCE; NEVES, 2017, p. 405-408, grifo dos autores).

Portanto, o contrato de adesão é o instrumento elaborado pelo fornecedor de forma padronizada, buscando tornar mais ágil seus negócios, e imposto à assinatura do consumidor como condição para o fornecimento do produto ou do serviço. A imposição é das cláusulas contratuais, remanescendo ao consumidor a opção de contratar ou não e, na maioria dos casos, barganhar o preço³⁹.

Cumprido destacar que o simples fato de ser contrato de adesão não induz abusividade da relação negocial, porquanto a constatação de uma cláusula abusiva demanda a apuração de alguma vedação legal, segundo a máxima de que nas relações privadas só não é permitido fazer aquilo que a lei restringir.

Além disso, nem sempre nos contratos de adesão o produto ou serviço é indispensável ao aderente; nesses casos, o consumidor possui a alternativa de não aderir, como ocorre nos mútuos bancários. É daí que emerge a distinção apresentada por Orlando Gomes (1972) entre os “contratos de adesão” e os “contratos por adesão”, sendo que nos primeiros vigora um monopólio imposto pelo Estado (ex.: serviços de fornecimento de água e energia elétrica), enquanto nos segundos o aderente possui alternativas de produtos ou de serviços e estes, em princípio, seriam dispensáveis (ex.: contrair um financiamento bancário, comprar um relógio de grife famosa, adquirir um veículo zero quilômetro etc.).

Sob tal perspectiva, importante destacar:

O que caracteriza o contrato de adesão propriamente dito é a circunstância de que aquele a quem é proposto não pode deixar de contratar, porque tem necessidade de

³⁹ Há casos em que a barganha não é possível, sendo os preços tabelados, inclusive por órgãos governamentais, como no fornecimento de energia elétrica e serviços de água e esgoto. Por outro lado, ainda que de forma mais restrita, não se nega a possibilidade de barganha nos contratos de financiamento bancário, considerando que o preço das prestações pode variar para mais ou para menos, conforme o consumidor ofereça mais garantias (e, conseqüentemente, menos risco para o recebimento do crédito). Da mesma forma que nos mútuos bancários, na maioria dos casos, o consumidor tem a possibilidade de barganhar o preço na aquisição de produtos em mercado de ampla concorrência (por exemplo, na aquisição de um veículo, de um aparelho celular etc.).

satisfazer a um interesse que, por outro modo, não pode ser atendido. (GOMES, 1972, p. 120).

Tanto o contrato de adesão, quanto o contrato por adesão se submetem à proteção jurídica concedida aos aderentes, seja pelo CC/02 (ex.: arts. 423 e 424), seja pelo CDC/90 (ex.: art. 54).

Além disso, referida distinção se torna relevante na medida em que a maioria dos contratos de adesão é regido pelo princípio do direito público da modicidade⁴⁰ (art. 6º, § 1º, Lei nº 8.987/95) como condição de adequabilidade do serviço público, exigindo maior dirigismo contratual por parte dos entes públicos, representando uma restrição à autonomia da vontade, ao passo que dito princípio não atinge os contratos por adesão, como é o caso do mútuo bancário, que possui como particularidade a liberdade na formação do preço decorrente do princípio da autonomia privada.

Essa distinção é importante para a presente análise, porquanto o parâmetro da modicidade não incide nos contratos de crédito bancário e, por isso, não deve servir como fundamento para a revisão ou modificação com base em excessiva onerosidade ou desproporcionalidade.

A limitação imposta pela situação específica dos contratos de adesão permite concluir que uma das partes se encontra em situação de vulnerabilidade frente à possibilidade de imposições que podem ser levadas a cabo pelo contratante que elabora o contrato, dando margem a um ambiente propício para lançar-se mão de cláusulas abusivas.

Segundo Fábio Ulhoa Coelho:

A legislação civil sobre contratos pressupõe a existência de partes livres e iguais que transigem sobre os respectivos interesses, com pleno domínio da vontade. [...] A este cenário correspondem as normas civis e empresariais. A realidade das relações de consumo, no entanto, é bem diferente. O consumidor não contrata se quiser e como quiser, mas se vê muitas vezes obrigado a contratar bens e serviços essenciais, de um

⁴⁰ A modicidade do preço do serviço público tem por propósito principal tornar o serviço acessível ao maior número de pessoas (supremacia do interesse público sobre o privado). Mas mesmo assim a fixação do preço público se submete às regras de composição dos custos da atividade desenvolvida. Ao comentar a respeito do princípio da modicidade na fixação e reajuste de tarifas, destaca Marçal Justen Filho: “numa primeira abordagem, poderia imaginar-se que a fixação das tarifas obedeceria a uma estrita avaliação do custo e consumo. Poderia supor-se que a determinação das tarifas far-se-ia pela repartição do custo total do serviço, entre os usuários, segundo a dimensão do consumo individual. [...] Ocorre que a fixação das tarifas não se faz necessariamente por repartição aritmética dos custos entre os usuários. Deve atentar-se para peculiaridades que possam representar variações de custos, identificáveis de modo inquestionável. Assim, por exemplo, o fornecimento de água para certas regiões do Município pode envolver custos muito mais elevados do que para outras. São as hipóteses de custo diferenciado em virtude de características técnicas do serviço para certos setores” (JUSTEN FILHO, 2003, p. 374-375). Dessa forma, se a composição do preço público, que é regido pelo princípio da modicidade, leva em consideração os custos gerados pelo serviço e a margem de lucro dos permissionários ou concessionários de serviços públicos, não poderia ser diferente com os preços praticados nos contratos de crédito bancário ao consumidor, que não possuem sequer regência pelas normas de direito público, mas de direito privado, por isso vigorando o princípio da autonomia privada.

ou poucos fornecedores e sem a menor possibilidade de discutir os termos da negociação. (COELHO, 2010, p. 100).

Da desigualdade fática entre o consumidor e o fornecedor, da formulação unilateral dos parâmetros contratuais e da necessidade de se efetivar a igualdade material nas relações jurídicas (art. 5º, CF/88) surgem os fundamentos para a existência das normas que regulam os contratos de adesão nas relações de consumo, impondo regras em um rol exemplificativo⁴¹ daquilo que viria a ser abusivo e, portanto, nulo de pleno direito (art. 51, I a XVI, CDC/90).

Sobre a definição de abusividade, Rizzatto Nunes destaca que:

A ideia de abusividade tem relação com a doutrina do abuso do direito. A constatação de que o titular de um direito subjetivo pode dele abusar no seu exercício acabou levando o legislador a tipificar certas ações como abusivas. [...] a prática real do exercício dos vários direitos subjetivos acabou demonstrando que, em alguns casos, não havia ato ilícito, mas era o próprio exercício do direito em si que se caracterizava como abusivo. A teoria do abuso do direito, então, ganhou força e acabou preponderando. Pode-se definir o abuso do direito como o resultado do excesso de exercício de um direito, capaz de causar dano a outrem. Ou, em outras palavras, o abuso do direito se caracteriza pelo uso irregular e desviante do direito em seu exercício, por parte do titular. (NUNES, 2015, p. 595).

O reconhecimento da abusividade e a criação de um rol normativo e de outras regras descritas no CDC/90 (como os arts; 39, 40 e 41) têm por objetivo dar efetividade ao art. 5º, CF/88, e ao art. 6º, II, CDC/90, que prescrevem o respeito à igualdade formal e material nas relações de consumo e, por consequência, estipulam regras que buscam estabelecer o equilíbrio contratual entre o fornecedor e o consumidor.

Diante do que foi exposto, no plano objetivo⁴², a análise de adequação dos mútuos bancários aos parâmetros do CDC/90 envolve sua concepção como contrato que não é regido pelo princípio da modicidade, que orienta a oferta de produtos e serviços mediante concessão e permissão públicas, mas sim pelo princípio da autonomia da vontade orientadora das negociações privadas. Ademais e por força da implementação da teoria do abuso de direito, visando atenuar as desigualdades entre as partes no contrato por adesão, foi imposto ao legislador estabelecer um rol de condutas consideradas abusivas que, se identificadas pelo intérprete, justificariam a modificação ou a revisão dos parâmetros contratuais.

Essa modificação ou revisão, como dito, não se orienta pelo princípio da modicidade do Direito Público, mas sim deverá ter por fundamento o rol de práticas ou

⁴¹ “O elenco das cláusulas abusivas apresentado no art. 51 é exemplificativo, e aqui não há muito o que argumentar, porque a redação do *caput* traz expressão que deixa patente o critério da lei: diz ‘entre outras’” (NUNES, 2015, p. 740). Também é exemplificativo porque as práticas abusivas se encontram em diversos outros dispositivos do CDC/90, tais como os arts. 39, 40 e 41.

⁴² Considera-se plano objetivo aquele que atinge o objeto do contrato, enquanto o plano subjetivo é entendido como aquele decorrente da formação da vontade que induz o comportamento do consumidor e do fornecedor.

cláusulas abusivas previstas em lei e que devem ser interpretadas a partir de mecanismos adequados de hermenêutica jurídico-econômicos.

4.2 Análise econômica do Direito no âmbito privado: mútuos bancários ao consumidor enquanto fenômenos jurídicos e econômicos

No caso das atividades creditícias (mútuos bancários) voltadas para os consumidores em geral, em que a demanda por dinheiro é alta, os contratos de adesão também vigoram como forma de otimizar a celebração dos negócios, tornando mais eficientes os vínculos jurídicos, cumprindo ressaltar que referidos instrumentos tratam de bem não sujeito a monopólio, e por isso é dada ao consumidor a opção de contratar ou não (ao contrário dos serviços de fornecimento de energia elétrica ou de água, em que, na maioria das vezes, o consumidor não tem outra opção que não seja a de contratar o serviço com o fornecedor específico, conforme tratado anteriormente).

O contrato de adesão é um fenômeno não só jurídico, mas também econômico. É fenômeno jurídico porque é por intermédio de uma realidade normativa que será disciplinado o conteúdo e estabelecido o regramento legal dos contratos. Por sua vez, é fenômeno econômico, tanto pelos conceitos já trabalhados, quanto pelo argumento de que os custos com a contratação devem justificar o negócio firmado entre as partes em sua expectativa de satisfação dos interesses contrapostos (por ser contrato bilateral) no mútuo bancário: o do fornecedor de obter a maior receita possível (lucro) com os juros cobrados e regulados pela oferta e demanda, e o do consumidor em satisfazer o desejo de obter o bem da vida pretendido com a utilização do crédito concedido, adiantando a realização do seu desejo, que somente se realizaria em data futura, com a formação de recursos suficientes para tal mister.

Sem perder de vista os conceitos econômicos já abordados, em uma perspectiva de solução privada para as externalidades⁴³, o teorema de Coase apresenta uma fórmula em que os agentes econômicos privados podem por si (sem intervenção estatal), resolver o problema das externalidades com base no conceito de custo de transação. O teorema de Coase destaca que:

se os agentes econômicos privados puderem negociar sem custo a alocação de recursos, então o mercado sempre solucionará o problema das externalidades e alocará os recursos com eficiência. [...]
Os agentes privados podem solucionar os problemas das externalidades entre si. Qualquer que seja a distribuição inicial dos direitos, as partes interessadas sempre

⁴³ “Embora as externalidades tendam a tornar os mercados ineficientes, nem sempre é necessária uma ação governamental para solucionar o problema. Em algumas circunstâncias, as pessoas podem desenvolver soluções privadas.” (MAKIW, 2014, p. 196).

podem chegar a um acordo no qual todos fiquem em uma situação melhor e o resultado seja eficiente. (MANKIW, 2014, p. 197-198).

Ainda no contexto do teorema de Coase, aborda-se o conceito de custo de transação⁴⁴ como sendo os “custos em que as partes incorrem no processo de efetivação de uma negociação” (MANKIW, 2014, p. 198). Em outros termos, os

Custos de transação – ou custos de contratação – representam aquilo que dispenderam ou deixaram de ganhar as partes de um contrato com o objetivo de constituí-lo ou executá-lo. São os custos que os contratantes enfrentam para elaborar, manter e fazer cumprir o contrato. A importância dos custos de transação se tornou evidente a partir do seminal trabalho de Ronald Coase e hoje é fundamental para a análise econômica do Direito, pois, conforme se depreende do denominado Teorema de Coase, quanto maiores forem os custos da transação, menores serão as chances de as partes chegarem a contratar. Outra noção basilar para o tema é a de incompletude dos contratos. Na elaboração de um vínculo contratual é necessário perceber que as partes tentam, em princípio, prever todas as circunstâncias que podem ocorrer durante a execução do contrato e, ao mesmo tempo, dar-lhes uma solução. Porém forçoso é também reconhecer que, por diferentes fatores, esta previsão e disciplina invariavelmente se apresentam lacunosas. Daí por que os contratos denominados incompletos. (PIMENTA, 2016, p. 336).

Portanto, na perspectiva tanto do fornecedor, quanto do consumidor, somente se contrata porque, em uma análise prévia das condições do contrato, chega-se à conclusão pela viabilidade da contratação, levando-se em consideração a vontade livremente manifestada por cada um dos contratantes, orientada pelos fatores relacionados aos custos de transação em sua elaboração, manutenção e cumprimento.

Levando em consideração que os custos de transação orientam a vontade dos contratantes no ato de contratar e, por isso, aqueles devem ser considerados, uma questão se coloca: qual o critério deve ser utilizado na análise jurídica e econômica da desproporcionalidade ou excessiva onerosidade dos contratos de adesão prevista no art. 6º, V, CDC/90? Em outros termos: se os custos de transação orientam a vontade dos contratantes, como devem ser levados em consideração quando se está aferindo a desproporcionalidade ou a excessiva onerosidade nos contratos firmados pelo consumidor?

⁴⁴ Para justificar que nem sempre as soluções privadas funcionam e, por isso, se faz indispensável a atuação do Estado (cuja forma de atuação já foi objeto de análise neste estudo), destaque-se que “Em alguns casos, as pessoas podem resolver sozinhas os problemas das externalidades. O teorema de Coase sugere que as partes interessadas podem negociar entre si e chegar a uma solução eficiente. Algumas vezes, entretanto, não há como chegar a um resultado eficiente, talvez porque o grande número de interessados dificulte a negociação. Quando as pessoas não são capazes de resolver sozinhas o problema das externalidades, o governo frequentemente entra em ação. Contudo, mesmo assim, a sociedade não pode deixar completamente de lado as forças do mercado. Mais exatamente, o governo pode abordar o problema exigindo que os tomadores de decisão arquem totalmente com os custos de suas ações. [...] As forças do mercado, quando corretamente direcionadas, são, em muitos casos, o melhor remédio para as falhas do mercado.” (MANKIW, 2014, p. 199).

A resposta é encontrada, dentre outros, a partir do próprio conceito dos custos de transação. Em uma relação de mútuo bancário, o crédito desempenha papel fundamental na definição do preço praticado pelas instituições financeiras ao consumidor.

A interpretação extensiva e ampla de parâmetros já abertos previstos no art. 6º, V, CDC/90, e em outros dispositivos de referida lei gera instabilidade jurídica, que resulta no aumento do preço praticado, pois instabilidade jurídica gera aumento do risco, e quanto maior o risco, maior o preço praticado em razão da redução da segurança jurídica causada pela instabilidade gerada.

O crédito, elemento essencial do mútuo bancário, é avesso à insegurança, por se constituir em um comportamento que varia de acordo com o grau de confiança que se pode depositar no outro. Quanto mais crédito, menor o risco, e quanto menor o risco, menor o preço praticado e menores os “custos de transação”. Portanto, para que se aumente o índice de crédito, é necessário reduzir a insegurança jurídica, o que somente será obtido a partir de referenciais claros e precisos da lei e da interpretação dela.

Por isso, é indispensável a articulação dos mecanismos jurídicos e econômicos na solução dos problemas relacionados aos mútuos bancários como fenômenos jurídicos e também econômicos, buscando não causar instabilidade jurídica que repercuta no aumento do preço praticado nos empréstimos concedidos pelas instituições financeiras.

Sob referida perspectiva, a abordagem do tema relacionado a tomada de decisão por firmar um mútuo bancário passará pelas seguintes análises: a específica embasada na teoria dos jogos, na seleção adversa e sua relação com o racionamento do crédito e com o dilema do prisioneiro e a realizada por Fernando Araújo no estudo do comportamento dos contratantes, mediante contraponto entre honestidade e desonestidade.

Posteriormente, será objeto da análise a correlação das fontes privadas do direito com bases econômicas específicas, tais como a formação do preço no serviço de crédito, a função social do contrato e as condições de validade das cláusulas dos mútuos bancários.

4.2.1 A relação de consumo e a tomada de decisão por firmar um mútuo bancário: o comportamento esperado dos contratantes e os mecanismos jurídicos e econômicos indutores de comportamento

Nos contratos de crédito bancário ao consumidor, a decisão por contratar envolve basicamente duas variáveis: a vontade do fornecedor em investir seu dinheiro em terceiros pretendendo obter os recursos de volta no futuro com a devida remuneração (juros), e a vontade do consumidor em obter a antecipação do dinheiro para satisfazer o desejo de consumo

iminente, que somente conseguiria após significativo período de poupança na reunião dos recursos necessários à aquisição do produto ou serviço.

Referidas variáveis estão diretamente ligadas ao comportamento dos contratantes, cumprindo ao Direito, nesse ponto, estabelecer parâmetros quantitativos e qualitativos de informações e de incentivos à reciprocidade nos contratos de mútuo bancário que influenciarão a tomada de decisão, de modo a conferir estabilidade e eficiência jurídica na celebração e cumprimento das obrigações contratadas, repercutindo em bem-estar recíproco, efetivando-se a boa-fé objetiva.

4.2.1.1 A teoria dos jogos aplicada aos mútuos bancários

A teoria dos jogos consiste em uma análise geral de interações estratégicas, aplicável também ao objeto deste estudo, pois na relação entre o consumidor e o fornecedor há evidente definição de estratégias pelos contratantes para atingir determinado fim, onde de um lado a instituição financeira busca aumentar sua remuneração (juros) pelo capital emprestado, enquanto o consumidor pretende pagar um menor preço (juros) pelo empréstimo fenerático contraído.

Essa definição de estratégias é materializada na manifestação da vontade dos contratantes no ato de contratar e na sua repercussão para o princípio da autonomia privada frente a possibilidade ou não de modificação ou de revisão dos parâmetros contratados diante das decisões estratégicas tomadas por cada um deles.

Harold Scott Bierman e Luis Fernandez assim definem a teoria dos jogos:

A **teoria dos jogos** preocupa-se com o modo como indivíduos tomam decisões quando estão cientes de que suas ações afetam uns aos outros e quando cada indivíduo leva isso em conta. É a interação entre tomadores de decisões individuais, todos eles com um propósito em vista, cujas decisões tem implicações para outras pessoas, o que torna as **decisões estratégicas** diferentes de outras decisões. (BIERMAN; FERNANDEZ, 2011, p. 04).

Sobre a teoria dos jogos relevante se faz esclarecer a finalidade dos jogos e do processo de decisões estratégicas:

Jogo é uma situação em que os *jogadores* (participantes) tomam *decisões estratégicas*, ou seja, decisões que levam em consideração as atitudes e resposta dos outros. Exemplos de jogos incluem empresas que competem ao estabelecer preços ou um grupo de consumidores competindo no oferecimento de lances para arrematar uma obra de arte em um leilão. Decisões estratégicas resultam em payoffs para os jogadores: resultados que acarretam recompensa ou benefícios. Para empresas que estabelecem preços, os payoffs são os lucros; para aqueles que oferecem lances em um leilão, consistem no excedente do consumidor, isto é, no valor que eles atribuem à obra de arte menos o valor a ser pago. Um objetivo crucial da teoria dos jogos é determinar a estratégia ótima para cada jogador. **Estratégia** é uma regra ou plano de

ação para o jogo. [...] A **estratégia ótima** para um jogador é aquela que maximiza o payoff esperado. (PINDYCK; RUBINFELD, 2010, p. 426-grifos do autor).

Dessa forma, segundo os parâmetros do CDC/90 em que se busca o equilíbrio das prestações e informações adequadas (simetria das prestações e das informações) e partindo-se do pressuposto que os consumidores e as instituições financeiras são jogadores racionais, a estratégia ótima para os contratantes nos mútuos feneratícios bancários é aquela em que o payoff esperado é representado pelo equilíbrio entre as prestações e as informações.

A esse respeito

se cremos que nossos concorrentes são racionais e atuam visando à maximização de seus payoffs, de que modo devemos levar o comportamento deles em consideração ao tomar nossas próprias decisões? Na vida real, obviamente é possível encontrar competidores irracionais ou com menos capacidade de avaliar as consequências de suas ações. No entanto, a melhor forma de começarmos é partindo do princípio de que todos os competidores são tão inteligentes quanto nós. Como poderemos ver, levar em consideração o comportamento dos competidores não é tão simples quanto parece. Determinar a estratégia ótima pode ser difícil mesmo em condições de perfeita simetria e de perfeita informação (isto é, situação em que todos os concorrentes têm a mesma estrutura de custos e estão plenamente informados sobre os custos uns dos outros sobre a demanda etc). (PINDYCK; RUBINFELD, 2010, p. 426).

Sob a ótica da teoria dos jogos, há duas modalidades de jogos: os cooperativos e os não cooperativos.

Um **jogo cooperativo** ocorre quando os participantes podem negociar contratos vinculativos entre si, o que lhes permite planejar estratégias em conjunto. Um **jogo não cooperativo** ocorre quando não é possível a negociação e o cumprimento de tais contratos entre os participantes. (PINDYCK; RUBINFELD, 2010, p. 426).

A partir dessa perspectiva, tem-se que quanto ao preço os contratos de empréstimo de dinheiro pelas instituições financeiras possuem caráter cooperativo na medida em que podem negociar seu valor (total emprestado e valor das prestações), fator primordial que influencia a vontade de contratar ou não.

Por sua vez, quanto ao texto do contrato, não se pode desconsiderar que como um todo o contrato é de adesão e, por isso, pode ensejar a incidência de um jogo não cooperativo, pois grande parte de seus parâmetros não são passíveis de negociação.

A título de exemplo do jogo cooperativo aplicado ao contrato de empréstimo bancário, se cada \$1000,00 emprestado custa para a instituição financeira \$300,00 e ela cobre do consumidor \$600,00 de juros em até 48 prestações fixas e o consumidor consegue barganhar o custo do empréstimo para \$500,00, pouco importa para ele as demais previsões contratuais se mantiver o contrato em dia, na medida em que a solução cooperativa para o jogo tornou-se possível, pois o acordo de empréstimo por qualquer preço entre \$500,00 e \$600,00 maximizará

o excedente de dinheiro que precisa o consumidor com o lucro da instituição financeira e isso será benéfico para ambas as partes, gerando um externalidade positiva.

Por outro lado, na parte que toca a incidência dos parâmetros de um jogo não cooperativo, é possível que nessa relação os contratantes também mantenham um comportamento não cooperativo, o que é mais difícil, pois a falta de colaboração da instituição financeira representada pela elevação significativa do preço (taxa de juros) relacionado ao empréstimo poderá desestimular o consumidor a contratar. Além disso, e é o que geralmente acontece, a redução do preço representado pelos juros cobrados pode vir acompanhada da exigência de garantias (o próprio bem financiado, uma hipoteca, alienação fiduciária, aval ou fiança, por exemplo) mais substanciais que o consumidor pode não ter e, por isso, também poderá deixar de contratar.

Contudo, também há a possibilidade de o consumidor pretender obter a todo custo o empréstimo e assim, poderá ser levado a simular todo o tipo de situações para cumprir as exigências da instituição financeira a fim obter o dinheiro emprestado. No financiamento de veículos por exemplo, falsifica documentos, adquire o bem, deixa de quitar o financiamento, faz o seu uso regular e quando a instituição financeira busca executar a garantia (pelo procedimento da busca e apreensão – Dec-Lei nº 911/69) o consumidor oculta o automóvel para continuar a fazer seu uso⁴⁵.

Nada obstante,

Observe que a diferença fundamental entre os jogos cooperativos e os não cooperativos está na *possibilidade de negociar e implementar contratos*. Nos jogos cooperativos, os contratos vinculativos são possíveis; nos jogos não cooperativos, não. Consideraremos aqui principalmente os jogos não cooperativos. Em qualquer jogo, entretanto, o aspecto mais importante é o planejamento da estratégia de tomada de decisões é: *É essencial compreender o ponto de vista do oponente e (supondo que o oponente seja racional) procurar deduzir de que forma ele(a) provavelmente reagirá a suas ações*. Isso pode parecer óbvio, pois é claro que cada um deve compreender o ponto de vista de seu oponente. Entretanto, mesmo em situações simples de jogos, as pessoas frequentemente ignoram ou interpretam mal as posições dos oponentes, assim como as respostas racionais que delas decorrem. (PINDYCK; RUBINFELD, 2010, p. 426-427-grifos dos autores).

Como visto, em se tratando de empréstimo de dinheiro pelos bancos, quanto às cláusulas do contrato, há uma parte que é de adesão e, por isso, envolve jogos não cooperativos e também há uma parte que se permite a barganha entre os contratantes (a exemplo do preço, taxa de juros, valor emprestado, etc) enquadrando-se em um jogo cooperativo.

⁴⁵ São comuns nos noticiários a divulgação de casos envolvendo quadrilhas que obtém empréstimo bancário e financiamentos para aquisição de bens através da falsificação de documentos ou a utilização de documentos falsos que elucida a higidez das garantias ofertadas para aprovação de financiamentos para clientes que não possuem condições financeiras para a compra de bens. (como exemplo, cite-se a seguinte notícia: *PF Prende 23 por fraude em empréstimo bancário em MG*. Disponível em: <https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,pf-prende-23-por-fraude-em-emprestimo-bancario-em-mg,39495e>, acesso em 26 ag. 2019).

Por sua vez, os jogos envolvem também decisões dos jogadores que são orientadas por estratégias. A melhor estratégia de um jogo (no caso dos mútuos bancários, a contratação ou não) é aquela que determina o final mais provável do jogo (o cumprimento ou não do contrato) e aí que se busca determinar também qual será a solução de equilíbrio que atingirá de forma mais próxima o resultado final do jogo, independentemente do que o oponente possa vir a fazer. Por isso, parte-se também do pressuposto que o comportamento dos jogadores deve ser racional para se levar a uma solução de equilíbrio.

Sobre a questão, destaque-se:

De que forma podemos decidir qual a melhor estratégia para participar de um jogo? De que maneira podemos determinar o final mais provável de um jogo? Necessitamos de algo que nos ajude a determinar de que modo o comportamento racional de cada jogador levará a uma solução de equilíbrio. Algumas estratégias podem ser bem-sucedidas se os concorrentes fizerem determinadas opções, mas serão malsucedidas se eles fizerem escolhas diferentes. Outras estratégias, entretanto, poderão ser bem-sucedidas quaisquer que sejam as atitudes dos participantes. Iniciaremos apresentando o conceito de estratégia dominante – *aquela que é ótima independentemente do que o oponente possa vir a fazer*. [...] quando cada jogador tem uma estratégia dominante, chamamos o resultado do jogo de **equilíbrio de estratégias dominantes**. Esses jogos podem ser analisados objetivamente, pois a estratégia ótima para cada jogador pode ser determinada sem a preocupação com as ações dos outros. (PINDYCK; RUBINFELD, 2010, p. 428-grifos dos autores).

Suponha-se o dilema estabelecido entre o consumidor e a instituição financeira diante de um contrato de empréstimo. De um lado, o consumidor tem de decidir por contrair um empréstimo e pagar os juros e encargos propostos e, de outro lado, a instituição financeira avaliar se o consumidor tem condições de quitar o empréstimo diante de suas condições econômico-financeiras de suportar as prestações e de seu comportamento anterior no mercado.

Cada um deles será afetado pela decisão do outro: de um lado o consumidor pelos juros e encargos cobrados e barganhados e, de outro lado, a instituição financeira, pela capacidade e vontade do consumidor quitar todas as prestações contratadas. Os possíveis resultados são os *payoffs* a que cada contratante está disposto a suportar.

Nesse contexto, deve-se investigar qual a estratégia que cada contratante deverá escolher.

Sob a perspectiva do consumidor, suponha-se que ele deverá contratar o empréstimo, porque independentemente dos juros e encargos cobrados, ele realizará um melhor negócio com o dinheiro emprestado se contratar um empréstimo com a instituição financeira. Se o consumidor contratar o empréstimo, conseguirá acesso a um bem da vida (produto ou serviço) a um desconto de 30% sobre o seu preço de mercado e pagará 20% do capital

emprestado a título de juros e demais encargos da contratação. O consumidor terá ainda 10% de lucro sobre a operação.

A mesma lógica se aplica à instituição financeira, pois realizará um bom negócio se o consumidor decidir pagar 20% de juros sobre o capital emprestado.

Dessa forma, supondo que tanto o consumidor quanto a instituição financeira sejam racionais, o resultado do jogo será que ambos decidirão pela contratação do empréstimo, pois a partir dessa análise, consumidor e instituição financeira possuem estratégias dominantes, resultando em um jogo de equilíbrio de estratégias dominantes.

Contudo, conforme destacado por Robert Stephen Pindyck e Daniel Lee Rubinfeld citados anteriormente, nem todos os jogos apresentam estratégias dominantes para cada um dos jogadores.

É o caso em que mesmo se consumidor e instituição financeira não optarem pela contratação do empréstimo, ainda o consumidor conseguirá economizar os recursos necessários e adquirirá o bem da vida não com um desconto de 30% mas de 20%, enquanto a instituição financeira emprestará o dinheiro a outro consumidor que esteja disposto a pagar 40% de juros e encargos pelo capital emprestado.

Por um lado, o consumidor conseguirá reduzir a perda financeira pelo capital emprestado, pois se adquiriu o bem com 20% de desconto e teria 30% se tivesse os recursos do banco em data pretérita, ainda saiu ganhando 10% sobre o valor do bem, considerando que pagaria 20% de juros e encargos se tivesse tomado o dinheiro emprestado.

Por outro lado, a instituição financeira ganhou 100% pois ao invés de lucrar 20% sobre o capital emprestado, faturou 40%.

Dessa forma, a decisão ótima da instituição financeira dependerá do consumidor não estar disposto a tomar o dinheiro emprestado a 20% e de encontrar outro consumidor que esteja disposto a pagar 40% de juros e encargos.

Entretanto, se o consumidor e a instituição financeira tiverem de tomar a decisão simultaneamente? A instituição financeira terá a melhor estratégia dominante que consistirá na cobrança de juros (lucros) mais altos pelo capital emprestado, pois não importa o que o consumidor possa vir a fazer, ele terá de contratar o empréstimo, pois tem urgência na tomada do dinheiro emprestado, uma vez que corre riscos os mais variados ou se encontra na ânsia pelo consumo do bem da vida que o leva a contratar a qualquer custo (por exemplo, perda de bens por outras dívidas, pagamento de despesas médicas antecipadas por tratamento de saúde de um ente querido que se encontra em risco de vida, compra de um produto muito desejado).

Portanto, a instituição financeira pode concluir que o consumidor estará disposto a pagar juros mais altos e, por outro lado, o consumidor se sentirá convencido de que os altos juros pagos valerão a pena por compensar o risco iminente ou sua saciedade pela aquisição do produto ou serviço tão desejado. O equilíbrio alcançado ocorrerá novamente se houver contratação, uma vez que a instituição financeira faz o seu melhor (lucrar com juros do capital emprestado) diante da decisão do consumidor que também faz o seu melhor no mercado (consumir produtos e serviços).

Certo é que as estratégias dominantes são autoimplementáveis e estáveis e apontam um provável resultado de um jogo, porém, em um contexto mais instável em que um ou mais jogadores não possuem uma estratégia dominante, exige-se a aplicação de uma base teórica que também contemple mais variáveis.

A teoria denominada equilíbrio de Nash pode representar a solução, conforme explica Walter J. Wessels

O dilema dos prisioneiros tem uma única solução porque ambos os jogadores têm a mesma estratégia dominante. Quando aumentam as possibilidades de escolha, as chances de que todas as pessoas tenham a mesma estratégia dominante tornam-se menos prováveis. John Nash sugeriu uma solução que frequentemente funciona: se um conjunto de estratégias estabelece que nenhum dos jogadores pode se beneficiar mudando de estratégia enquanto os demais mantêm as deles constantes, então tal conjunto de estratégias constitui um **equilíbrio de Nash**. Para reforçar a importância desse conceito, sempre que vimos um grupo de pessoas cooperando do mesmo modo durante um longo período de tempo, é possível deduzir que suas estratégias refletem um equilíbrio de Nash. Porque? Porque as pessoas mantêm as mesmas estratégias quando isso compensa. O equilíbrio de Nash é autorreforçador. Se cada jogador espera que os demais escolham o equilíbrio de Nash, então cada jogador efetivamente o *escolherá*. O comportamento esperado reforça o comportamento real e vice-versa. Portanto, o equilíbrio de Nash é consistente nas expectativas racionais. (WESSELS, 2010, p. 353-grifo do autor).

Levando em consideração que o equilíbrio de Nash “é um conjunto de estratégias (ou ações) no qual cada jogador faz o melhor que pode em função das ações dos oponentes” (PINDYCK; RUBINFELD, 2010, p. 429) e que se cada jogador não possuir estímulos para se desviar de seu equilíbrio de Nash as estratégias serão estáveis, no caso dos contratos de empréstimo bancário, o equilíbrio de Nash consistirá em a instituição financeira e o consumidor firmarem o contrato.

Trata-se de um equilíbrio de Nash, pois em função da decisão dos contratantes, cada um deles estará satisfeito por ter tomado a melhor decisão possível e não terá estímulo para alterá-la.

Entretanto, a aplicação distorcida do art. 6º, V, CDC/90 com a modificação ou a revisão genérica de cláusulas contratuais pode representar um estímulo à alteração das decisões

dos contratantes em razão da quebra da segurança jurídica concedida pela liberdade e autonomia de contratar: de um lado a instituição financeira reverte para novos contratos a remuneração perdida nos contratos modificados ou revistos, aumentando os juros e encargos cobrados dos novos consumidores; de outro lado, os consumidores, passarão a se sentir mais ousados no ato de contratar, sabendo-se de que em não suportando as prestações assumidas, poderão buscar a tutela judicial para rever os juros assumidos e, até mesmo, protelar o pagamento.

Isso ocorre porque “o conceito de equilíbrio de Nash apoia-se muito na racionalidade individual. Cada estratégia escolhida pelo jogador dependerá não só da própria racionalidade como também da racionalidade do oponente.” (PINDYCK; RUBINFELD, 2010, p. 431). Portanto, a alteração das razões da instituição financeira e do consumidor motivada por intervenção estatal gera um novo estímulo a se alterarem as condições até então vigentes e, por consequência, sobre as razões de cada contratante.

Insero na teoria dos jogos, o equilíbrio de Nash vai de encontro ao objeto do presente estudo que busca também explicar qual a medida jurídico-econômica de aplicação do art. 6º, V, CDC/90.

Conforme já destacado, a teoria dos jogos aplicada ao contrato em análise envolve a abordagem do comportamento das instituições financeiras e dos consumidores diante do contrato de empréstimo de dinheiro, ensejando a avaliação das estratégias dominantes de cada jogador, do grau de informação de cada um deles, de sua disposição pela cooperação e do resultado que deve consistir em um equilíbrio (equilíbrio de Nash).

Contudo, assim como ressaltado por Walter J. Wessels na citação anterior quanto ao dilema do prisioneiro, o equilíbrio de Nash pode também apresentar falhas⁴⁶ diante do objeto do presente estudo, exigindo a evolução da aplicação de seus conceitos (tanto do dilema do prisioneiro, quanto do equilíbrio de Nash).

⁴⁶ “O equilíbrio de Nash é uma generalização do equilíbrio de Cournot [...]. Nele, as escolhas representavam níveis de produção, e cada empresa escolhia seu próprio nível considerando a escolha da outra empresa como fixa. Supunha-se que cada empresa fizesse o melhor para si mesma, dentro do pressuposto de que a outra empresa mantivesse o nível de produção que escolhera – ou seja, ela continuava a jogar a estratégia que havia escolhido. O equilíbrio de Cournot ocorre quando cada empresa maximiza lucros com base no comportamento da outra empresa; é exatamente essa a definição de equilíbrio de Nash. A noção de equilíbrio de Nash tem uma certa lógica, mas infelizmente também tem alguns problemas. Primeiro, um jogo pode ter mais de um equilíbrio de Nash [...]. O segundo problema com o conceito de equilíbrio de Nash é que há jogos que não têm, em absoluto, equilíbrio de Nash [...] Entretanto, sem ampliarmos nossa definição de estratégias, poderemos encontrar um novo equilíbrio de Nash para esse jogo”. (VARIAN, 2003, p. 538). Após trabalhar a ampliação da definição de estratégias visando justificar a aplicação de estratégias mistas, Hal Ronald Varian destaca que “outro problema do equilíbrio de Nash de um jogo é que ele não conduz necessariamente a resultados eficientes no sentido de Pareto” e assim desenvolve o estudo do jogo denominado de dilema do prisioneiro. (VARIAN, 2003, p. 539).

Portanto, articulando referidas bases se faz relevante evoluir o raciocínio e assim concluí-lo, tratando dos parâmetros relacionados à seleção adversa e o racionamento do crédito abordados por Harold Scott Bierman e Luis Fernandez (2011) e o dilema do prisioneiro, passando-se a aplicação de teorias contempladas na própria teoria dos jogos.

4.2.1.2 Seleção adversa e racionamento do crédito aplicados aos empréstimos bancários na visão de Harold Scott Bierman e Luis Fernandez

Harold Scott Bierman e Luis Fernandez (2011) organizam o tema da teoria dos jogos em cinco partes: 1^a) jogos estáticos com informação completa (forma estratégica de jogos e o conceito fundamental de solução do equilíbrio de Nash); 2^a) jogos dinâmicos com informação completa (conceitos da forma extensiva e da perfeição em subjogos juntamente com o procedimento de solução da indução retroativa); 3^a) jogos com resultados incertos (estende as duas primeiras partes acrescentando a incerteza); 4^a) jogos estáticos com informação incompleta e; 5^a) jogos dinâmicos com informação incompleta (as duas últimas partes envolvem trabalhos teóricos desenvolvidos por economistas nos últimos 20 anos nos quais os jogadores possuem informação privada).

Para os fins deste estudo, as contribuições de Harold Scott Bierman e Luis Fernandez estão na Parte V de sua obra quando tratam sobre os jogos dinâmicos com informação incompleta, especialmente no capítulo 18 de referida parte relacionado à seleção adversa e o racionamento do crédito.

Destacam que o empréstimo bancário exige a análise de dois conceitos básicos: da seleção adversa e da informação privilegiada. Esclarecem que “um comprador enfrenta **seleção adversa** em um mercado se a lucratividade de uma compra depender do tipo de vendedor e se um preço mais baixo atrair não somente um pequeno número de vendedores, mas também os menos desejáveis”. (BIERMAN; FERNANDEZ, 2011, p. 354-grifos dos autores). Por sua vez, conceituam informação privilegiada como “qualquer informação sobre a lucratividade futura de uma empresa que apenas alguns operadores selecionados conhecem, comumente denominados insiders (‘internos’, ou ‘privilegiados’)”. (BIERMAN; FERNANDEZ, 2011, p. 354).

De antemão, nos empréstimos bancários avalia-se a probabilidade dos tomadores de empréstimo quitar as prestações contratadas (qualificação de crédito ou solvabilidade) que pode variar muito de um para outro, do custo para a instituição financeira se informar sobre a solvabilidade do tomador de empréstimo e os limites máximos e mínimos das taxas de juros possíveis de se cobrar.

Nesse sentido:

O problema do banco é que os juros que cobra nos seus empréstimos afetará a qualidade dos demandantes desses recursos. Sob uma ampla faixa de circunstâncias, um aumento na taxa de juros do banco fará cair, em média, a qualidade dos tomadores de empréstimos do banco. Se o banco não conhece a solvabilidade de seus clientes, tem de oferecer a mesma taxa de juros a todos. Com isso, pode existir um excesso de demanda para empréstimos à taxa de juros corrente do mercado e, ainda assim, nenhum banco estará disposto a eliminar essa demanda excessiva aumentando sua taxa de juros, por medo de reduzir a solvabilidade de seus tomadores de empréstimos. O resultado é um equilíbrio de mercado competitivo no qual o crédito é 'racionado' com base em qualquer outro critério que não o preço, tal como a ordem em que os tomadores de empréstimos se candidatam ao empréstimo. (BIERMAN; FERNANDEZ, 2011, p. 355).

É comum a todos os tomadores de empréstimos a ausência de recursos para alcançar o bem da vida pretendido sem o dinheiro a ser fornecido pela instituição financeira.

Contudo, apesar desse fator comum, as motivações dos consumidores no ato de contratar um empréstimo podem ser as mais variadas possíveis. É o caso do pequeno e novo empresário que por não ter experiência em negócios os fornecedores exigem o pagamento adiantado pelos insumos e, por isso necessita de um capital de giro junto ao banco; do consumidor que viu reduzir sua capacidade de compra e precisa de recursos para quitar suas despesas domésticas ou para sustentar uma condição econômico-social que não tem mais; do jovem que precisa adquirir um veículo para inserir-se no mercado de trabalho como entregador de produtos ou transportador de passageiros; do sujeito que sofreu grandes perdas patrimoniais e precisar recompor-se de imediato, dentre outros.

Por outro lado, a instituição financeira no ato de oferecer crédito no mercado é motivado pelos lucros advindos do capital emprestado e, por isso, considera a relação entre receita, prejuízos e lucros das operações.

A respeito dessas operações, é do conhecimento do tomador de crédito (ou deve ser) que a instituição financeira: não possui nenhuma garantia de que as prestações serão pontualmente pagas pelo tomador; exigirá que as receitas do tomador sejam superiores ao valor das prestações por ele assumidas; formulará um contrato de crédito que exigirá que todas as receitas auferidas pelo tomador sejam utilizadas em primeiro lugar para o pagamento do empréstimo; usará parte dos lucros do empréstimo para pagar seus depositantes pelo uso do capital emprestado; poderá utilizar das medidas judiciais e extrajudiciais cabíveis, inclusive com a execução de garantias e a constrição de bens (busca e apreensão do veículo financiado, Dec-Lei nº 911/69; venda do imóvel alienado fiduciariamente, Lei nº 9.514/97; penhora de bens pelo processo de execução, CPC/15, pedido de falência, Lei nº 11.101/05, etc), caso o tomador incorra em mora.

Dessa forma, à luz da teoria dos jogos, a inadimplência deve ser vista pelo tomador de empréstimo como um mal resultado para que priorize o pagamento das prestações. Por isso é que existem as implicações jurídicas acima destacadas, do contrário, a utilização dos recursos pelo tomador de crédito seria redirecionada para outras prioridades por ele definidas.

Já para a instituição financeira, a redução da oferta de empréstimos decorrente da cobrança de juros muito altos implicaria na redução de seus lucros e, por consequência, na diminuição de sua capacidade de pagamento da remuneração dos depósitos por ela geridos.

Sob tal perspectiva, são possíveis resultados na oferta de empréstimos bancários estando ausente seleção adversa:

1) a juros que não podem ser barganhados pelo tomador: 1º) o banco move-se primeiro para a oferta de empréstimos e o tomador não adere às condições do contrato: o lucro para ambos será igual a zero, pois o banco manterá o capital imobilizado e não auferirá renda e o tomador não realizará a sua pretensão sem os recursos necessários; 2º) o banco move-se primeiro para a oferta de empréstimos e o tomador opta por contratar: se sentindo estimulado a quitar todas as prestações, o tomador vem a fazê-lo e o jogo termina com ambos obtendo lucros mediante a realização de seus objetivos iniciais com a celebração do empréstimo.

2) a juros que podem ser barganhados pelo tomador: o banco deverá intuir a maior taxa de juros possível de ser aceita pelo tomador e negociar a redução dos juros caso não haja adesão, sendo que o processo se dá por indução retroativa, com a avaliação da probabilidade de aceitação futura da oferta de uma taxa de juros maior pelo tomador que aderirá ao contrato se isso lhe resultar um lucro, uma realização ou um ganho (emocional, econômico, etc) maior do que a perda financeira pelos juros que se dispuser a pagar e com a definição da capacidade de pagamento do tomador. A maior taxa de juros que o tomador estiver disposto a aceitar será a sua taxa de juros de reserva e ela será estabelecida em função decrescente das taxas de juros em razão dos custos decorrentes do empréstimo (no caso de um veículo financiado, por exemplo, os custos com seguradora, registro de propriedade, despesas com manutenção e tributos) e em uma função crescente das taxas de juros em razão do grau de solvabilidade do tomador (montante de recursos disponíveis para pagar as prestações do empréstimo).

Desconsiderando questões relacionadas à concorrência entre os bancos, estratégia das instituições financeiras é conseguir que o tomador de empréstimo contrate a juros mais altos e pague integralmente por eles. Por seu turno, a estratégia do tomador é conseguir obter o capital emprestado e pagar o mínimo de juros possível.

Em havendo possibilidade de barganha, ainda que mínima, o objetivo da teoria dos jogos é reduzir o grau de indeterminação do patamar máximo de juros que o tomador estará

disposto a pagar (preço de reserva do tomador) e do patamar mínimo de juros que a instituição financeira se dispuser a aceitar (preço de reserva da instituição financeira) para que o contrato seja celebrado. A diferença entre o preço negociado e o de reserva é o que cada parte ganha na transação.

Na barganha, há basicamente três possibilidades: a barganha sem impaciência, com impaciência simétrica e com impaciência assimétrica. (BIERMAN; FERNANDEZ, 2011, p. 138).

Na barganha sem impaciência, a tendência é que haja um número maior de rodadas de ofertas e contraofertas, mas todas elas dependem de quem faz o primeiro movimento quanto ao preço, que no caso do empréstimo bancário é a instituição financeira. Cada um vai extraindo todo seu excedente (o banco vai abaixando os juros e outros possíveis encargos, enquanto o tomador vai levantando seus recursos financeiros pretendendo aumentar sua proposta de pagamento) até que cheguem a um consenso ou não.

A sua vez, na barganha com impaciência (simétrica ou assimétrica) a demora para se chegar a um acordo impõe custos aos negociadores, exigindo que a decisão seja tomada o mais rápido possível.

Dessa forma, cada rodada de negociações pode impor um custo aos jogadores (negociadores) e novas rodadas somente poderão ser evitadas (com a consequente minimização da perda) se cada jogador propor a mais atraente divisão do excedente com o outro jogador. Na barganha com impaciência simétrica a divisão do excedente propõe ser igualitária, sendo o custo da demora o mesmo para ambas as partes. Por outro lado, na barganha com impaciência assimétrica, o custo da demora no consenso pelo acordo de vontades (contrato, fechamento de um negócio) é maior para um jogador do que para outro.

A respeito da barganha com impaciência simétrica

Suponha que, em vez de somente uma ou duas rodadas de ofertas, haja 100. Além disso, suponha que a demora para chegar a um acordo imponha um custo aos negociadores. Esse custo poderia estar relacionado ao desconto de ganhos futuros em relação a ganhos presentes. Quando o tempo de um comerciante tem um grande custo de oportunidade, até mesmo o valor de uns poucos dias de demora na negociação pode ser muito alto. Para muitas pessoas, o custo pode constituir-se, em grande parte, do aborrecimento de ter de lidar com uma situação não resolvida e provavelmente sujeita a grande pressão. Quem, por exemplo, não pagaria algo para evitar ter de barganhar com um vendedor de carros usados? Para que as coisas fiquem no terreno concreto, suponha que o custo da demora de uma rodada para conseguir um acordo reduza em 3% os ganhos advindos da transação comercial. Isto é, os jogadores têm impaciência simétrica. [...] cada rodada do processo de negociação impõe um custo a ambos [...]. só se poderá evitá-lo se a divisão do excedente for atraente o suficiente para o outro jogador. (BIERMAN; FERNANDEZ, 2011, p. 140).

No mútuo bancário, haverá barganha com impaciência simétrica sempre que para o tomador de empréstimo ou para a instituição financeira for indiferente aceitar a oferta ou não, sendo impraticável prever a quantidade de rodadas de negociações, mas por indução retroativa é possível calcular as estratégias racionais de cada jogador (a título ilustrativo, cite-se a estimativa que se faz por quanto se cobra com base no que já se cobrou em outros empréstimos, segundo os dados e parâmetros definidos e divulgados pelo BACEN, enquanto entidade reguladora).

Por exemplo, em uma negociação com 10 rodadas, suponhamos que na 10ª rodada o tomador do empréstimo aceite pagar juros mensais de 5% sobre o valor de cada uma das 10 prestações pelo empréstimo de \$100.000,00, o que resultariam em prestações de \$10.500,00 e totalizaria como valor pago a importância de \$105.000,00. Por outro lado, a instituição financeira vem a prever que o tomador de empréstimo aceitará os juros de 5% (oferta perfeita do jogo) e na 9ª rodada ofereça o mesmo empréstimo de \$100.000,00 a juros de 4%, fazendo com que o tomador aceite a oferta. Nesse caso, após a 9ª rodada o tomador de empréstimo aceitará qualquer oferta menor ou igual a 4% de juros, mas a instituição financeira optou por fazê-lo, pois além do piso por ela previsto ser de 2% de juros e do fato de que receberá um excedente de 2%, enquanto que o tomador do empréstimo também terá um excedente de 1% (pois estava disposto a pagar até 5% de juros), entenderá que é melhor emprestar e ter um lucro menor do que nada no futuro.

Por seu turno, o tomador do empréstimo na 8ª rodada aceita pagar os juros de 3,5%. Para que a negociação seja realizada, a instituição financeira deverá estar disposta a aceitar o excedente de 0,5% (diferença entre os juros da 8ª rodada e daqueles de 4% da 9ª rodada). Levando em consideração de que a cada rodada a instituição financeira perca 0,3%, haverá um excedente de 0,2% entre as rodadas 8 e 9 e, tendo em vista que a sua remuneração será maior do que a da próxima rodada e ela poderá evitar o custo de espera, resolve aceitar a oferta.

Assim, celebrando o empréstimo na 8ª rodada, a instituição financeira aceita o excedente menor 0,2% do que da 9ª rodada, mas opta por evitar o custo da espera. Aceitando receber juros de 3,5% a instituição financeira continuará com um ganho de transação de 1,5% (diferença entre o mínimo que estaria disposta a receber – 2%, e o percentual de 3,5% negociado), enquanto que o tomador do empréstimo terá um ganho de transação de 1,5% (diferença entre o máximo que aceitaria pagar – 5%, e o percentual de 3,5% negociado). Observe que o excedente é dividido à razão aproximada de 1/2 (metade) para cada jogador, mas o último a mover, tomador do empréstimo, continua a ter uma pequena vantagem.

Já na barganha com impaciência assimétrica, o custo da demora para as partes não é o mesmo. Suponhamos que a demora custe mais para o tomador do empréstimo que hipoteticamente quer aproveitar um preço 10% abaixo do valor de mercado na oferta de veículos por terceiros e lançar mão do empréstimo para adquiri-lo. O custo da demora (perca da oportunidade de adquirir o veículo) será maior para o tomador do empréstimo do que para a instituição financeira, porque àquele está mais impaciente para receber o capital a ser emprestado do que a instituição financeira para receber os juros do empréstimo. Suponhamos, ainda, que os ganhos da demora para a instituição financeira sejam de 2%.

Nesse caso, os jogadores têm impaciência assimétrica. Hipoteticamente, continua sendo ótimo para o tomador de empréstimo aceitar pagar àqueles juros mensais de 5%, mas com o ganho obtido (10% sobre o valor total do empréstimo representado pela reversão do desconto na aquisição do veículo), poderá aumentar sua oferta para 6% (divisão do desconto de 10% sobre cada uma das 10 prestações). Por sua vez, a instituição financeira poderá oferecer o empréstimo na 1ª rodada ao custo de 5% de juros mensais, ou na 2ª rodada a 4% para o tomador, pois sabe que há possibilidade de ele aceitar logo na 1ª rodada. Observe que a divisão do excedente, quando comparada à barganha com impaciência simétrica passa a ser mais vantajosa para a instituição financeira, analisando o contrato isoladamente, mas praticamente se igualam quando analisado o todo (vantagem do desconto de 10% na aquisição do veículo) e os custos da demora para os dois (perda da oportunidade do tomador adquirir o veículo com o desconto e a não aceitação do empréstimo ofertado pela instituição financeira).

A relação da barganha com a impaciência e a simetria ou assimetria é analisada sob diversos modelos e métodos da teoria dos jogos (BIERMAN; FERNANDEZ, 2011, p. 137-152), o que, contudo, foi trazido para a presente análise apenas a título de esclarecimento e continuidade do raciocínio tratado.

Retomando o assunto da seleção adversa e o racionamento de crédito, restou esclarecido que o empréstimo sem seleção adversa contempla a análise da concessão de empréstimos pelas instituições financeiras sem se considerar a possibilidade de selecionar (discriminar) quais os tomadores se deve emprestar dinheiro a juros mais baixos, quais se emprestará a juros mais altos e quais não se emprestará em hipótese alguma. Em outros termos, considera-se no empréstimo sem seleção adversa que o tomador do empréstimo e a instituição financeira “estão igualmente informados sobre a probabilidade de o empréstimo ser pago.” (BIERMAN; FERNANDEZ, 2011, p. 358).

Diante de todos os possíveis resultados apresentados no caso do empréstimo sem seleção adversa, o jogador informado é o tomador de crédito, pois se move por último (aderindo

ou não ao contrato) e, por isso o jogo pode ser resolvido por indução retroativa⁴⁷: o tomador somente aceitará os termos do banco se isso resultar na realização de seus objetivos com o capital emprestado (no caso do empresário, obter lucros superiores aos juros que deverá pagar ao Banco, por exemplo) e na permanência de suas condições financeiras de arcar com todas as prestações contratadas.

Esses são os possíveis resultados dos empréstimos bancários na ausência de seleção adversa.

Evoluindo o raciocínio, Harold Scott Bierman e Luis Fernandez apresentam uma análise do empréstimo bancário em havendo seleção adversa, trazendo a relação no caso de um banco monopolista e na situação da competição bancária de Bertrand, considerando que

na maioria das situações de empréstimo, o tomador tem uma estimativa mais precisa da probabilidade de inadimplência do que o prestador. Normalmente, quanto maior a probabilidade de inadimplência, maiores serão os retornos para a empresa que está tomando o empréstimo, se as coisas forem bem. Esse fato é importante para o que virá a seguir, pois implica que os tomadores de empréstimos com risco de crédito ruim podem aceitar taxas de juros mais altas do que os com risco de crédito bom. A razão é simples. É menos provável que um tomador com risco de crédito ruim tenha de pagar juros sobre o empréstimo; quando isso ocorre, há uma receita alta que o habilita a fazer isso. Ao contrário, um tomador com risco de crédito bom não é tão protegido pela falência. Quando pagar os juros sobre o empréstimo, retirará essa quantia de uma receita mais modesta. Como consequência, quando o banco eleva suas taxas de juros, tenderá a afastar exatamente os tomadores de empréstimo que gostaria de manter. (BIERMAN; FERNANDEZ, 2011, p. 358).

A partir dessas premissas, suponha-se que a receita de um tomador de empréstimo seja variável e, portanto, pode ser alta ou baixa (ex.: um advogado que tem como única fonte de renda os honorários que recebe, variáveis de acordo com a demanda de clientes ou um representante comercial que recebe comissões pelas vendas concretizadas, etc).

⁴⁷ Dentre os procedimentos propostos por Harold Scott Bierman e Luis Fernandez para selecionar entre os vários equilíbrios de Nash, está o procedimento da indução retroativa ou reversa que tem esse nome por propor o início da análise pelo fim do jogo. Na indução retroativa há seis etapas: “1. Comece pelos nós terminais do jogo e trace os caminhos de cada um até seu nó predecessor imediato, que será um nó de decisão para algum jogador. Esses nós de decisão podem ser ‘triviais’, ‘básicos’ ou ‘complexos’. O **básico** é aquele em que cada um dos ramos leva a exatamente um nó terminal. Um nó básico com apenas um ramo é **trivial** e aquele que não é básico é **complexo**. Se você alcançar um nó de decisão trivial, continue a subir pela árvore até alcançar um nó de decisão complexo ou um básico não trivial ou não poder mais seguir adiante. 2. Determine o movimento ótimo em cada nó de decisão básico alcançado na etapa 1 comparando as recompensas que o jogador obtém em cada nó terminal alcançado a partir desse nó de decisão. Observe que todo caminho entre um nó de decisão básico A e um nó terminal B começa em um único ramo de A. o ramo que leva à recompensa mais alta para o jogador é o movimento ótimo a fazer naquele nó. 3. Apague todos os ramos não ótimos que se originaram de cada um dos nós de decisão básico que examinou na etapa 2. Cada um deles torna-se trivial. 4. Agora você tem uma nova árvore do jogo mais simples do que a original. Se na etapa 1 você chegou à raiz da árvore, então seu trabalho terminou. 5. Se ainda não chegou à raiz, volte à etapa 1 e comece tudo de novo. Desse modo você avança etapa por etapa em direção à raiz. 6. Para cada jogador, reúna as decisões ótimas em cada um dos nós de decisão dele. Essa coleção de decisões constitui a estratégia ótima desse jogador para o jogo.” (BIERMAN; FERNANDEZ, 2011, p. 119-grifos dos autores).

Embora o tomador do empréstimo não saiba se a sua receita oscilará para mais ou para menos quando pede um empréstimo perante uma instituição financeira, uma estimativa das últimas receitas percebidas permitiram estimar a probabilidade de manutenção ou aumento da renda. Como há chances de a receita do tomador de empréstimo oscilar para menos e que seu interesse é afirmar que possui uma renda hígida e suficiente para pagar as prestações do empréstimo, a instituição financeira se sentirá insegura na concessão do empréstimo por não possuir outros elementos mais seguros que confirmem a veracidade ou não da conclusão do tomador.

No contexto em que a renda do tomador de empréstimo é variável, a instituição financeira não tem conhecimento do nível de solvibilidade daquele, mas precisa dimensionar o risco do crédito entre ruim, médio e bom, para depois definir a taxa de juros a ser cobrada. Então a instituição financeira oferece um empréstimo ao tomador de \$1.000,00 a uma taxa de juros mais alta de 10% que este último pode aceitar ou rejeitar. Como o tomador do empréstimo conhece os fatores que podem determinar o aumento ou redução de sua renda, cada um de seus nós de decisão encontra-se em um conjunto de decisões separadas. Visto que a instituição financeira não tem domínio sobre os fatores que influenciam o aumento ou redução da renda do tomador de empréstimo, todos os seus nós de decisão se encontram em um único conjunto de informações (que estimam o nível de solvibilidade). Se o empréstimo for rejeitado, o jogo terminará e ambos os jogadores obterão recompensa igual à zero. Por sua vez, se o empréstimo for aceito e a receita do tomador se manter constante ou subir, o empréstimo é pago; mas se cair, o tomador ficará inadimplente e poderá ser cobrado pela instituição financeira em um processo de execução com penhora de seus bens, aumentando o custo do empréstimo para o tomador em 3%.

A instituição financeira possui o conhecimento de que quanto mais arriscado a atividade pela qual o tomador de empréstimo auferir renda, mais alta também poderá ser a receita do tomador do empréstimo, apesar do risco de ser baixa também. “Essa relação inversa entre risco e recompensa esperada é comum em mercados financeiros competitivos.” (BIERMAN; FERNANDEZ, 2011, p. 359).

Quando a demanda pelos serviços do tomador de empréstimo é alta, a definição da receita para a concessão do empréstimo dependerá do nível de solvibilidade do tomador de empréstimos, enquanto que quando a demanda é baixa, a definição da receita do tomador para fins de emprestar-lhe dinheiro não dependerá de sua solvibilidade, pois a receita esperada provavelmente será baixa.

Toda essa relação gera um aumento do nível do risco de crédito do tomador de empréstimo, ficando este sujeito a aceitar uma taxa de juros até mesmo superior a que ele estava disposto a pagar (suponhamos que de 5% de juros mensais, aumente sua oferta para 10%). Por sua vez, quanto menor o risco do crédito (ou quanto maior o nível de solvibilidade) do tomador do empréstimo, menor será a taxa de juros que ele aceitará pagar pelo dinheiro emprestado. Ou seja, a taxa de juros que uma pessoa aceita em um empréstimo “é uma função decrescente do nível de solvibilidade [...] ou seja, à medida que sua solvibilidade aumenta, a taxa de juros que ela aceita diminui em vez de aumentar. [...] Esse é o custo do risco mais baixo.” (BIERMAN; FERNANDEZ, 2011, p. 360).

Embora a taxa de juros que o tomador de empréstimo se propõe a pagar revele informações sobre sua solvibilidade, “o Banco só descobre isso depois de anunciar a taxa de juros que aplicará ao empréstimo.” (BIERMAN; FERNANDEZ, 2011, p. 360). Quando a instituição financeira anunciar a taxa de juros ao tomador do empréstimo, este aceitará ou não, se e somente se na concepção deste último, os juros cobrados forem menores ou iguais àqueles definidos pelo tomador a partir da avaliação de seu nível de solvibilidade.

Por seu turno, para determinar a probabilidade da pessoa tomadora de empréstimo ficar inadimplente, “o Banco deve ter alguma crença inicial sobre a probabilidade de o nível da solvibilidade dela adotar qualquer valor dado.” (BIERMAN; FERNANDEZ, 2011, p. 360). Por isso, para definir a solvibilidade, a instituição financeira deverá definir um intervalo entre o mínimo e o máximo de taxa de juros a ser cobrada, condicionada a aceitação da taxa de juros do banco equivalente ao ponto médio do intervalo, mediante exigência, pelo banco, de demonstrações mais precisas da renda para a concessão do empréstimo. A taxa de juros será menor se maior for a demonstração de que a renda do tomador não sofrerá variações para menos e será maior a taxa de juros se as demonstrações apontarem para uma queda futura na renda do tomador do empréstimo.

Apesar de no empréstimo com seleção adversa em um banco monopolista a taxa de juros tender sempre a ser mais alta tendo em vista ser maior o risco do crédito, o lucro esperado pela instituição financeira é baixo, “em razão da alta probabilidade de inadimplência” (BIERMAN; FERNANDEZ, 2011, p. 361).

Vencida essa questão, resta analisar o empréstimo em um ambiente de seleção adversa, acrescido da competição bancária de Bertrand⁴⁸. Trata-se da situação em que há mais

⁴⁸ O modelo de oligopólio de Joseph Bertrand parte da premissa de que “as empresas no mundo real normalmente escolhem seus próprios *preços* e os consumidores determinam as vendas das empresas.” (BIERMAN; FERNANDEZ, 2011, p. 41). “Um modelo alternativo de oligopólio, o Jogo de Bertrand, considera que as empresas

de um tomador de empréstimos e mais de uma instituição financeira oferecendo seus empréstimos.

Considere-se que todos os bancos sejam idênticos e atuem de forma idêntica e que os tomadores de empréstimo possuem diversos níveis de solvibilidade e, por isso, ofereçam diversos graus de risco de crédito.

Cada tomador sabe qual é o seu próprio nível de solvibilidade e age independentemente dos outros.

Sabe-se que um tomador somente “tomará dinheiro emprestado de um banco se, e somente se, puder obter uma taxa de juros igual ou menor” (BIERMAN; FERNANDEZ, 2011, p. 361) o percentual por ele próprio definido segundo seu nível de solvibilidade. Tendo uma renda fixa o nível de solvibilidade será mais preciso. Tendo uma renda variável, o nível de solvibilidade será mais incerto, possuindo a instituição financeira menor grau de certeza quanto ao pagamento das prestações assumidas pelo tomador de empréstimo. Contudo, em quaisquer das hipóteses, quando o tomador decidir por tomar dinheiro emprestado, ele escolherá o banco que oferecer a menor taxa de juros.

Conforme já destacado, *bancos* “são intermediários financeiros. Isso significa que os fundos que emprestam às empresas pertencem a depositantes, aos quais os bancos pagam juros.” (BIERMAN; FERNANDEZ, 2011, p. 362). Assim sendo, o mercado bancário consiste em dois submercados inter-relacionados: o mercado de depósitos e o de empréstimos.

Desconsiderados outros fatores, suponha-se que: os bancos emprestem todo o capital obtido de seus depositantes; “em razão da presença de seleção adversa, a probabilidade de qualquer tomador de empréstimo ficar inadimplente depende dos tipos de tomador que aceitam o empréstimo que, por sua vez, dependem da taxa de juros que o banco cobra” (BIERMAN; FERNANDEZ, 2011, p. 362).

Sob referido contexto, torna-se necessário definir: a renda de juros por \$1,00 emprestado, vezes a probabilidade de pagamento do empréstimo; o prejuízo por \$1,00 de empréstimo que resulta quando o tomador não paga vezes a probabilidade de inadimplência; os juros pagos ao depositante por \$1,00 emprestado; o número de depositantes potenciais e os respectivos valores que possuem à disposição para depositar em cada um dos bancos concorrentes; a taxa de juros de reserva que cada depositante aceitará para depositar fundos em

estabelecem seus preços simultaneamente e produzem o que os consumidores demandarem, restringidos, talvez, pela capacidade de produção. Em um duopólio de Bertrand sem nenhuma restrição de capacidade, ambas as empresas ficarão com o lucro zero no equilíbrio”. (BIERMAN; FERNANDEZ, 2011, p. 41).

um dos bancos, variável de acordo com as diferentes oportunidades alternativas de investimento, agindo independentemente dos demais⁴⁹.

O jogo segue a seguinte sequência: a natureza das operações de depósito e empréstimos é que se movem em primeiro lugar, exigindo-se que se estabeleça uma média para a taxa de juros de reserva a cada depositante e um nível de solvibilidade para cada tomador de empréstimo; posteriormente, as instituições financeiras entram em competição e anunciam simultaneamente uma taxa de juros aplicada a depósitos e uma taxa de juros aplicada a empréstimos; em seguida, os aplicadores e os tomadores de empréstimos se oferecem, simultaneamente, para fazer os depósitos e os empréstimos. Por fim, cada banco decide simultaneamente quantos pedidos de empréstimo e quantos depósitos aceitará. (BIERMAN; FERNANDEZ, 2011, p. 362-363).

Toda essa conjuntura exige que as instituições financeiras busquem sempre um equilíbrio: entre as taxas de juros cobradas pelos empréstimos e a remuneração oferecida aos depositantes pelos seus concorrentes, pois se oferecer condições menos favoráveis, favorecerão o fluxo de seus potenciais depositantes e tomadores de empréstimos para os seus concorrentes; entre o número de depositantes que possui e a remuneração paga a eles e o número de tomadores de empréstimos de que possui, a taxa de juros paga por cada um deles e o nível de inadimplência, sendo que se este último for alto poderá prejudicar o pagamento e até mesmo a restituição do capital investido pelos depositantes; havendo escassez de depósitos, a oferta de empréstimos tenderá a diminuir e, por consequência, as instituições financeiras tenderão a elevar suas taxas de juros, haja vista a necessidade de racionamento do crédito.

Conforme dito, quando a demanda por empréstimos supera a oferta,

O resultado é um equilíbrio competitivo no qual há um racionamento de crédito. Se não houvesse nenhuma seleção adversa no mercado de empréstimos e se houvesse excesso de demanda para empréstimos à taxa de juros corrente para empréstimos, todo banco teria um incentivo óbvio para elevar suas taxas de juros aplicadas a empréstimos. Se o banco estivesse recebendo mais renda advinda de seus empréstimos, poderia oferecer uma taxa de juros mais alta a seus depositantes, o que resultaria em mais fundos para o banco emprestar. Porém, observe o que acontece em nosso mercado bancário hipotético. Acima de certa taxa de juros, à medida que um banco eleva sua taxa de juros aplicada a empréstimos, atrai o tipo 'errado' de

⁴⁹ “Assim como as empresas, cada depositante tem uma taxa de juros de reserva. Essa taxa é a *mais baixa* que o depositante aceitará para depositar fundos em um banco. As taxas de juros de reserva dos depositantes são diferentes em parte porque eles encontram diferentes oportunidades alternativas de investimento e vários horizontes de investimentos. Um depositante achará atraente um CDB (Certificado de Depósito Bancário) de 30 dias que pague 7% enquanto outro não. Essas taxas de juros de reserva são uniformemente distribuídas entre 0% e 20% e essa distribuição é de conhecimento comum. Isto é, um depositante aceitará uma taxa de juros de 0,2% ou menos, dois depositantes aceitarão uma taxa de juros de 0,4% ou menos, 20 depositantes aceitarão uma taxa de juros de 4% ou menos e assim por diante. Cada depositante sabe qual é a sua taxa de juros de reserva e age independentemente dos demais. Se os dois bancos oferecem a mesma taxa de juros aos depósitos, todo depositante interessado deposita \$500 em um banco e \$500 no outro.” (BIERMAN; FERNANDEZ, 2011, p. 362).

tomadores de empréstimo – os que têm maior probabilidade de inadimplência. Se a taxa de inadimplência subir mais rapidamente do que sua taxa de juros, para alcançar o ponto de equilíbrio o banco terá de voltar atrás e reduzir a taxa de juros que paga para os depósitos. Entretanto, tal redução fará seus depósitos encolherem. O resultado é que o banco perceberá que não pode aumentar seu volume de empréstimos e tem de racionar clientes com base em alguns critérios não atrelados ao preço. (BIERMAN; FERNANDEZ, 2011, p. 364-365).

Assim, é possível concluir que:

1º) quanto maior o número de depositantes, maior tenderá a ser os empréstimos oferecidos pelos bancos e, nesse contexto, quanto menor o número de tomadores, menores serão as taxas de juros, em razão do excesso de oferta;

2º) quanto menor o número de depósitos bancários, menor será a oferta de empréstimos e maiores tenderão a ser as taxas de juros dos empréstimos, contudo, isso é um fator negativo para os bancos, pois taxas de juros maiores tendem a atrair tomadores de empréstimos com menor solvibilidade, o que pode aumentar os níveis de inadimplência, gerando a redução da capacidade do banco remunerar os depósitos mantidos por seus depositantes;

3º) com taxas de juros de empréstimos mais altos em razão da escassez de depositantes, para evitar altos índices de inadimplência e prejudicar a remuneração dos depósitos, os bancos que não puderem aumentar seus volumes de empréstimos deverão racionar clientes com base em critérios não atrelados ao preço (como exigindo-se mais garantias reais ou pessoais, optando por tomadores de empréstimos que tenham renda fixa e garantida, etc).

Diante dessa complexidade, a modificação ou revisão de contratos analisada no presente estudo deve considerar toda essa conjuntura, pois qualquer alteração das bases de um contrato de empréstimo ou depósito bancários poderá impactar não só no equilíbrio planejado pelas instituições financeiras entre as remunerações dos depósitos e o recebimento dos lucros advindos das taxas de juros dos empréstimos, como também em todo o sistema financeiro, considerando o impacto coletivo das decisões individuais que modificam ou revisam contratos de empréstimos bancários tratados.

Na interpretação do art. 6º, V, CDC/90, portanto, deve-se estar atento às variáveis que influenciam diretamente no comportamento por firmar empréstimos bancários, quais sejam:

1) a instituição financeira imporá condições contratuais que desestimulem a inadimplência, fazendo com que o tomador de empréstimo veja a mora como um mau resultado e priorize o pagamento das prestações;

2) na oferta de empréstimos bancários pode ser permitida a barganha ou não: sem barganha, o consumidor terá apenas uma opção consistente em aderir ou não à taxa de juros e, com barganha, terá a opção de oferecer sua proposta de taxa de juros, implicando para a instituição financeira aferir/prever (por indução retroativa), em contraproposta, a menor taxa de juros que o consumidor se dispõe a pagar até que adira ao contrato (a instituição financeira buscará taxas de juros mais altas, enquanto o consumidor, taxas mais baixas);

3) a barganha do preço (sem impaciência ou com impaciência) impõe custos aos contratantes, impondo que os custos da demora agilizem ou inviabilizem a contratação (com divisão do excedente);

4) em um ambiente de seleção adversa e de racionamento do crédito, a instituição financeira é levada a definir a quais tomadores emprestará dinheiro a juros mais baixos (tomadores com risco de crédito mais baixo), a quais se emprestará a juros mais altos (tomadores com risco de crédito mais alto) e a quem não se emprestará em hipótese alguma (tomadores sem crédito);

5) a diferenciação dos perfis de tomadores de empréstimo é relevante para evitar que a instituição financeira tenha somente tomadores que ofereçam maior risco;

6) a definição do grau de solvibilidade do tomador de empréstimo se faz mediante exigência de prévia comprovação de renda, a partir da qual a instituição financeira avaliará as condições da contratação e a taxa de juros a ser cobrada;

7) as instituições financeiras tendem a buscar sempre um equilíbrio quando há concorrência entre elas quanto à remuneração que pagam aos seus depositantes e a taxa de juros que cobram dos tomadores de empréstimos, de modo a oferecer condições mais atrativas que seus concorrentes, pois a redução de depositantes ou de tomadores de empréstimos lhe causa prejuízos em razão do desequilíbrio da oferta e da demanda.

4.2.1.3 A teoria dos jogos e o dilema do prisioneiro nos contratos de mútuo bancário ao consumidor

A teoria dos jogos analisa a interação estratégica entre os indivíduos, o modo como eles tomam decisões e o seu comportamento diante do outro. No contrato de empréstimo bancário ao consumidor a teoria dos jogos proporciona a avaliação da interação estratégica entre a instituição financeira e consumidor, visando identificar os propósitos do comportamento de cada um deles e as implicações de suas decisões para o outro, frente à possibilidade de

modificação ou revisão posterior do contrato após a sua celebração nos termos do art. 6º, V, CDC/90.

Essa “interação estratégica pode envolver muitos jogadores e muitas estratégias” (VARIAN, 2003, p. 535), sendo o jogo representado por uma matriz de ganhos. A matriz de ganhos é a representação da forma como os jogadores tomam decisões e o resultado dessas decisões que podem gerar perdas ou ganhos.

Justifica-se o enfoque dado ao dilema do prisioneiro porque referido jogo aplica-se às situações em que os jogadores tendem a atuar de forma não cooperativa, como no caso dos empréstimos bancários ao consumidor em que a instituição financeira busca maximizar os seus lucros cobrando juros mais altos, enquanto o consumidor busca fazer o contrário. Morton David Davis, após uma série de experimentos sobre o dilema do prisioneiro concluiu que: “revelou-se marcada e coerente tendência para jogar de forma não cooperativa. Jogar de forma não cooperativa é compreensível em disputas do tipo “dilema do prisioneiro”, onde isso tem óbvias vantagens, pelo menos a curto prazo”. (DAVIS, 1973, p. 125).

Nos contratos de mútuo bancário, objeto do presente estudo, há dois sujeitos: de um lado a instituição financeira que está em constante relacionamento com os consumidores (depositantes de um lado e os financiados do outro) e que tem no dinheiro o objeto principal de sua atividade e nos juros a sua remuneração; e, de outro, os consumidores de crédito, carecedores de recursos financeiros para satisfazer todos os seus desejos de consumo, que se dispõe de remunerar com juros a instituição financeira para que seja adiantado numerário suficiente para abreviar o acesso aos bens por eles desejados.

No jogo entre a instituição financeira e o consumidor voltado para a celebração de um contrato de mútuo bancário, a interação estratégica tem por base as decisões que devem ser tomadas para o aumento ou diminuição dos juros e do risco de inadimplemento, com atenção ainda na variável da possibilidade de se modificar ou revisar o contrato judicialmente (art. 6º, V, CDC/90). Ou seja, se depois de tomadas todas as decisões a partir de uma interação estratégica quanto aos juros e aos riscos do inadimplemento, o contrato ainda poderá ser alterado se resultar em prestações desproporcionais ou excessivamente onerosas.

Em princípio, a escolha ótima para todos os jogadores será a celebração do empréstimo, com o recebimento dos juros pretendidos pela instituição financeira e com o adiantamento financeiro (dinheiro emprestado) dado ao consumidor, mediante contraprestação caracterizada pela devolução a prazo do valor emprestado mais os juros de que se dispõe a pagar o consumidor. Na matriz de ganhos, o consumidor tem a opção de aderir aos juros cobrados ou propor a sua redução; a instituição financeira tem a opção de emprestar a juros mais altos ou

aceitar a proposta de redução dos juros pelo consumidor, desde que não implique em aumento significativo do risco, pois conforme visto neste estudo, o aumento do risco do inadimplemento implica na decisão estratégica de a instituição financeira exigir mais garantias de pagamento. Cada um dos jogadores possui uma estratégia dominante⁵⁰, sendo para o consumidor o máximo de juros de que se dispõe a pagar, enquanto para a instituição financeira o mínimo de juros que aceita receber para emprestar o dinheiro.

Porém, a possibilidade de modificação ou revisão do contrato de empréstimo nos termos do art. 6º, V, CDC/90 gera um aumento do risco⁵¹ do inadimplemento e, com isso, o mínimo de juros e encargos de que se dispõe a instituição financeira a receber pode ser diminuído se sobrevier à aplicação do mencionado dispositivo legal.

Havendo informações precisas e claras por parte do intérprete do Direito a respeito dos fatores que podem gerar a posterior modificação do contrato com base no art. 6º, CDC/90, haverá condições de se alcançar um equilíbrio, pois os contratantes poderão estipular cláusulas contratuais que não justifiquem futura modificação ou revisão. Porém, se a interpretação do art. 6º, V, CDC/90 for imprecisa e obscura, surgirá mais uma estratégia dominante para a instituição financeira que é a cobrança de juros mais altos pretendendo reduzir os riscos do empréstimo (pois não se sabe quais os limites máximos serão modificados ou revistos) e para o consumidor, que será aceitar um patamar maior de juros de que se dispunha a pagar, pois está informado de que mesmo após aderir ao contrato, poderá modificar ou revisar as decisões do jogo, buscando impor ao seu adversário uma situação mais desfavorável a ele, consistente na diminuição da remuneração pelo capital emprestado.

A atração de consumidores com menor capacidade de pagamento e que assumam mais riscos (probabilidade de inadimplemento das prestações) já foi tratado anteriormente quando se destacou que a cobrança de juros mais altos pode gerar a atração de consumidores

⁵⁰ A respeito da definição de estratégia dominante: “De que forma podemos decidir qual a melhor estratégia para participar de um jogo? De que maneira podemos determinar o final mais provável de um jogo? Necessitamos de algo que nos ajude a determinar de que modo o comportamento racional de cada jogador levará a uma solução de equilíbrio. Algumas estratégias podem ser bem-sucedidas se os concorrentes fizerem determinadas opções, mas serão malsucedidas se eles fizerem escolhas diferentes. Outras estratégias, entretanto, poderão ser bem-sucedidas quaisquer que sejam as atitudes dos participantes. Iniciaremos apresentando o conceito de estratégia dominante – *aquela que é ótima independentemente do que o oponente possa vir a fazer.*” (PINDYCK; RUBINFELD, 2010, p. 428-grifo dos autores).

⁵¹ Irving Fisher ao explicar as causas fundamentais que determinam a taxa de juros explica que o risco também gera influência sobre ela, de modo que: “A renda futura está sempre sujeita a alguma incerteza e esta incerteza deve, naturalmente, ter uma influência sobre a taxa de preferência temporal, ou grau de impaciência, de seu possuidor. [...] Portanto, a influência do risco sobre a preferência temporal significa a influência de incertezas na renda antecipada de um indivíduo, a partir de sua avaliação relativa dos incrementos de renda presentes e futuros, sendo ambos certos.” (FISHER, 1988, p. 59-60).

não desejados pela instituição financeira, ou seja, àqueles que ofereçam maior risco de inadimplência.

Por isso é que se busca neste tópico abordar a aplicação do dilema do prisioneiro, tipo de jogo que poderá elucidar uma vez mais o impacto da variável relacionada ao art. 6º, V, CDC/90.

Relativamente à teoria dos jogos Robert Cooter e Thomas Ulen destacam:

O direito frequentemente se defronta com situações em que há poucos tomadores de decisões e em que a ação ótima a ser executada por uma pessoa depende do que outro agente econômico escolher. Essas situações são como jogos, pois as pessoas precisam decidir por uma estratégia. Uma estratégia é um plano de ação que responde às reações de outras pessoas. A teoria dos jogos lida com qualquer situação em que a estratégia seja importante. Consequentemente, a teoria dos jogos aumentará nossa compreensão de algumas regras e instituições jurídicas [...] Para caracterizar um jogo, temos que especificar três coisas: 1. os jogadores, 2. as estratégias de cada jogador e 3. Os payoffs [ganhos ou retornos] de cada jogador para cada estratégia. (COOTER; ULEN, 2010, p. 58).

Os autores continuam abordando o tema da teoria dos jogos a partir do famoso exemplo decorrente de uma história contada por Tucker, em 1950, denominada de “dilema do prisioneiro”, que correlaciona duas pessoas conspiradas para a prática de um mesmo crime, a prisão realizada pela polícia e sua dificuldade em conseguir provas e os mecanismos que podem ser adotados diante das estratégias de cada jogador em ficar calado ou confessar o crime e os ganhos e retornos de cada atitude. Concluem eles:

A solução para este jogo, a confissão por parte de ambos os suspeitos, é um equilíbrio: não há razão para qualquer um dos dois jogadores mudar sua estratégia. Há um conceito famoso na teoria dos jogos que caracteriza esse equilíbrio – um *equilíbrio de Nash*. Nesse tipo de equilíbrio, nenhum jogador individualmente pode se sair melhor mudando seu comportamento desde que os outros jogadores não mudem os deles. (COOTER; ULEN, 2010, p. 58).

Conforme já discorrido, o mencionado equilíbrio de Nash ocorre quando as estratégias dominantes de cada jogador alcançar uma escala ótima que eles cheguem a um consenso e tomem a decisão, levando em consideração que as escolhas ótimas de cada um deles dependem também da escolha do outro.

Dessa forma, o equilíbrio de Nash é constituído por um par de estratégias (no presente caso, a estratégia da instituição financeira e a estratégia do consumidor). Tem-se o equilíbrio de Nash quando nenhum dos jogadores pretenderem mudar seu próprio comportamento na hipótese em que o par de expectativas sobre as escolhas do outro jogador for ótima na visão de cada um deles, inclusive após serem reveladas as escolhas.

Hal Ronald Varian aponta que um dos problemas do equilíbrio de Nash de um jogo “é que ele não conduz necessariamente a resultados eficientes no sentido de Pareto” (VARIAN, 2003, p. 539)⁵². Em seguida, referido autor propõe a solução a partir do jogo denominado dilema do prisioneiro justificando que “o dilema do prisioneiro aplica-se a um amplo espectro de fenômenos econômicos e políticos” (VARIAN, 2003, p. 540).

Sobre referido dilema do prisioneiro Morton David Davis esclarece que

Muitos experimentos levados a efeito em torno do “dilema do prisioneiro” partilham um propósito comum: determinar sob que condições os jogadores cooperam. Dentre as variáveis significativas para determinar como se comportará um jogador, colocam-se a extensão das vantagens, a maneira como joga o adversário, a possibilidade de comunicação e a personalidade dos jogadores. (DAVIS, 1973, p. 121).

Tendo em vista as circunstâncias delineadas e considerando a perspectiva de que o dilema do prisioneiro exige a definição dos jogadores, das estratégias dos jogadores e dos *payoffs*, nos contratos de mútuo bancário, deve ser considerado que:

1) os jogadores são: o consumidor de crédito e o fornecedor de crédito (instituições financeiras);

2) As estratégias de cada jogador são: das instituições financeiras, obter mais dinheiro advindo dos juros na concessão do crédito (maior remuneração); do consumidor de crédito, obter o bem da vida pretendido de imediato, com a obtenção de dinheiro do banco e o pagamento mínimo de juros e encargos (menor custo); e

3) Os *payoffs* (ganhos ou retornos) estão relacionados aos ganhos:

a) das instituições financeiras (juros = mais lucros decorrentes da atividade econômica desenvolvida); e

b) do consumidor de crédito (abreviar o tempo esperado por acesso imediato ao bem da vida adquirido ou a regularização de um fato jurídico com o dinheiro emprestado, com o mínimo de custo e sacrifício = pagamento de menor remuneração).

⁵² A eficiência ou ótimo de Pareto define um estado de alocação de recursos em que é impossível realocá-los sem que a situação do outro participante seja melhorada ou piorada. Nesse sentido, Vilfredo Pareto afirma que: “Se todas as quantidades de bens, dos quais dispõe um indivíduo, aumentam (ou diminuem), veremos em breve que, à exceção de um caso do qual falaremos mais adiante, a nova posição será mais vantajosa (ou menos vantajosa) do que a antiga para o indivíduo considerado; de tal maneira que, nesse caso, não existe nenhum problema a resolver. Mas se, pelo contrário, certas quantidades aumentam enquanto outras diminuem, é o caso de pesquisar se a nova combinação é, ou não, vantajosa ao indivíduo. É a essa categoria que pertencem os problemas econômicos. Vemo-los nascer, na realidade, por ocasião da produção, em que certas coisas se transformam em certas outras. [...] Os elementos que devemos combinar são, de uma parte, os gostos do homem, de outra, os obstáculos para satisfazê-los”. (PARETO, 1988, p. 82). Em outros termos, a eficiência de Pareto pode ser assim definida: “se pudermos encontrar uma forma de melhorar a situação de uma pessoa sem piorar a de nenhuma outra, teremos uma **melhoria de Pareto**. Se uma alocação permite uma melhoria de Pareto, diz-se que ela é **ineficiente no sentido de Pareto**, se a alocação não permitir nenhuma melhoria de Pareto, então ela é **eficiente no sentido de Pareto**.” (VARIAN, 2003, p. 15-grifos do autor).

A instituição financeira atingirá seu objetivo se conseguir cobrar mais juros, taxas e encargos do consumidor com um mínimo de regulação estatal (fator exógeno do jogo). Por outro lado, o consumidor atingirá seu objetivo se conseguir obter o bem da vida pretendido (um veículo automotor, por exemplo) com a utilização do dinheiro emprestado mediante pagamento menor da remuneração (juros).

Vigem para as instituições financeiras as restrições relacionadas à abusividade e excessiva onerosidade caracterizadas pelos comportamentos relacionados no CDC/90, especificamente no rol dos artigos 39 e 51, que, se não observados, facultarão ao consumidor a modificação ou a revisão dos contratos (art. 6º, V, CDC/90).

Contudo, apesar de essas restrições buscarem atingir a igualdade real na desproporcional relação entre as instituições financeiras e os consumidores de crédito, a existência de tais restrições pode estimular o consumidor a ver como irrelevante o custo da contratação frente a seu desejo maior de obter o bem da vida de imediato ou regularizar uma situação decorrente de um fato jurídico, pois, ser-lhe-á conferida a possibilidade de questionar os juros e encargos contratados.

Por isso, as limitações do abuso da assimetria de informações⁵³ por parte das instituições financeiras devem ser interpretadas restritivamente, de modo a possibilitar a revisão ou modificação dos contratos de empréstimos de dinheiro sob fundamento da excessiva onerosidade ou da abusividade por critérios certos, precisos, fechados e cientificamente justificáveis, porque se incertos, imprecisos e abertos permitiria a livre modificação ou revisão de contratos ao mero talante do intérprete julgador.

Por consequência, a utilização do mecanismo científico da análise econômica do direito (AED) calcado na teoria dos jogos e, em específico, no dilema do prisioneiro para coibir comportamento não colaborativo⁵⁴ pode tornar mais eficiente a concessão de crédito e, por

⁵³ Assimetria de informações ou informações assimétricas é um conceito econômico que indica a situação em que consumidores e fornecedores não possuem a mesma completude de informações a respeito das variáveis econômicas relevantes para as escolhas com que se defrontam. Em outras palavras, informações assimétricas ocorrem “quando algumas partes possuem mais informações do que as outras” (PINDYCK; RUBINFELD, 2010, p. 549). Ainda sobre informações assimétricas: “Eu sei que você não sabe”. Essa provocação é comum entre crianças, mas também traduz uma verdade profunda sobre como as pessoas interagem umas com as outras em algumas situações. Em muitas situações da vida, uma pessoa sabe mais do que outra sobre o que está acontecendo. Uma diferença de acesso a conhecimento relevante é chamada *informação assimétrica*.” (MANKIWI, 2014, p. 442).

⁵⁴ “Existem dois tipos de jogos: os não cooperativos são aqueles em que os jogadores não podem, antes de começar a jogar, estabelecer regras obrigatórias a serem cumpridas; os cooperativos são aqueles em que é permitido o estabelecimento de regras obrigatórias. Portanto, o termo *não cooperativo* (em jogo *não cooperativo*) refere-se as regras básicas do jogo, não o resultado” (WESSELS, 2010, p. 350).

consequência, impactar na redução do custo do crédito que é repassado à coletividade de consumidores no Brasil.

Diante da abordagem relacionada aos mútuos bancários e por serem contratos bilaterais, as vontades dos contratantes são antagônicas, cabendo à AED estimular a cooperação entre os *players* (instituições financeiras e consumidores de crédito).

Segundo Ejan Mackaay e Stéphane Rousseau:

Os jogos de cooperação se parecem com o que viemos examinando no sentido de ser a cooperação vantajosa e preferível à recusa dos jogadores de cooperar. Diferem pela existência de um elemento estratégico – se um dos jogadores adotar uma posição cooperativa, o outro, sabendo disso, tem interesse em enganar (não cooperar) o que gera um retorno (*pay off*) maior do que se cooperar. Por isso, se os dois jogadores escolherem enganar o outro, os ganhos da cooperação evaporam. Nos jogos de cooperação, a dimensão estratégica é essencial. (MACKAAY; ROUSSEAU, 2015, p. 52-53).

A não-cooperação é “toda ação que gera um benefício individual em detrimento do benefício de todo o grupo [...]. Tornando-se generalizada, vai ocasionar a dissolução do grupo, eliminando as vantagens que este até então trouxera aos participantes.” (WESSELS, 2010, p. 350). Por seu turno, na cooperação “o jogo deve ser uma interação de soma positiva, isto é, os membros do grupo cooperando entre si têm de produzir mais estando juntos do que se estivessem separados. Desde que a soma do que for produzido pelo grupo exceder a soma dos pontos limites, o grupo permanece estável.” (WESSELS, 2010, p. 350).

O dilema do prisioneiro parte do pressuposto de que os jogadores tenham uma tendência a não cooperarem entre si e é por isso que se devem estabelecer balizas para estimular o comportamento cooperativo. Nesse sentido,

Esse tipo de jogo sugere que a não cooperação ocorre com mais frequência quando for difícil punir aqueles que não agem de modo cooperativo. Existem basicamente, dois métodos que podem forçar o comportamento cooperativo: um deles é o estabelecimento de um acordo que penaliza as pessoas que não cooperam; o outro é a repetição do jogo, pois tal repetição permite que os jogadores punam aqueles que não cooperaram anteriormente. (WESSELS, 2010, p. 350).

Sobre a solução da falta de reciprocidade nos jogos cooperativos, Ejan Mackaay e Stéphane Rousseau destacam:

Uma primeira possibilidade é permitir que os prisioneiros se comuniquem, se *concertem*. Nos jogos organizados em laboratórios a comunicação entre jogadores parece, efetivamente, aumentar a incidência de comportamentos cooperativos. O comportamento cooperativo pode, também, resultar de um *contrato*, no qual as partes se envolvam e que cada um pode fazer respeitar. As perdas e os danos ou outras penalidades a serem pagas por quem não respeite o contrato – quem escolhe, em outras palavras, a estratégia não cooperativa D – produzem o efeito de diminuir ou até eliminar os ganhos auferidos com o “engano”. [...] O comportamento cooperativo, em situações de dilema do prisioneiro, é possível se pudermos penalizar. Isso pressupõe

instituições que deem credibilidade às sanções. Por isso se conclui que é preciso força estatal, pública, ou, de outra forma, que o contrato não será viável sem a presença de um Estado? A conclusão é prematura.

Na prática, observam-se comportamentos cooperativos sem que haja, nem mesmo, comunicação entre os jogadores, **ou um Estado para sancionar acordos não respeitados**, quando os jogadores confiam um no outro, quando há entre eles vínculos de amizade ou de parentesco, ou, ainda, quando sejam *solidários* um em face do outro, obedeça a um *código de honra* comum. (MACKAAY; ROUSSEAU, 2015, p. 59-60-grifos dos autores).

No caso dos contratos de mútuo bancário, por serem os interesses antagônicos (de um lado o consumidor objetivando pagar uma menor remuneração pelo capital emprestado e, de outro a instituição financeira com a pretensão de obter mais lucro com taxas de juros mais altas), é preciso que haja referenciais jurídicos a fim de que a cooperação se estabeleça. Mencionados referenciais são a lei, a interpretação dada à lei e as cláusulas contratuais.

As cláusulas contratuais devem estar em conformidade com a lei e com o significado dado à lei pelo intérprete e devem estabelecer regras de reciprocidade para que se efetive a cooperação (por exemplo, as cláusulas que punem o inadimplemento). Conforme destacado, essas regras de reciprocidade que caracterizam o contrato são também estudadas pelo jogo denominado dilema do prisioneiro.

Portanto, a reciprocidade se efetiva, primeiramente, se as cláusulas contratuais forem cumpridas e contiverem sanção proporcional ao item das obrigações recíprocas estabelecidas. Por sua vez, a revisão ou modificação de contratos deve ocorrer somente se suas cláusulas estiverem em desacordo com os parâmetros prévios impostos pelo Estado via lei e jurisprudência, se a lei assim autorizar. Vale destacar, ainda, que os parâmetros fixados pelo Estado devem ser claros, compreensíveis e fechados (ou ao menos delimitados pelo estímulo ao comportamento cooperativo), pois a ambiguidade ou a abertura de expressões legislativas podem favorecer interpretações dúbias que justificariam a revisão ou modificação de contratos com quebra da reciprocidade que efetiva a cooperação e, por consequência, gerar comportamentos não cooperativos.

Desse modo, no caso em análise, a interpretação das limitações contratuais impostas pelo CDC/90 deve ser realizada de forma restritiva, favorecendo a prevalência do contrato com eventual afastamento da pretensão pela sua modificação ou revisão.

4.2.1.4 *A ação de contratar orientada por comportamentos honestos ou por comportamentos oportunistas*

A tomada da decisão nos contratos permite duas formas de atuação, honestamente ou oportunisticamente:

Em abstracto, pode admitir-se que haja uma equiprobabilidade de a contraparte agir, seja “honestamente”, colaborando na produção do objectivo pretendido com o investimento inicial, seja “oportunisticamente”, apropriando-se do bem-estar gerado pelo investimento inicial sem nada oferecer em contrapartida, tirando partido da eventual irreversibilidade atempada desse investimento inicial (a contraparte faz um “hodup”, “toma de assalto” esse investimento “refém”. Se agir “honestamente”, ambas as partes alcançarão um excedente de bem-estar, ficarão melhor do que estavam antes do contrato (a menos que ocorram perturbações exógenas), e o somatório desses excedentes, o bem-estar total, será em princípio maximizado, correspondendo a um critério de eficiência paretiana; se agir “oportunisticamente”, a contraparte fará perder, ao investidor inicial, parte do seu investimento, ou mesmo a totalidade – sem excluir que possa causar-lhe danos adicionais – e com elevada probabilidade de tais perdas, levará a uma decisão inicial de não-investimento, o somatório de ganhos e perdas resultantes do oportunismo nunca excederá o bem-estar total correspondente ao cumprimento honesto (podendo embora igualá-lo), mas com elevada probabilidade ficará aquém dele, deixando pois de preencher os requisitos da eficiência paretiana. (ARAÚJO, 2007, p. 49).

Essa relação entre honestidade e oportunismo fica evidenciada a partir da teoria do dilema do prisioneiro⁵⁵ já tratada neste trabalho e referenciada por Fernando Araújo nos seguintes termos:

[...] na ausência de conhecimento ou informação partilhada, na ausência de confiança informada de uma parte na outra ou de ambas num quadro disciplinador bilateralmente aceite, o “oportunismo” é a estratégia dominante – muito elementarmente porque promete à contraparte, com elevada probabilidade, a captura da totalidade do bem-estar em jugo, e não somente a fracção que resultaria da partilha “honesta” do bem-estar entre ambas as partes”. (ARAÚJO, 2007, p. 50).

Portanto, o comportamento oportunista e não desejado pelo Direito, porque avesso ao bem-estar social e à solidariedade (art. 3º, I a IV, CF/88), efetiva-se na ausência de informações partilhadas e na falta de incentivos à reciprocidade, bem como na interpretação extensiva que amplia, sem medida, a possibilidade de revisão ou de modificação dos contratos de consumo prevista no art. 6º, V, da Lei nº 8.078/90.

Em agindo assim, a norma servirá de incentivo ao descumprimento do contrato pelo consumidor por ser-lhe mais vantajoso, gerando para o fornecedor ônus financeiro não previsto, que, por lógica de mercado, socializará tais custos entre os demais consumidores (mercado), gerando, por consequência, uma externalidade negativa (ônus adicional aos futuros consumidores com custos mais altos (juros) na contratação de seus financiamentos)⁵⁶.

É o que ocorre no momento em que o consumidor deseja muito ter um bem ou serviço oferecido pelo fornecedor e, embora não tenha condições e não queira suportar o ônus

⁵⁵ Abordado em item específico do presente trabalho.

⁵⁶ O custo gerado pela revisão ou modificação de contratos nas ações individuais tende a ser transferido à coletividade de consumidores. O tema é objeto de análise no momento em que se aborda o teorema de Coase, ou a teoria dos custos de transação.

de seu custo, contrata um empréstimo com prestações fixas, depois buscando judicialmente a revisão do contrato alegando excessiva onerosidade ou abusividade.

Não tendo condições de pagar o preço por um produto ou serviço, o consumidor optará por realizar um financiamento, sendo que, nesse caso, o desejo de se obter o bem ou serviço imediatamente supera a lógica de se aguardar um período de tempo até que se reúna todos os recursos para aquisição à vista ou financie um valor menor e em prestações de custo mais baixo.

Dessa forma, o bem-estar imediato é o desejo do consumidor; se este estiver munido de oportunismo, se instaurará o seguinte dilema: contratar ou não o financiamento sem ter condições ou não pretendendo arcar com suas prestações (conduta oportunista) para satisfação de um bem-estar imediato (ter o bem ou serviço) que pode perpetuar no tempo, levando em consideração a garantia da norma (art. 6º, V, CDC/90) que assegura a modificação ou a revisão contratual em juízo por intermédio de parâmetro normativo aberto e sua aplicação também aberta pelo consumidor.

Sabendo da possibilidade de revisão ou modificação do contrato e consciente do alto preço do crédito praticado em um contrato de financiamento de bem ou serviço (concessão de crédito) no Brasil (MENDONÇA, 2013), ainda assim o consumidor que pratica conduta oportunista optará por contratar, aproveitando-se do protecionismo conferido pela lei, que viabiliza meios para se protelar o cumprimento de sua obrigação no momento em que buscar judicialmente a modificação ou revisão do contrato.

Por lógica, uma conduta honesta (arts. 113 e 422, CC/02, por exemplo) não é coerente com uma obrigação assumida de arcar com prestações que, apesar da prévia análise e aprovação de crédito, o consumidor não tem a intenção de pagar em sua integralidade (já que buscou a revisão judicial do mútuo bancário).

Se o consumidor assumiu o risco do contrato, também deve assumir seu respectivo ônus, isso em estrita atenção ao princípio da boa-fé objetiva, que orienta o comportamento dos contratantes e de seu dever de agir com lealdade e cooperação, de modo a não frustrar as legítimas expectativas daquele com quem se contrata (conduta cooperativa).

Ademais, quando mal interpretado, o disposto no art. 6º, V, CDC/90, causa grave injustiça, na medida em que altera o preço livremente entabulado entre o fornecedor e o consumidor, dando grande margem à autocontradição do consumidor, que aceita o preço para, em seguida, considerá-lo injusto e buscar sua redução. Sobre essa perspectiva Fernando Araújo assim destaca:

Será que podem excluir-se preços extremos, cingindo-se a análise de bem-estar aos “preços centrais” que se afigure assegurarem um equilíbrio mínimo entre os bem-estar das partes? A resposta é categoricamente negativa, não cabendo à Análise de Bem-Estar embrenhar-se em tais indagações de justiça substantiva. À Análise de Bem-estar basta a justiça procedimental ou adjectiva, ou seja a garantia de que o preço se formou livremente e dentro da “zona de negociação”, sem se violentar os limites das disposições negociais das partes. As partes não podem seriamente considerar um tal preço injusto, porque, por definição, só seria inaceitavelmente injusto um preço que extravasasse dos “reservation points”: a persistir essa convicção, restará à parte agravada rever a sua própria “disposição negocial”, única forma de passar a excluir esse preço; por outras palavras, não se admite a auto-contradição daquele que aceita um preço.... para de seguida considerá-lo injusto. (ARAÚJO, 2007, p. 54).

Se, por um lado, espera-se do fornecedor um comportamento honesto e orientado pelo cumprimento dos deveres anexos (informação, transparência, boa-fé objetiva etc.) e da não abusividade (práticas e cláusulas abusivas), por outro, o mesmo comportamento deve ser esperado do consumidor, sob pena de ferir a própria lógica da isonomia buscada pelo CDC/90.

Diante disso, não havendo nenhuma conduta oportunista do fornecedor ou do consumidor constante do instrumento contratual (arts. 6º, III; 8º; 12; 14; 30; 31 e 52, CDC/90), não há que se falar em vícios que girem em torno do preço livremente estabelecido entre as partes, porquanto admitir o contrário é permitir a proliferação de condutas oportunistas dos consumidores de autocontradição: contratam um empréstimo em dinheiro sabendo do valor das prestações pagas e, após, buscam a revisão daquilo que livremente firmaram.

Referida conduta onera os custos de transação por gerar uma perda financeira para o fornecedor, que resultará na externalidade negativa⁵⁷ de repasse aos demais consumidores dos custos decorrentes das perdas geradas pela revisão ou modificação judicial dos mútuos bancários adequados ao contexto do CDC/90.

Assim, a conduta honesta do fornecedor repercute na inexistência de vícios no mútuo bancário e de sua adequação ao CDC/90, tido como parâmetro para estabelecer o preço praticado no contrato a partir da definição dos custos de transação. Por outro lado, sua conduta desonesta enseja práticas e cláusulas abusivas segundo critérios claros e precisos definidos pelo legislador que deverão ser afastadas, mediante interpretação sistemática e teleológica, com base na estrutura teórica em análise, como fórmula para dar concreção às normas abstratas e aos conceitos indeterminados e aos princípios gerais do CDC/90.

⁵⁷ “Externalidade é, em síntese, a consequência que o ato de uma pessoa física ou jurídica provoca sobre os direitos de terceiros, naqueles casos em que não o agente, mas os terceiros afetados pelo ato em questão arcam com os custos advindos desta conduta ou auferem os ganhos dela decorrentes. Quando o ato praticado provoca um efeito negativo sobre os direitos de terceiros e estes efeitos negativos são custeados por eles, fala-se em externalidade negativa. Quando, ao contrário, o ato praticado provoca um efeito positivo sobre os direitos de terceiros e estes ganhos não são custeados por eles, verifica-se uma externalidade positiva.” (PIMENTA, 2016, p. 330-331).

Sob a perspectiva do consumidor, a decisão de aderir a um mútuo bancário pode basear-se em uma conduta honesta ou em uma conduta oportunista. Honesto será aquele comportamento premido da consciência das consequências da obrigação assumida e da vontade de cumpri-la, e oportunista aquele motivado pela mera satisfação de um desejo iminente e independente da possibilidade e da vontade de cumprir o contrato em seus devidos termos, não importando que o indivíduo tenha ou não condições de cumprir o pacto, sendo, portanto, inconsequente.

Nesse ponto, a conduta oportunista (ou desonesta) do consumidor gera a quebra da boa-fé objetiva e promove uma externalidade negativa, que, por isso, deve ser rechaçada pelo intérprete aplicador da lei.

Dessa forma, ao intérprete incumbe a tarefa de aplicar as normas do CDC/90, mediante a utilização do método proposto (acolhimento de condutas honestas e refutação a condutas oportunistas), privilegiando a conduta honesta dos sujeitos da relação de consumo, como forma de redução das externalidades negativas e dos custos de transação e, conseqüentemente, no estímulo à diminuição do preço praticado nos mútuos bancários.

No polo do fornecedor, deverá ele acolher condutas coerentes com as práticas comerciais e contratuais prudentes (honestas) e refutar aquelas abusivas, eivadas de vícios e que não respeitem os deveres anexos (oportunistas). Quanto ao consumidor, deverá ele respeitar a vontade livremente manifestada, executada e cumprida em um contrato com parâmetros claros, compreensíveis e sem práticas ou cláusulas abusivas (conduta honesta), e, por outro lado, reprovar condutas que nas mesmas condições anteriores sejam motivadas pela mera satisfação de um desejo iminente e independente da possibilidade e da vontade de cumprir o contrato em seus devidos termos e de ter ou não condições de cumprir o pacto (conduta desonesta/oportunista).

As condutas desonestas geram quebra da boa-fé objetiva, externalidade negativa e aumento dos custos de transação, repercutindo no repasse aos demais consumidores dos custos decorrentes das perdas geradas para o fornecedor ou para o consumidor, situação não desejada de acordo com a sistemática do CDC/90.

Ademais, se conduta desonesta for aquela que prevalecer em demandas judiciais que resultam na revisão ou modificação judicial dos mútuos bancários, gerará estímulo a novas condutas oportunistas em razão do reflexo pedagógico⁵⁸ exercido pela função jurisdicional e

⁵⁸ Segundo Celso Iocohama, Camila Bruno e José Duarte. Bergamaschi “considerando a liberdade de escolha do indivíduo mas a necessidade de se impor limites de convivência para um contexto social maior, demonstra-se importante verificar como as ações do juiz podem atender a esse fim educativo que o processo pode viabilizar,

sua repercussão para os mútuos bancários vigentes e que vigorarão após a decisão, criando um ambiente volátil (desprestígio à desejada segurança jurídica) às mais diversas atitudes do fornecedor e do consumidor, e dando margem a condições menos favoráveis (mais onerosas em razão do aumento dos custos de transação) àquele que efetivamente é vulnerável (o consumidor).

4.2.2 Condições de validade das cláusulas dos mútuos bancários ao consumidor e as cláusulas abusivas: avaliação da abusividade, da desproporcionalidade e da excessiva onerosidade

Segundo os propósitos do presente trabalho, classificam-se as condições de validade das cláusulas dos mútuos bancários nas relações de consumo em gerais, especiais e os deveres anexos.

Antes de abordar cada uma das condições especificadas, cumpre tecer considerações preliminares a respeito do conceito de cláusulas abusivas, tema diretamente ligado à caracterização de validade dos mútuos bancários nos termos do art. 51, CDC/90.

Cláudia Lima Marques, ao tratar das cláusulas abusivas nas relações de consumo, assim destaca:

“A abusividade da cláusula contratual é, portanto, o desequilíbrio ou descompasso de direitos e obrigações entre as partes, desequilíbrio de direitos e obrigações típicos àquele contrato específico; é a unilateralidade excessiva, é a previsão que impede a realização total do objetivo contratual, que frustra os interesses básicos das partes presentes naquele tipo de relação, é, igualmente, a autorização de atuação futura contrária à boa fé, arbitrária ou lesionária aos interesses do outro contratante, é a autorização de abuso no exercício da posição contratual preponderante. *machtposition*. A abusividade é assim, abstrata, potencial ou atual, porque ataca direitos essenciais àquele tipo de contrato, porque impõe excessivas ou surpreendentes obrigações, porque leva à lesão do co-contratante. [...] a estipulação de cláusulas abusivas é concomitante com a celebração dos contratos, mas a “descoberta”, a “identificação” de sua abusividade é geralmente posterior, é atividade do intérprete do contrato, do aplicador da lei, face aos reclamos daquele que, ao executar o contrato, verificou o abuso cometido. (MARQUES, 1999, p. 82).

valorizando-se o papel do julgador não apenas por fazer aplicar o Direito, mas também servir de instrumento para um fim pessoal e social como resultado das atitudes jurisdicionais. [...] Além disso, pode-se fazer um paralelo entre o aluno e o jurisdicionado. [...] O referido paralelo seria entre os sonhos e devaneios do aluno/parte e a atitude contrária à lei e aos princípios do jurisdicionado, pois se a educação tenta fazer com que o aluno crie uma forma de equilibrar suas vontades de acordo com os limites da razoabilidade, a jurisdição educativa pode sublimar as forças conflitantes da relação processual, impedindo que os desejos pessoais do jurisdicionado se sobreponham ao bem comum, criando para ele uma consciência das condutas essenciais a um convívio harmônico. [...] De fato, este conceito enquadra-se perfeitamente nos moldes da função jurisdicional, ela pode proporcionar ao indivíduo o respeito aos seus direitos, assegurando-lhe autonomia e liberdade, impondo àquele que desrespeitou um direito subjetivo o dever de reparar esta falta, e, com isto, proporciona-lhe a tomada de consciência da importância de sua conduta perante aos demais, criando laços sociais indispensáveis à vida em sociedade.” (2017, p. 20).

Por sua vez, Nelson Nery Júnior conceitua cláusula abusiva como “aquela notoriamente desfavorável à parte mais fraca na relação contratual, que no caso de nossa análise, é o consumidor final, aliás, por expressa definição do art. 4º, I, do CDC” (GRINOVER et al., 2011, p. 570).

A respeito dos conceitos abordados, conclui-se que a abusividade nos contratos de consumo deve ser caracterizada pelo abuso do fornecedor em sua posição contratual preponderante, impondo condições que inviabilizem por completo a realização do objeto contratado. Dito abuso permite ao intérprete aplicar nova fórmula mais favorável aos interesses do consumidor, de tal forma que restabeleça o equilíbrio econômico-financeiro da relação jurídica.

Diante da amplitude dos conceitos apresentados do que vêm a ser cláusulas abusivas e das próprias cláusulas abertas do CDC/90 que dão à abusividade caráter amplo e abstrato, necessário se faz deixar claro sob quais condições os parâmetros contratuais deverão ser afastados ou não, buscando conferir segurança jurídica aos indivíduos que elaboram os contratos com conhecimento suficiente e adequado das restrições legais, evitando que sejam surpreendidos com a consideração da abusividade de cláusulas livremente firmadas entre os contratantes, gerando um custo para o fornecedor e para os consumidores que poderia ser evitado se fosse conhecido.

A questão tem relação direta com a base teórica dos custos de transação já analisados em tópico anterior, restando reforçar que a alteração dos mútuos bancários deve, indispensavelmente, ter por fundamento, na revisão ou modificação de referidos instrumentos, sua análise também como fenômeno econômico e não só jurídico.

Vencida a etapa de análise do mútuo bancário como fenômeno econômico e orientada por ela, deve-se avançar para a análise do contrato como fenômeno jurídico e, como tais, são referenciais que devem conduzir a interpretação dos conceitos abertos (cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados⁵⁹) previstos no CDC/90.

⁵⁹ Para Antônio Menezes Cordeiro, o conceito jurídico indeterminado ocorre sempre que “um conceito não permita comunicações claras quanto ao seu conteúdo, por polissemia, vaguidade, ambigüidade, porosidade ou esvaziamento: polissemia quando tenha vários sentidos, vaguidade quando permita uma informação de extensão larga e compreensão escassa, ambigüidade quando possa reportar-se a mais de um dos elementos integrados na proposição onde o conceito se insira, porosidade quando ocorra uma evolução semântica com todo um percurso onde o sentido do termo se deva encontrar e esvaziamento quando falte qualquer sentido útil” (CORDEIRO, 1984, p. 1.177). Já a respeito das cláusulas gerais, Judith Martins-Costa destaca que constituem “uma disposição normativa que utiliza, no seu enunciado, uma linguagem de tessitura intencionalmente ‘aberta’, ‘fluida’ ou ‘vaga’, caracterizando-se pela ampla extensão do seu campo semântico, a qual é dirigida ao juiz de modo a conferir-lhe um mandato (ou competência) para que, à vista dos casos concretos, crie, complemente ou desenvolva normas jurídicas, mediante o reenvio para elementos cuja concretização pode estar fora do sistema; estes elementos, contudo, fundamentarão a decisão, motivo pelo qual, reiterados no tempo os fundamentos da

Portanto, serão objeto de abordagem as condições gerais e especiais de validade e os deveres anexos nos contratos de adesão.

Passa-se, então, a análise do contrato de mútuo bancário como fenômeno jurídico nas relações de consumo, sem perder de vista sua fenomenologia econômica.

4.2.2.1 Condições gerais de validade e deveres anexos nos contratos de adesão nas relações de consumo e teoria econômica do risco e seguro

Além das condições gerais de validade dos negócios jurídicos (art. 104, I a III, CC/02 – agente capaz, objeto lícito e possível, da forma prescrita ou não vedada por lei) e da inexistência de defeitos (erro ou ignorância, dolo, coação, estado de perigo, lesão e fraude contra credores, art. 138 ao 165, CC/02), não restando dúvidas quanto a sua aplicação e interpretação; como desdobramento do princípio da boa-fé objetiva, integram as condições gerais de validade dos contratos de adesão que devem ser analisados no momento da apuração da desproporcionalidade ou da excessiva onerosidade: os deveres jurídicos anexos ou de proteção (a) lealdade e confiança recíprocas; b) assistência; c) informação e d) sigilo ou confidencialidade.

Conforme destacam Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho:

[...] lealdade nada mais é do que fidelidade aos compromissos assumidos, com respeito aos princípios e regras que norteiam a honra e a probidade. [...] confiança, nesse sentido de crença na probidade moral de outrem [...] o Direito não pode ficar absolutamente indiferente à eventual frustração dessa confiança [...] o dever de assistência, também conhecido como dever de cooperação se refere à concepção de que, se o contrato é feito para ser cumprido, aos contratantes cabe colaborar para o correto adimplemento de sua prestação principal, em toda a sua extensão. [...] o dever de informação trata-se de uma imposição moral e jurídica a obrigação de comunicar à outra parte todas as características e circunstâncias do negócio e, bem assim, do bem jurídico, que é seu objeto [...] dever de sigilo ou confidencialidade é imperativo lógico da lealdade que deve ser observada entre os contratantes, resguardando direito da personalidade. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014a, p. 107-112).

Lealdade, confiança, assistência ou cooperação, e sigilo ou confidencialidade integram o conjunto de deveres anexos diretamente ligados ao padrão de comportamento definido para a instituição financeira que confere crédito a seu cliente no ato da contratação do mútuo bancário, e também delineiam o comportamento esperado do consumidor no ato da contratação e de sua execução.

decisão, será viabilizada a ressystematização destes elementos originariamente extra-sistemáticos no interior do ordenamento jurídico” (MARTINS-COSTA, 1999, p. 303).

Já o dever de informação é um balizador que busca regular e equalizar a assimetria informacional que vigora entre mutuante e mutuário⁶⁰. Se, por um lado, há o dever do fornecedor de prestar pertinentes informações, por outro, vigora o dever do consumidor de se informar antes de firmar o contrato.

Além do dever de informação, a lealdade e a confiança estão ligadas ao crédito que se pode dar à obrigação assumida por outrem e/ou ao seu comportamento.

Etimologicamente, a palavra crédito é derivada da expressão latina *creditum* ou *credere*, que designa confiar, emprestar dinheiro; enfim, um ato de fé e confiança do credor. (LANZA NETO, 2011, p. 61).

Crédito também está relacionado ao tempo e aos conceitos de serviço e de contrato:

Crédito é “tempo”, “tempo” que a pessoa “adquire” através de vários contratos oferecidos no mercado ao consumidor (pagamento a crédito ou em prestações de produtos e serviços; uso de cartões de crédito, do crédito rotativo ou do cheque especial; financiamento com cheques pré-datados; financiamento com “carnês” assegurados por notas promissórias; crédito consignado que é retirado pelo banco ou pela loja autorizada a cada mês quando vem o salário, aposentadoria ou pensão). Crédito é este “tempo” para poder pagar suas dívidas, pois a pessoa *recebe imediatamente a quantia em dinheiro que necessita para o consumo e a devolve em parcelas, com juros e taxas acrescidas, no passar de alguns meses (ou mesmo anos)*. Crédito é um *serviço especializado* e oneroso que só pode ser prestado por alguns fornecedores do Sistema Financeiro Nacional. Crédito é um contrato real (se perfectibiliza com o ato da entrega do dinheiro pelo fornecedor-banco, administradora do cartão ou financeira), em que cabe ao *consumidor-devedor a prestação típica, “pagar” os juros (preço do crédito) e devolver o principal corrigido, e mais algumas taxas pelo uso desse tipo de crédito*. (MARQUES, 2011, p. 572, grifos da autora).

Além disso, no magistério de Waldirio Bulgarelli, confiança e tempo estão diretamente ligadas à ideia de crédito:

a) a *confiança*, pois ao entregar um bem ao devedor, o credor demonstra confiar que o devedor o pague ou devolva, no prazo acertado. Não obstante, hoje, com a aplicação do crédito em massa, principalmente por intermédio dos bancos, que praticamente centralizam as operações de crédito, a confiança possa parecer abalada pelas exigências de garantias, tais como as pessoais (ou fidejussórias), ou seja, aval, fiança, e as reais, tais como hipoteca e penhor, a verdade é que são procedimentos decorrentes justamente da intensidade da concessão de crédito, o que implica a adoção de certas normas de garantia, preestabelecidas; b) o *tempo*, havendo sempre um período de

⁶⁰ “A assimetria de informação é inerente às relações de troca, havendo a possibilidade da ineficiência do mercado, permitindo a possibilidade de maiores ganhos para alguns e menores para outros (AKERLOF, 1970). Existe assimetria de informação em um contrato financeiro quando o devedor conta com informação que o credor ignora. De acordo com Bebczuk (2000), esta assimetria preocupa o credor sempre que o devedor pode utilizar sua maior informação para extrair um benefício a suas custas e, para que isto aconteça, é preciso que ocorram os três fatores seguintes: (a) o devedor viola o contrato ocultando informação sobre as características e as entradas efetivas do projeto; (b) o credor não conta com a informação nem o controle suficientes sobre o devedor para evitar a fraude; (c) existe risco de pagamento da dívida e responsabilidade limitada para o devedor.” (PIRES; MACAGNAN, 2013, p. 83-84).

tempo mediando entre a entrega do bem e sua devolução ou pagamento. Portanto, o crédito, pressupõe prazo. (BULGARELLI, 2001, p. 21-grifos do autor).

Crédito e assimetria de informações são elementos marcantes nos contratos de mútuo bancário envolvendo relação de consumo, e suas balizas estão calcadas no princípio da boa-fé objetiva como dever de lealdade e cooperação, de modo a não frustrar as legítimas expectativas daquele com quem se contrata.

Quanto mais crédito houver, maior será o índice de confiança⁶¹. E quanto maior a confiança, menores serão os custos de contratação (juros e encargos cobrados) dos mútuos bancários, assim como mais benéficas serão as condições para a formalização de novos contratos, já que o aumento da confiança decorre da redução dos riscos. Conseqüentemente, a redução dos riscos resulta na redução dos preços praticados pelas instituições financeiras no empréstimo de dinheiro, pois está diretamente computada no preço cobrado a taxa de recuperabilidade do dinheiro emprestado.

Por outro lado, quanto menor a confiança, maiores serão os riscos da contratação, conseqüentemente, maiores serão os custos dos mútuos bancários e também as exigências de garantias contratuais, que objetivam justamente minimizar o maior risco com a utilização de mecanismos de ampliação de liquidez do crédito. Isso porque, no caso em análise, diante do risco, a melhor opção entre as usuais (contratar seguro, externalizar o risco e internalizar o risco) é a externalização do risco (transferência para os tomadores de empréstimo dos custos de contratação).

Sob tal perspectiva, Ejan Mackaay e Stéphane Rousseau assim destacam:

Examinemos o caso do banqueiro. Como o banqueiro determina a taxa de desconto aplicável a um determinado cliente? O banqueiro procura sempre recuperar, ao final do empréstimo, o valor que empresta no presente. Havendo previsão de inflação, ou se o empréstimo é denominado em moeda estrangeira, em que a taxa de câmbio pode variar no curso do empréstimo, a taxa de desconto deve levar em conta esses eventos. O banqueiro desejará, em segundo lugar, garantir uma rentabilidade com base no valor emprestado. Seu lucro é a diferença entre a taxa que paga ao poupador (doador) e a taxa pela qual empresta ao tomador. Em terceiro lugar, o banqueiro deve cobrir seus custos de administração. Estes dependem em parte do cliente e da natureza do projeto apresentado. Para alguns, é preciso fazer análises mais detalhadas do que para outros. A distinção entre clientes aparece em um quarto fator. Trata-se de probabilidade de reembolso da dívida. O reembolso é evento incerto e em relação ao qual o banco atua como segurador. O quarto componente da taxa de desconto apresentada ao cliente é o prêmio do seguro implícito, correspondente ao risco de não reembolso pelo cliente. Para clientes “AAA”, o risco é mínimo e a taxa de desconto exigida é igual à taxa básica do banco. Na medida em que os clientes ofereçam risco mais elevado, sua cotação cai e a taxa de juros exigida aumenta. Para cartões de crédito, as taxas de juros

⁶¹ “Em linguagem coloquial diz-se ter confiança em alguém ou confiar; este inspira confiança; se não agir dessa forma nós o censuramos por trair a confiança de alguém. [...] a confiança permite economizar precauções que seríamos levados a adotar se ela não existisse, seguindo a lógica do cálculo racional diante de risco.” (MACKAAY; ROUSSEAU, 2015, p. 429-430).

são, geralmente, mais elevadas do que para empréstimos bancários mais personalizados. Os titulares de cartão de crédito ouro costumam pagar taxas de juros inferiores às cobradas de titulares de cartões comuns. A garantia permite reduzir o risco para os mutuantes. A existência de garantia permite o reembolso da dívida com preferência sobre outros credores, que, por seu lado, veem aumentado o risco de não serem pagos. Entretanto, não é a existência da garantia que interessa ao mutuante mas, sim, o efeito que sua constituição produz. O devedor fará de tudo para evitar perder a garantia. A garantia controla o risco moral. Pelas duas razões, os créditos garantidos levam a taxas de juros inferiores às daqueles não garantidos. Em seguida ao caso do banqueiro, examina-se a situação dos demais credores. Tal como o banqueiro estão expostos ao risco de inadimplemento da empresa devedora e, implicitamente, agem como cosseguradores parciais desse risco. O prêmio do seguro para esses credores aparece sob a forma de provisão “para créditos duvidosos”. Faz parte dos custos gerais da empresa credora e é imputado nos preços por ela praticados. Se os temores se justificarem, a empresa poderá diferenciar os clientes e propor-lhes condições de crédito diferentes. Em última análise, são os clientes que pagam o custo dessa garantia. (MACKAAY; ROUSSEAU, 2015, p. 149-150).

Portanto, à luz da teoria do risco e do seguro informada, o cumprimento ou não dos deveres anexos nos mútuos bancários é determinante para a prática de preços (taxas de juros) mais favoráveis ao consumidor. Quanto maior o percentual de descumprimento dos contratos já vigentes, maior será o preço (juros) cobrado pelos empréstimos bancários (coletivização dos custos) a ser ofertado. Dessa forma, tendo o Direito o papel de regular e induzir comportamentos, cumpre ao legislador e ao intérprete estabelecer mecanismos de regulação e indução no cumprimento dos deveres anexos, fazendo com que se alcance o objetivo de favorecer os interesses dos consumidores com o estímulo à prática de juros mais baixos.

Nesse ponto, a atuação do Judiciário como principal agente que dá concreção às normas abstratas também é de suma relevância para o estímulo à prática de juros mais baixos (portanto, mais favoráveis ao consumidor, objetivo do CDC/90), pois soluções embasadas em argumentos abstratos e repetidores das normas também abstratas do CDC/90, como fundamento para a revisão dos contratos sem se levar em consideração mencionado referencial econômico, somente contribuem para o aumento dos juros (menos favorável ao consumidor) e não para sua diminuição (mais favorável ao consumidor).

Dessa forma, associada às condições já destacadas nos tópicos anteriores, também deverá ser levada em consideração na revisão ou modificação dos mútuos bancários envolvendo relação de consumo a análise do cumprimento ou não dos deveres anexos destacados (lealdade, confiança, assistência ou cooperação, e sigilo ou confidencialidade), estabelecendo-se como método de análise as bases econômicas do custo, risco e seguro, bem como interpretando a norma e sua aplicação como incentivos aos comportamentos esperados (deveres anexos).

4.2.2.2 *Dever de informar, a confiança e a correção do desequilíbrio gerado pela assimetria da informação: a falha da informação como baliza para a caracterização da abusividade*

Aquilo que é considerado abusivo pelo CDC/90 serve de baliza para o intérprete orientar sua análise e concluir pela revisão ou modificação do contrato, tanto para que não se corra o risco de tornar nulas cláusulas que expressam a legítima manifestação de vontade dos contratantes, quanto para dar mais força e efetividade à aplicação do CDC/90, de modo a não causar desequilíbrios em uma relação de consumo que se encontra equilibrada e legitimamente estabelecida⁶².

Além da boa-fé objetiva, orienta toda a estrutura de análise dos contratos o princípio da informação⁶³, que impõe ao fornecedor o dever de especificar todos os dados relevantes do produto ou serviço fornecido ao consumidor e os riscos dele decorrentes, mas, por outro lado, não afasta a obrigação do consumidor de se informar⁶⁴. Por esse motivo, as cláusulas, mostrando-se claras, objetivas e não abusivas, coerentes com a boa-fé objetiva e com o dever de informação, não cabe a modificação ou a revisão do contrato segundo permissivo do art. 6º, V, CDC/90.

No caso, são entendidas como normas restritivas de direitos dos contratantes aquelas voltadas para a caracterização de abusividades (rol dos artigos 39 e 51, CDC/90⁶⁵) e

⁶² Sobre o tema, Robert Cooter e Thomas Ulen assim prescrevem: “Os tribunais necessitam de regras para preencher lacunas em contratos. Uma teoria dos contratos deveria dar orientação aos tribunais (e, através das decisões deles, às partes privadas e a seus advogados) respondendo a seguinte pergunta: ‘Como os tribunais deveriam completar as lacunas em contratos?’ Nossa resposta é outro exemplo do Teorema Normativo de Coase, pelo qual o direito procura induzir o comportamento eficiente mediante a redução dos custos de transação” (COOTER; ULEN, 2010, p. 224). Por isso, as balizas prescritas pela lei servem para restringir comportamentos do fornecedor visando estabelecer a igualdade material buscada pelo CDC/90 na relação de consumo, devendo ser consideradas como referenciais para as decisões, lembrando que toda norma restritiva comporta interpretação unicamente literal.

⁶³ O direito a informação “traduz o direito do consumidor a todas as informações relativas ao produto ou serviço, devendo o fornecedor especificar a qualidade, a quantidade, as características, a composição, a qualidade, os tributos incidentes, os preços e os riscos que ele apresenta [...] É certo, portanto, que a falta de informação afetar diretamente a liberdade de escolha do consumidor [...]” (DENSA, 2014, p. 43).

⁶⁴ Ao tratarem da obrigação de se informar, Ejan Makaay e Stéphane Rousseau destacam: “De que forma o direito pode auxiliar nesse processo? Isto equivale a perguntar se um contratante deve ser obrigado a prestar informações ao outro. Na falta de disposição nesse sentido, cada um confia nas informações que pode obter por sua própria conta, nas prestadas pelo cocontratante de forma voluntária ou outras fontes, de acordo com o cálculo racional sobre a informação. A obrigação de informar pressupõe, ao se aplicar o teste de Wittman, exposto atrás, que as economias da pesquisa feitas pela maioria dos beneficiários de tal informação, e os ganhos resultantes dos contratos adicionais celebrados em consequência disso, sejam suficientes para compensar o custos de ter uma regra e o de contratos não celebrados ou celebrados em condições menos vantajosas ao depois, porque a informação, eventualmente, mostrará que havia interesse no contrato não concluído por culpa do interesse. O último elemento é fundamental: a economia de mercado avança pela descoberta de possibilidades de ganho até então não exploradas, fazendo com que os recursos sejam direcionados para usos mais valorizados” (MAKAAY; ROUSSEAU, 2015, p. 435).

⁶⁵ “Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: I - condicionar o fornecimento de produto ou de serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço, bem como, sem justa causa, a limites quantitativos; II - recusar atendimento às demandas dos consumidores, na exata medida de suas

para a revisão ou modificação dos contratos de consumo por desproporcionalidade ou excessiva onerosidade (art. 6º, V, CDC/90). Em se tratando de normas restritivas, o critério de interpretação normativa a ser adotado é o literal⁶⁶, já que, em se admitindo outras formas hermenêuticas, estar-se-ia autorizando a alteração ampla e irrestrita de contratos legitimamente formalizados.

Fator principal que autoriza a revisão ou modificação de contratos é o defeito na informação, que deve ser adequada a teor do art. 6º, III, CDC/90⁶⁷, mas que não afasta o dever do consumidor de se informar.

Não havendo ofensa às prescrições cogentes do CDC/90 em uma interpretação sistemática e teleológica e sendo prestadas informações adequadas (aquelas que são plenas) nos mútuos bancários, deve o intérprete concluir pela inexistência de vícios, privilegiando a boa-fé objetiva e a não abusividade, afastando a possibilidade de modificação ou revisão do contrato.

Por outro lado, a falha na informação resulta em assimetria de informações e, conseqüentemente, gera o direito do consumidor à modificação ou revisão dos contratos, conforme já destacado.

Informação assimétrica é um conceito econômico e uma espécie do gênero falhas de mercado⁶⁸:

disponibilidades de estoque, e, ainda, de conformidade com os usos e costumes; III - enviar ou entregar ao consumidor, sem solicitação prévia, qualquer produto, ou fornecer qualquer serviço; IV - prevalecer-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços; V - exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva; VI - executar serviços sem a prévia elaboração de orçamento e autorização expressa do consumidor, ressalvadas as decorrentes de práticas anteriores entre as partes; [...] XIII - aplicar fórmula ou índice de reajuste diverso do legal ou contratualmente estabelecido. XIV - permitir o ingresso em estabelecimentos comerciais ou de serviços de um número maior de consumidores que o fixado pela autoridade administrativa como máximo. [...] Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: I - impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis; II - subtraíam ao consumidor a opção de reembolso da quantia já paga, nos casos previstos neste código; III - transfiram responsabilidades a terceiros; IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade; [...] XV - estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor; XVI - possibilitem a renúncia do direito de indenização por benfeitorias necessárias.”

⁶⁶ “A interpretação restritiva, por sua vez, se faz necessária quando se extrai do direito menos do que simplesmente o texto contém. Ela ‘ocorre toda vez que se limita o sentido da norma, não obstante a amplitude de sua expressão literal.’” (FERRAZ JUNIOR, 2010, p. 269). “Ela evita a dilatação do sentido da norma, tornando-a inaplicável a circunstâncias que não estejam textualmente previstas por ela. Normas restritivas de direitos e garantias fundamentais devem ser interpretadas restritivamente, assim como os dispositivos normativos excepcionais, que criam exceções à regra geral.” (RIBEIRO, 2015, p. 120).

⁶⁷ “Art. 6º São direitos básicos do consumidor: [...] III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;”

⁶⁸ “Muito embora seja o mercado o melhor ambiente para se obter a melhor alocação de bens, este também apresenta falhas, como por exemplo, existência de poder econômico, informações assimétricas, bens públicos, externalidades.” (PIMENTA; LANA, 2010, p. 103).

A assimetria de informações é um impasse, óbice e impedimento em relação à obtenção de relações econômicas eficientes. Vê-se, com nitidez, a assimetria de informações quando das relações consumeristas, tendo em vista ser da própria natureza da negociação que um polo detenha o domínio da técnica e, o outro, a ausência de conhecimento técnico. (PIMENTA; LANA, 2010, p. 109-110).

A assimetria de informações entre consumidor e fornecedor enseja defeito, que também fundamenta e justifica a revisão ou modificação dos contratos de consumo em favor do consumidor, porquanto se parte do pressuposto de que quem detém o domínio da informação sobre o produto ou o serviço é o fornecedor. Em razão dessa assimetria de informações é que o CDC/90 impõe ao fornecedor o dever de informar ao consumidor, de modo claro, objetivo e compreensível, todos os dados relevantes do produto ou do serviço que evitem que o consumidor incorra em erro em sua decisão por contratá-los (arts. 6º, III; 30; 37, CDC/90).

Repise-se que: o dever de informar do fornecedor não afasta o dever do consumidor de se informar antes de formalizar o contrato, devendo ser considerado pelo intérprete este referencial, evitando que haja abuso de direito por parte do consumidor diante do seu direito de ser informado e da informação adequada.

Portanto, podem ser consideradas como informação assimétrica ou falha de informação nas relações de consumo envolvendo o mútuo bancário: a falta de informação relevante sobre as condições contratadas ou a prestação de informação ambígua que, em todos os casos, induza o consumidor a erro.

4.2.2.3 Boa-fé objetiva como mecanismo de correção da assimetria da informação

A boa-fé objetiva impõe aos contratantes o dever de lealdade e cooperação, de modo a não frustrar as legítimas expectativas daquele com quem se contrata. Em razão disso, referido princípio impõe os deveres anexos de lealdade e confiança recíprocas, assistência, informação e de sigilo ou de confidencialidade, conforme destacado.

Segundo Flávio Alves Martins:

A boa-fé, no sentido objetivo, é um dever das partes, dentro de uma relação jurídica, de se comportar tomando por fundamento a confiança que deve existir, de maneira correta e leal; mais especificamente, caracteriza-se como retidão e honradez, dos sujeitos de direito que participam de uma relação jurídica, pressupondo o fiel cumprimento do estabelecido. (MARTINS, 2000, p. 73).

Assim, se por um lado a assimetria de informações entre consumidor e fornecedor enseja defeito, que fundamenta e justifica a revisão ou a modificação dos contratos de consumo em favor do consumidor, por outro lado, os deveres de lealdade e cooperação impostos pela boa-fé objetiva orientam a implementação de mecanismos que viabilizarão a modificação de

prestações desproporcionais ou a revisão de cláusulas contratuais por fatos supervenientes que tornem os parâmetros excessivamente onerosos.

Referidos mecanismos são: a lealdade e a confiança recíprocas, a assistência, a informação e o sigilo ou confidencialidade. O comportamento contrário a quaisquer desses mecanismos enseja a modificação ou a revisão dos contratos de consumo por constituir prática ou cláusula abusiva.

4.2.2.4 Formação privada do preço no serviço de crédito bancário e a função social do contrato

A formação do preço nos contratos de mútuo feneratício envolve a definição da taxa de juros, representada pelo custo do dinheiro ou aquilo que se cobra por emprestar dinheiro. Por sua vez, a taxa de juros é definida a partir dos mesmos mecanismos de formação do preço de venda de determinado produto: da soma do custo de produção, do custo de venda e da margem de retorno do empréstimo.

O custo de captação é o custo em que a instituição financeira incorre para obter dinheiro que depois irá emprestar aos consumidores. A captação de recursos para reversão em empréstimos é feita pelas instituições financeiras por intermédio dos depósitos bancários realizados por seus clientes, que podem ser remunerados pelos bancos (ex.: depósito em caderneta de poupança, em fundos etc.) ou não (ex.: depósitos em conta corrente), e pela captação de recursos junto a investidores (no mercado, por exemplo, mediante a venda de títulos e oferta de valores mobiliários no mercado de capitais).

O custo de captação é aferido a partir da remuneração média paga pela instituição financeira pelos recursos que obtém de seus clientes (depósitos) ou de investidores (no mercado). Em outras palavras, o custo de captação é a taxa média paga pelas instituições financeiras em diversas formas de empréstimo, ou seja, a soma de todos os depósitos remunerados de clientes do banco, mais as dívidas e obrigações que ele possui no mercado.

O segundo fator que determina a taxa de juros cobrada pela instituição financeira nos mútuos feneratícios é o risco do crédito (ou o risco da inadimplência, a margem de retorno). A inadimplência influencia diretamente na capacidade que as instituições financeiras possuem de arcar com a remuneração de seus fornecedores, os clientes correntistas, poupadores ou os investidores do banco. Dessa forma, quanto maior o risco da inadimplência, maior será a taxa de juros que as instituições financeiras cobrarão para emprestar o dinheiro.

Sobre os métodos de custeio empregados na apuração dos custos, vale destacar:

Os custos de uma empresa resultam da combinação de diversos fatores, entre os quais a capacitação tecnológica e a produtiva no que diz respeito a processos, produtos e gestão; nível de atualização da estrutura operacional e gerencial; e a qualificação da mão de obra.

De modo geral, os custos refletem uma série de variáveis, tanto internas como externas às empresas. Entre as variáveis internas estão o modo de operar, os comportamentos e atitudes, e, como exemplo de variáveis externas, podemos citar o nível de demanda e os preços dos insumos.

Quanto mais estruturada for a empresa, melhores serão os resultados obtidos por meio de um sistema de custos e, uma vez que estruturar um sistema de custos é um assunto que mistura metas simples e um tratamento de dados complexos, é necessário definir seus objetivos.

Uma empresa apura seus custos visando:

- a) ao atendimento de exigências legais quanto à apuração de resultados de suas atividades e avaliação de estoques;
- b) ao conhecimento dos custos para a tomada de decisões corretas e o exercício de controles.

Para atender às exigências legais, a empresa precisa adequar seus métodos de apuração de custos aos princípios contábeis e estar em conformidade com as normas e legislações vigentes. Já para a tomada de decisões, podem ser empregados quaisquer métodos de custeio capazes de fornecer informações que atendam às necessidades gerenciais da empresa. (MEGLIORINI, 2011, p. 1).

Segundo o trecho em destaque, além dos fatores já relatados, também influenciam diretamente na formação das taxas de juros cobrados nos contratos bancários os fatores legais, que podem ser entendidos de maneira ampla sob a perspectiva das fontes do Direito: lei, doutrina, jurisprudência, costumes etc.

No caso em análise, influenciará diretamente na composição das taxas de juros cobrados a forma como os dispositivos do CDC/90 vêm sendo interpretados e seus reflexos sobre os mútuos feneratícios.

A condição prevista em lei que autoriza a revisão ou modificação de contratos é que referido instrumento contenha cláusulas ou práticas abusivas, que não abarque informações adequadas e claras sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem (art. 6º, III, CDC/90). E mais: é condição *sine qua non* para a revisão ou modificação do contrato de crédito ao consumidor que referidos defeitos de informação estabeleçam prestações desproporcionais ou fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas. Sem a presença cumulativa de referidos requisitos não há que se falar na revisão ou na modificação de contratos de crédito bancário.

Contudo, diante do conteúdo aberto das condições mencionadas, dificultosa tem se mostrado a tarefa de dar concreção segura e cientificamente econômica às expressões genéricas do CDC/90.

Isso é verificado nas próprias decisões dos tribunais brasileiros, que, sob o argumento da desproporcionalidade ou da excessiva onerosidade (parâmetros normativos

abertos), alteram as bases contratuais, ainda que claras e compreensíveis, sem fundamentação precisa e cientificamente justificada pela qual decorreria a modificação ou revisão da vontade dos contratantes.

Sob tal perspectiva, temas como a capitalização de juros, comissão de permanência, cobrança do consumidor do IOF, entre outros, ainda que estejam expressos de modo claro e compreensível nos contratos de adesão livremente firmados, são objeto de modificação ou revisão pelos tribunais pátrios, sob o ambíguo argumento de estar-se viabilizando o equilíbrio na relação de consumo, sem fundamentação jurídico-econômica tampouco científica sobre os fatores que levaram a dar concreção às genéricas e amplas normas do CDC/90.

A título de exemplo, destaque-se que Superior Tribunal de Justiça, no REsp nº. 1578526/SP, determinou a suspensão em todo o território nacional dos processos pendentes que versem sobre a validade da cobrança, em contratos bancários, de despesas com serviços prestados por terceiros, registro de contrato e/ou avaliação do bem. A suspensão decorreu da existência de diversos casos envolvendo os mesmos temas, mas com encaminhamentos diversos pelos tribunais do país, ora modificando ou revisando, ora mantendo referidos parâmetros. (BRASIL, 2016). Posteriormente, referido processo foi definitivamente julgado, sendo definida a tese que reconheceu a abusividade das tarifas eventualmente cobradas que não foram contratadas, por serviços não prestados ou sem o seu devido detalhamento, mediante análise de cada caso concreto.

Nesse ponto, a conclusão inafastável deve ser conduzida pelo entendimento de que, encontrando-se previstos referidos parâmetros no contrato e inexistindo impedimento por parte do órgão regulador das instituições financeiras (Banco Central do Brasil), levando em consideração as perspectivas apresentadas, não há que se falar em modificação das condições contratadas.

Pensar o contrário é estimular condutas oportunistas dos consumidores e influenciar as decisões das instituições financeiras no repasse a toda a coletividade dos custos gerados pelas perdas financeiras ocasionadas pela redução dos preços inicialmente contratados (externalidade negativa), conforme destacado.

Sabe-se que a lei induz comportamentos, sejam eles colaborativos (em conformidade com a boa-fé objetiva) ou não colaborativos (oportunistas). A teoria dos jogos evidencia tal fato, constituindo-se em um dos parâmetros da AED, conforme já destacado em tópico específico deste trabalho.

Ao criticar a forma como vem sendo aplicado o princípio da função social do contrato a partir de um modelo de justiça distributiva em que se busca por meio do contrato fazer “justiça social”, Luciano Benetti Timm destaca:

Em uma perspectiva econômica, ainda que não se renuncie à preponderância do interesse social, essa tese de utilização de critérios distributivos ou de Direito Público aos contratos (espaço privado) não faz sentido, pois acaba confundindo o interesse coletivo com a proteção da parte mais fraca (que, muitas vezes, espelha um interesse individual e não coletivo) ou mesmo com a redistribuição dos benefícios econômicos do contrato entre as partes arbitrariamente, descurando da autonomia privada. Nem sempre aquele interesse social significa interferir no contrato em favor de uma das partes. Ao contrário, exemplos recentes no mercado de crédito dão conta de que interferência estatal no acordo entre as partes pode favorecer a parte mais fraca no litígio e prejudicar a posição coletiva, ao desarranjar o espaço público do mercado que é estruturado em expectativas dos agentes econômicos.

Nesse sentido, a revisão judicial dos contratos empresariais pode trazer instabilidade jurídica, insegurança ao ambiente econômico, acarretando mais custos de transação para as partes negociarem e fazerem cumprir o pacto. Ademais aqueles casos de revisão dos pactos demonstram que, muitas vezes, o risco ou mesmo o prejuízo da interferência é distribuído entre a coletividade, que acaba por pagar pelo inadimplente judicialmente protegido (como acontece paradigmaticamente com os juros bancários e como aconteceu em casos de contratos de financiamento da soja no Estado de Goiás. (TIMM, 2008, p. 68).

Ressalta-se que o método comumente aplicado pelos tribunais brasileiros, além de se mostrar desprovido de eficazes mecanismos científicos por utilizar de critérios distributivos que orientam o Direito Público (entre eles a mesma lógica da modicidade dos preços praticados pelo serviço público) e não o Privado, confundindo o interesse coletivo com a proteção da parte mais fraca (o consumidor) premida de interesses individuais e não coletivos, pode trazer mais prejuízos coletivos do que benefícios, levando-se em consideração que o custo da “justiça social” realizada pela revisão judicial dos pactos, com a interferência estatal no acordo livre e autonomamente estabelecido entre as partes, será repassado para toda a coletividade não beneficiada pela decisão proferida no processo individual.

Ejan Mackaay e Stéphane Rousseau (2015, p. 132 a 151) explicam que os custos de transação são estabelecidos no ato da contratação, levando em consideração os custos na obtenção de informações sobre os consumidores, os riscos gerados pela contratação e decorrentes do possível inadimplemento (custo da incerteza). Por sua vez, a alteração posterior e por decisão judicial sem embasamento jurídico-econômico das condições objetiva e claramente delineadas no ato da contratação repercute em um custo que certamente será socializado.

Portanto, é possível concluir que em ações individuais a desmedida modificação ou revisão de contratos livremente firmados tende a agravar o problema do desequilíbrio nas relações privadas, na medida em que eventuais abusividades ou onerosidades excessivas em

contratos sem quaisquer vícios de consumo estão relacionadas à estrutura concorrencial do mercado (*falhas de mercado*⁶⁹) e devem ser submetidas às entidades reguladoras das atividades bancárias, quais sejam: o Banco Central do Brasil (Lei nº 4.595/64) ou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) (Lei nº 12.529/11), por exemplo.

Com isso, estar-se-á buscando uma fórmula mais pertinente e eficiente de conter eventuais abusos de poder econômico contra os consumidores, estabelecendo uma interlocução entre a Lei de Defesa da Concorrência (Lei nº 12.529/11) e o CDC/90.

Sobre a questão:

Com efeito, o maior ou menor poder de barganha dos contratantes em uma determinada relação nada mais é do que o reflexo de uma questão estrutural e maior que está relacionada à estrutura de mercado em jogo. Quanto maior a concentração de um dado mercado (oligopólios e monopólios, por exemplo), maior a disparidade de poder entre os agentes econômicos contratantes. De modo que um problema estrutural de mercado é muito mais eficazmente resolvido perante a LC do que perante a revisão de contratos individuais, porque, neste último caso, se favorece apenas a parte que ingressa em juízo, sem que isso traga reflexos positivos para a coletividade subjacente ao contrato. Mais, acaba exigindo (salvo no caso de ações coletivas) que cada contratante ingresse em juízo, o que aumenta os custos para manutenção da burocracia estatal com milhares de demandas idênticas, sem efetivamente enfrentar o problema estrutural causador do desequilíbrio contratual.

Portanto, imperfeições no mercado existem: (a) pode ser na estrutura concorrencial, que dificulta a livre concorrência e a livre iniciativa por conta de grande concentração de poder econômico; e (b) pode haver problemas de assimetria de informações, dentre outros. (TIMM, 2008, p. 76-77).

Concluindo: não se deve confundir o interesse coletivo com a proteção da parte vulnerável no mútuo bancário, sendo que a efetivação da função social do contrato se dá em dois planos: no individual e no coletivo. No individual, privilegiando a conduta honesta dos contratantes e refutando condutas desonestas ou oportunistas, articulando as características jurídicas e econômicas do contrato buscando à redução dos custos de transação e dos riscos gerados pelo inadimplemento, viabilizando a ampliação da oferta de crédito no mercado com preços mais favoráveis aos interesses dos consumidores. E no plano coletivo, lançando mão dos mecanismos de regulação das *falhas de mercado*, contendo eventuais abusos de poder econômico contra os consumidores, estabelecendo uma interlocução entre a Lei de Defesa da

⁶⁹ “Quando a lei desconsidera ou muda as condições que constam num contrato, dizemos que ela *regulamenta* o contrato. Diferentemente das normas supletivas, as regulamentações são normas imperativas. A regulamentação de contratos é semelhante à regulamentação de mercados. Em ambos os casos, o Estado desvia uma transação privada de seu curso. Além disso, a lógica econômica da regulamentação de contratos se assemelha à lógica da regulamentação de mercados. A lógica econômica da regulamentação de mercados começa com uma descrição de um mercado perfeitamente competitivo, que não exige regulamentação. A seguir, a teoria descreve as formas pelas quais os mercados reais se desviam desse ideal, ou as formas da *falha do mercado*” (COOTER; ULEN, 2010, p. 229). A regulamentação dos contratos por normas imperativas ocorre, por exemplo, pelo que dispõe o art. 51, I a XVI, CDC/90, podendo referidos parâmetros ser apontados como possíveis falhas de mercado (desvios de conduta) nas relações de consumo.

Concorrência (Lei nº 12.529/11), o CDC/90 e a Lei nº 4.595/64 (que trata da política e das instituições monetárias, bancárias e creditícias).

4.2.2.5 Condições especiais de validade dos contratos de adesão: as balizas normativas específicas do CDC/90

Além dos princípios gerais e dos conceitos indeterminados que orientam os deveres anexos, o CDC/90 contém normas específicas que vedam comportamentos contratuais abusivos (aqueles excessivamente onerosos ou desproporcionais) e que se apresentam como balizas na formação dos contratos de consumo e em sua revisão.

Tais normas também ditam (induzem) comportamentos que devem ser valorados segundo o método do Direito e Economia, abordado em tópico específico deste trabalho.

Tendo em vista a impossibilidade de prévia discussão e ajustes nos contratos de adesão, assim entendidos também os mútuos bancários destinados aos consumidores, o CDC/90 estabeleceu condições mínimas que os estipulantes dos contratos de consumo deverão respeitar na formulação das cláusulas de seus contratos, visando privilegiar a igualdade formal e material da relação jurídica de consumo. São as aqui chamadas de condições especiais de validade.

Sob tal perspectiva, os incisos do art. 39 do CDC/90 estipulam parâmetros que ensejam cláusulas contratuais abusivas, ao passo que os incisos do art. 51 do mesmo diploma legal enumeram um rol de cláusulas contratuais que, se inseridas no contrato, serão consideradas abusivas e, conseqüentemente, nulas de pleno direito.

Referidas normas, ao mesmo tempo que buscam dar equilíbrio à relação jurídica de consumo, efetivando a igualdade material entre os contratantes (art. 5º, CF/88), trazem restrições ao comportamento do fornecedor, que, concomitantemente, tem por objetivo garantir segurança jurídica aos negócios jurídicos impedindo comportamentos abusivos.

Além disso, a adoção de uma enumeração legal da forma posta pelos incisos dos arts. 39 e 51 do CDC/90 permite a redução dos custos de transação, pois seu conhecimento prévio proporciona antever eventuais comportamentos que, judicialmente, seriam censurados.

Desse modo, o reconhecimento da taxatividade da enumeração legal dos arts. 39 e 51 do CDC/90 viabiliza precisão na análise econômico-financeira entre infringir a regra ou cumpri-la (norma como indutora de comportamentos) permitindo reduzir os custos de contratação tanto para o fornecedor quanto para o consumidor, pois a precisão normativa confere segurança jurídica, estabilidade dos negócios jurídicos e menor risco das contratações.

Por outro lado, a interpretação aberta das bases legais para fundamentar a modificação ou a revisão de contratos desestabiliza o negócio jurídico, na medida em que altera

os custos previamente estipulados no ato da contratação, causando injustiça em um contrato perfeito, situação não permitida. Robert Cooter e Thomas Ulen ensinam que:

[...] Um contrato perfeito é completo. Toda contingência é prevista; o risco associado a ela é alocado eficientemente entre as partes; todas as informações relevantes foram comunicadas; nada pode dar errado. Um contrato perfeito também é eficiente. Cada recurso é alocado à parte que mais o valoriza; cada risco é alocado à parte que pode arcar com ele ao menor custo; e as condições do contrato esgotam as possibilidades de ganho mútuo, mediante a cooperação entre as partes. Se as partes tiverem negociado um contrato perfeito, ele não tem falhas, de modo que elas não necessitam do tribunal para regulamentar suas condições. Concluímos que as partes de um contrato perfeito necessitam do Estado para fazer cumprir seu acordo em consonância com suas condições, mas nada mais se exige do Estado. (COOTER; ULEN, 2010, p. 229).

Dessa forma, a modificação ou a revisão dos mútuos bancários envolvendo o consumidor deve tomar por base a adequação do contrato aos parâmetros da lei, entendida esta como mecanismo de indução de comportamento, não cabendo ajustes contratuais a partir de referenciais abertos, conforme destacado, sob pena de estímulo ao descumprimento de contratos.

Nesse sentido:

O direito contratual e os tribunais ajudam as pessoas a cooperar fazendo cumprir, interpretando e regulamentando promessas. Fazendo cumprir as promessas, o direito contratual possibilita que as pessoas assumam compromissos dignos de crédito de cooperar umas com as outras. Fazendo cumprir de maneira ótima, o direito contratual cria incentivos para a cooperação eficiente. A cooperação é eficiente quando o promitente investe no cumprimento no nível eficiente e o promissário confia no nível eficiente [...]. Interpretando as promessas e articulando condições eficientes, o direito contratual e os tribunais podem reduzir os custos de transação da cooperação. Especificamente, o direito contratual e os tribunais podem reduzir os custos da negociação de contratos fornecendo condições supletivas eficientes. Regulamentando os contratos, os tribunais podem corrigir falhas de mercado. Corrigindo falhas de mercado decorrentes de externalidades, informações assimétricas e monopólios situacionais, o direito contratual reduz a ameaça do comportamento oportunista que solapa a disposição das pessoas de assumir compromissos mútuos. Finalmente, o direito contratual ajuda a resolver o problema da cooperação com um recurso mínimo ao aparelho do Estado por meio do fomento das relações duradouras. (COOTER; ULEN, 2010, p. 247).

Assim, em uma análise objetiva e literal da norma, havendo cláusulas abusivas ou nulas de pleno direito na forma do CDC/90, caberá a revisão ou a modificação dos mútuos bancários apenas para correção da desproporcionalidade e da excessiva onerosidade caracterizada pelas falhas de mercado decorrentes de externalidades, informações assimétricas e monopólios situacionais. Do contrário, não havendo infração a referidos parâmetros, resta impossibilitada a revisão ou a modificação de contrato, devendo a desproporcionalidade e a excessiva onerosidade ser pautadas também pelos critérios objetivos e literais já destacados,

sob pena de inviabilizar cooperações eficientes e, por conseguinte, incentivar comportamentos oportunistas que se mostram perniciosos aos negócios jurídicos.

Havendo normas abertas, o intérprete deve lançar mão do método da análise econômica (ou do Direito e Economia) de interpretação para dar concreção à norma e evitar a desestabilização dos negócios jurídicos e o aumento dos custos do crédito ao consumidor, situação essa não almejada pelo CDC/90, por ser menos favorável aos interesses dos consumidores e por gerar maior desproporcionalidade e excessiva onerosidade.

5 CONCLUSÃO

No decorrer deste estudo, concluiu-se que a interpretação aberta, irrestrita e sem parâmetros bem definidos do art. 6º, V, da Lei nº 8.078/90, tem favorecido a ocorrência de distorção dos próprios objetivos do CDC/90 proporcionando condições menos favoráveis ao consumidor nas relações de consumo, efeito inverso ao propósito da referida lei, que visa reduzir desproporcionalidades e excessivas onerosidades.

Portanto, na busca pelo estabelecimento de um critério cientificamente justificável que privilegiasse a adequada interpretação e concreção do art. 6º, V, CDC/90, foi indispensável analisar o mútuo bancário sob a perspectiva de seu regime jurídico regulado por entidade governamental própria, não se submetendo diretamente às restrições aplicáveis às demais modalidades de empréstimos previstas no Código Civil de 2002.

O simples fato de o mútuo bancário ser concebido como um contrato de adesão e não se submeter à limitação de juros prevista no CC/02 não induz à conclusão de sua abusividade, pois esta exige a análise jurídica, social e econômica das condições estabelecidas entre os contratantes e do comportamento esperado de cada um deles, embasado em um regime de cooperação eficiente.

O reconhecimento da abusividade e a criação de um rol normativo e de outras regras descritas no CDC/90 (como os arts. 39, 40, 41 e 51) têm por objetivo dar efetividade ao art. 5º, CF/88, e ao art. 6º, II, CDC/90, que prescrevem o respeito à igualdade formal e material nas relações de consumo e, por consequência, estipulam regras que buscam estabelecer equilíbrio contratual entre o fornecedor e o consumidor.

Aquilo que é considerado abusivo pelo CDC/90 serve de baliza para o intérprete, tanto para que não se corra o risco de tornar nulas cláusulas que expressam a legítima manifestação de vontade dos contratantes, quanto para dar mais força e efetividade à aplicação do CDC/90, de modo a não causar desequilíbrios em uma relação de consumo que se encontra equilibrada e legitimamente estabelecida.

Assim, as cláusulas contratuais mostrando-se claras, objetivas e não abusivas, coerentes com a boa-fé objetiva, com o dever de informação e não gerando fatos supervenientes imprevistos no ato da contratação que resultem excessiva onerosidade, afasta a possibilidade de modificação ou revisão do contrato segundo permissivo o art. 6º, V, CDC/90.

Por se tratar de norma restritiva de direito, a regra que impõe a modificação ou a revisão dos contratos de consumo deve ser interpretada em seu sentido literal a partir das balizas que definem práticas abusivas (utilizando-se do critério taxativo), para evitar a adoção de outras

formas hermenêuticas que deem abertura a alteração de contratos legitimamente firmados, não eivados de defeitos de informação e adequados ao princípio da boa-fé objetiva.

A análise de adequação dos mútuos bancários aos parâmetros do CDC/90 envolve sua compreensão como fenômeno jurídico e como fenômeno econômico, de suas condições gerais e específicas de validade, da inexistência de defeitos na informação e do cumprimento dos deveres anexos. Portanto, deve ser considerado que o consumidor também possui deveres, como a obrigação de se informar antes de formalizar o contrato, não cabendo somente ao fornecedor o dever de prestar informações adequadas.

A concepção do mútuo bancário como fenômeno jurídico e também como fenômeno econômico na sua modificação ou revisão também deve ser considerada ao se perquirir a regularidade das cláusulas dos contratos de crédito bancário ao consumidor. Tal reflexão é importante para se definir um critério cientificamente justificável de aplicação do art. 6º, V, CDC/90.

O mútuo bancário é fenômeno jurídico porque é por intermédio de uma realidade normativa que será disciplinado o conteúdo e estabelecida a disciplina legal dos contratos. Por sua vez, é fenômeno econômico porque o preço e os custos com a contratação devem justificar economicamente o negócio firmado entre as partes.

No que se refere à dimensão jurídica, a abordagem do modelo jurídico brasileiro do preço ao consumidor e suas balizas, permitiu chegar à conclusão de que a legislação consumerista encontrará conformidade constitucional, em especial, no princípio da igualdade material se preservada a vedação ao tabelamento de preços e a excepcionalidade da modificação ou revisão dos contratos (somente na hipótese de cláusulas que não se mostrem claras, compreensíveis ou não abusivas, esta última, configurada segundo rol legal que deve ser considerado taxativo ou tendente a isso).

Na perspectiva econômica, essencial se mostrou descrever os principais conceitos e fundamentos econômicos relacionados ao preço de produtos ou de serviços voltados para o consumidor, para posteriormente evoluir o raciocínio para a aplicação das bases econômicas ao objeto do estudo e correlacioná-las com as fontes do Direito. Nesse ponto, preliminarmente foi realizada uma breve contextualização do pensamento econômico sem um propósito exaustivo, mas buscando encontrar referenciais que melhor se ajustassem à proposta de abordagem.

Assim, diante da multiplicidade de pensamentos econômicos a respeito do assunto, definiram-se referenciais múltiplos, mas comuns embasados em obras dos economistas neoinstitucionais que tratam da microeconomia na perspectiva da relação comportamental entre o consumidor e o fornecedor de produtos e serviços, sem se esquecer de neoclássicos conceitos

como o de Vilfredo Pareto que se apresentou como ponto de partida da análise econômica até mesmo pelos neoinstitucionalistas, pois busca indicar um ponto de equilíbrio entre os comportamentos dos sujeitos da relação de consumo, objetivo também deste trabalho.

O exame do preço e sua relação com o consumo foi realizado sob a perspectiva da microeconomia e exigiu o conhecimento prévio dos institutos da escassez (recursos limitados), dos tradeoffs, do confronto entre a análise positiva e a análise normativa, da renda limitada, da relação entre a oferta e a demanda, do funcionamento do mercado bancário de crédito ao consumidor e da relação entre referidos conceitos com a elasticidade, escolhas públicas e assimetria das informações.

A partir de referidos conceitos e levando em consideração a estrutura econômica capitalista brasileira, chegou-se a conclusão de que o tabelamento de preços é medida extremamente prejudicial ao mercado, pois além de não se mostrarem coerente com os princípios constitucionais da liberdade de iniciativa e de concorrência geram condições mais onerosas aos consumidores, uma vez que os custos produzidos pelo tabelamento invariavelmente serão repassados.

Assim, buscou-se encontrar formas pertinentes pela qual o Estado pode atuar sobre o preço dos produtos ou serviços nos contratos de empréstimos bancários ao consumidor, sendo as seguintes:

1) a veiculação de comunicados públicos e alertas obrigatórios nos materiais publicitários tendentes à redução da demanda: como as políticas educacionais que objetivam reduzir o superendividamento e aumentar o estímulo à poupança – incentivando a poupança e a redução do endividamento, haveria uma redução da demanda por empréstimos e um aumento dos depósitos, influenciando o aumento da oferta e, por consequência, a redução da taxa de juros;

2) o aumento do preço com a tributação: medida pouco eficaz de redução da demanda por empréstimos e de aumento da poupança porque a alteração das condições tributárias não afetaria diretamente o montante que os tomadores de empréstimos desejariam tomar emprestado a qualquer taxa de juros e;

3) as medidas de correção das externalidades negativas e das imperfeições do mercado que partem do pressuposto da existência de assimetria de informações entre os fornecedores e os consumidores: na perspectiva do consumidor, estabelecendo regras que reconhecem a sua vulnerabilidade e que buscam corrigir as falhas do mercado como a assimetria das informações e, na perspectiva do fornecedor, permitindo que estes mantenham banco de

dados de seus clientes referentes a informações relevantes para evitar prejuízos com a concessão de empréstimos a quem não possua capacidade de pagamento das prestações.

Por outro lado, a análise do controle de preços nos contratos de mútuo bancário ao consumidor exigiu a contextualização jurídica dessa modalidade contratual para se concluir que referido instrumento possui regulação especial e exige a articulação das leis especiais que regem a matéria.

No exame da regulação do mercado de crédito e da legitimação Estatal relacionada ao preço, às taxas de juros e aos encargos praticados pelas instituições financeiras, a solução é que se deve compreender que constitui atribuição específica dos Poderes Executivo e Legislativo, cabendo ao Poder Judiciário, sob pena de atuação *contra legem*, se abster de intervir nos fatores que integram o preço dos produtos ou serviços relacionados aos contratos de concessão de crédito a consumidores, ainda que haja omissão dos correspondentes poderes (até mesmo porque a omissão também deve ser reconhecida como uma opção democrática).

Por sua vez, a perquirição da vontade e a boa-fé objetiva como fundamentos de legitimação dos contratos de mútuo bancário e o controle da desproporcionalidade e da excessiva onerosidade nas relações de consumo exige a concepção de que para se flexibilizar a regra geral do *pacta sunt servanda* e da autonomia privada no intuito de se modificar ou rever contratos com base no CDC/90, é indispensável ater-se aos aspectos subjetivo e objetivo do negócio consumerista. Sob o aspecto subjetivo, o vício de vontade, a quebra da boa-fé objetiva e o não atingimento do fim econômico do negócio. Sob o aspecto objetivo, a caracterização da desproporcionalidade ou da excessiva onerosidade perpassando a análise e constatação de cláusulas ou práticas abusivas, segundo rol previsto no CDC/90.

A relação do abuso de direito na revisão ou modificação de mútuos bancários no âmbito judicial e a teoria da lesão é que: a modificação ou revisão de contratos de crédito bancário ao consumidor pelo Poder Judiciário deve ser a exceção e ter por balizas o respeito à harmonia e separação dos poderes, de modo que ao juiz é vedado decidir por equidade (pois “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito” – art. 4º, LINDB), tomar decisão contrária à regulação do mercado de crédito realizada pelos Poderes Legislativo e Executivo e pelo Banco Central do Brasil, mesmo que haja omissão de tais entidades (até mesmo porque a omissão também é uma opção de mercado); a alteração dos referenciais contratuais não pode incidir sobre o preço ajustado entre fornecedor e consumidor, salvo com relação às cláusulas imprecisas, obscuras ou incompreensíveis; e a aplicação do princípio do acesso à justiça deve levar em consideração o desestímulo à litigância oportunista e o respeito à regulação de mercado realizada em sua forma

coletiva, intervindo em contratos via litígios individuais apenas nos casos de defeitos na informação e evidente ofensa às restrições impostas pelo CDC/90.

A análise econômica do Direito aplicada aos empréstimos bancários ao consumidor permitiu avaliar referida modalidade contratual sobre duas perspectivas: a primeira, utilizando-se dos conceitos de contrato de adesão e da abusividade como mecanismos de redução das desigualdades entre os consumidores e os fornecedores e seus desdobramentos; a segunda, relacionada à avaliação do contrato enquanto fenômeno jurídico e econômico.

A adesão e a abusividade inferem que no plano objetivo, a análise de adequação dos mútuos bancários aos parâmetros do CDC/90 envolve sua concepção como contrato que não é regido pelo princípio da modicidade, que orienta a oferta de produtos e serviços mediante concessão e permissão públicas, mas sim pelo princípio da autonomia da vontade orientadora das negociações privadas. Além disso, e por força da implementação da teoria do abuso de direito, pretendendo atenuar as desigualdades entre as partes no contrato por adesão, foi imposto ao legislador estabelecer um rol de condutas consideradas abusivas que, se identificadas pelo intérprete, justificariam a modificação ou revisão dos parâmetros contratuais. Conforme destacado, essa modificação ou revisão não se orienta pelo princípio da modicidade do Direito Público, mas sim deverá ter por fundamento o rol de práticas ou cláusulas abusivas previstas em lei e que devem ser interpretadas a partir de mecanismos adequados de hermenêutica jurídico-econômicos.

A análise do contrato como fenômeno jurídico e econômico desdobrou-se ainda em duas dimensões: a análise do comportamento do consumidor e do fornecedor no ato de firmar o empréstimo bancário e os possíveis mecanismos jurídicos e econômicos indutores do comportamento esperado (jurídica e economicamente) e; a aplicação das condições gerais e específicas de validade do contrato como meio de definição das cláusulas abusivas a partir da avaliação da abusividade, da desproporcionalidade e da excessiva onerosidade.

Os possíveis mecanismos jurídicos e econômicos indutores do comportamento esperado na relação entre o consumidor tomador de empréstimo e a instituição financeira permitiram a compreensão de que se faz necessário estabelecer parâmetros quantitativos e qualitativos de informações e de incentivos à reciprocidade nos contratos de mútuo bancário que influenciarão a tomada de decisão, de modo a conferir estabilidade e eficiência jurídica na celebração e cumprimento das obrigações contratadas, repercutindo em bem-estar recíproco, efetivando-se a boa-fé objetiva.

Dentre os possíveis parâmetros referidos, foram analisados àqueles relacionados à teoria dos jogos, em especial, das bases que buscam atingir um equilíbrio no vínculo contratual

entre o consumidor e a instituição financeira. Dessa forma perquiriu-se uma solução para os efeitos decorrentes da seleção adversa e do racionamento do crédito a partir da obra de Harold Scott Bierman e Luis Fernandez (2011), concluindo que na aplicação do art. 6º, V, CDC/90 deve-se estar atento às variáveis que influenciam diretamente no comportamento por firmar empréstimos bancários, quais sejam:

1) a instituição financeira imporá condições contratuais que desestimulem a inadimplência, fazendo com que o tomador de empréstimo veja a mora como um mau resultado e priorize o pagamento das prestações;

2) na oferta de empréstimos bancários pode ser permitida a barganha ou não: sem barganha, o consumidor terá apenas uma opção consistente em aderir ou não à taxa de juros e, com barganha, terá a opção de oferecer sua proposta de taxa de juros, implicando para a instituição financeira aferir/prever (por indução retroativa), em contraproposta, a menor taxa de juros que o consumidor se dispõe a pagar até que adira ao contrato (a instituição financeira buscará taxas de juros mais altas, enquanto o consumidor, taxas mais baixas);

3) a barganha do preço (sem impaciência ou com impaciência) impõe custos aos contratantes, impondo que os custos da demora agilizem ou inviabilizem a contratação (com divisão do excedente);

4) em um ambiente de seleção adversa e de racionamento do crédito, a instituição financeira é levada a definir a quais tomadores emprestará dinheiro a juros mais baixos (tomadores com risco de crédito mais baixo), a quais se emprestará a juros mais altos (tomadores com risco de crédito mais alto) e a quem não se emprestará em hipótese alguma (tomadores sem crédito);

5) a diferenciação dos perfis de tomadores de empréstimo é relevante para evitar que a instituição financeira tenha somente tomadores que ofereçam maior risco;

6) a definição do grau de solvibilidade do tomador de empréstimo se faz mediante exigência de prévia comprovação de renda, a partir da qual a instituição financeira avaliará as condições da contratação e a taxa de juros a ser cobrada;

7) as instituições financeiras tendem a buscar sempre um equilíbrio quando há concorrência entre elas quanto à remuneração que pagam aos seus depositantes e a taxa de juros que cobram dos tomadores de empréstimos, de modo a oferecer condições mais atrativas que seus concorrentes, pois a redução de depositantes ou de tomadores de empréstimos lhe causa prejuízos em razão do desequilíbrio da oferta e da demanda.

Na perspectiva da teoria dos jogos a aplicação dilema do prisioneiro aos contratos de mútuo bancário ao consumidor gerou a conclusão de que, por envolver interesses

antagônicos (de um lado o consumidor objetivando pagar uma menor remuneração pelo capital emprestado e, de outro a instituição financeira com a pretensão de obter mais lucro com taxas de juros mais altas), é preciso que haja referenciais jurídicos a fim de que a cooperação se estabeleça. Mencionados referenciais são a lei, a interpretação dada à lei e as cláusulas contratuais.

A reciprocidade se efetiva, primeiramente, se as cláusulas contratuais forem cumpridas e contiverem sanção proporcional ao item das obrigações recíprocas estabelecidas. Por sua vez, a revisão ou modificação de contratos deve ocorrer somente se suas cláusulas estiverem em desacordo com os parâmetros prévios impostos pelo Estado via lei e jurisprudência, se a lei assim autorizar. Vale destacar, ainda, que os parâmetros fixados pelo Estado (em todos os seus Poderes) devem ser claros, compreensíveis e fechados (ou ao menos delimitados pelo estímulo ao comportamento cooperativo), pois a ambiguidade ou a abertura de expressões legislativas podem favorecer interpretações dúbias que justificariam a modificação ou revisão de contratos com quebra da reciprocidade que efetivaria a cooperação e, por consequência, gerar comportamentos não cooperativos que proporcionam condições mais onerosas ao consumidor.

Desse modo, no caso em análise, a interpretação das limitações contratuais impostas pelo CDC/90 deve ser realizada de forma restritiva, favorecendo a prevalência do contrato com eventual afastamento da pretensão pela sua modificação ou revisão.

Ainda sobre a aplicação da análise econômica foi dada ênfase à importância de se estimularem comportamentos honestos nas relações contratuais em contraponto aos oportunistas. No polo do fornecedor, deverá o intérprete acolher condutas coerentes com as práticas comerciais e contratuais prudentes (honestas) e refutar aquelas abusivas, evitadas de vícios e que não respeitem os deveres anexos (oportunistas). Quanto ao consumidor, deverá o intérprete respeitar a vontade livremente manifestada, executada e cumprida em um contrato com parâmetros claros, compreensíveis e sem práticas ou cláusulas abusivas (conduta honesta), e, por outro lado, reprovar condutas que nas mesmas condições anteriores sejam motivadas pela mera satisfação de um desejo iminente e independente da possibilidade e da vontade de cumprir o contrato em seus devidos termos e de ter ou não condições de cumprir o pacto (conduta desonesta/oportunista).

As condutas desonestas devem sempre ser avaliadas e refutadas, pois geram quebra da boa-fé objetiva, externalidade negativa e aumento dos custos de transação, repercutindo no repasse aos demais consumidores dos custos decorrentes das perdas geradas para o fornecedor ou para o consumidor, situação não desejada de acordo com a sistemática do CDC/90.

Por fim, a aplicação das condições gerais e específicas de validade do contrato e os deveres anexos como meio de definição das cláusulas abusivas a partir da avaliação da abusividade, da desproporcionalidade e da excessiva onerosidade viabiliza a conclusão de que o intérprete na aplicação do disposto no art. 6º, V, CDC/90, deve conferir segurança jurídica àqueles que elaboram os contratos com o conhecimento suficiente e adequado das restrições legais, evitando que sejam surpreendidos com a consideração da abusividade de cláusulas livremente firmadas entre os contratantes, gerando um custo que poderia ser evitado se fosse conhecido.

O cumprimento dos deveres anexos (lealdade, confiança, assistência ou cooperação, e sigilo ou confidencialidade) nos mútuos bancários são determinantes para a prática de preços (taxas de juros) mais favoráveis ao consumidor, pois estimulam comportamentos colaborativos e honestos e reduzem os custos de transação. Quanto maior o percentual de descumprimento, maior será o preço (taxa de juros) cobrado pelos empréstimos bancários (coletivização dos custos). Dessa forma, tendo o Direito o papel de regular e induzir comportamentos, cumpre ao legislador e ao intérprete estabelecer mecanismos de regulação e indução no cumprimento dos deveres anexos, fazendo com que se alcance o objetivo de favorecer os interesses dos consumidores com o estímulo à prática de juros mais baixos.

Nesse ponto, a atuação do Judiciário, como principal agente que dá concreção às normas abstratas, também é de suma relevância para o estímulo à prática de juros mais baixos (portanto, mais favoráveis ao consumidor, objetivo do CDC/90), pois soluções embasadas em argumentos abstratos e repetidores das normas também abstratas do CDC/90, como fundamento para a revisão dos contratos sem se levar em consideração mencionado referencial econômico, somente contribuem para o aumento dos juros (menos favorável ao consumidor) e não para sua diminuição (mais favorável ao consumidor).

Os parâmetros delineados pelo CDC/90 que autorizam a modificação ou a revisão dos mútuos bancários, ao mesmo tempo que buscam dar equilíbrio à relação jurídica de consumo, efetivando a igualdade material entre os contratantes (art. 5º, CF/88), trazem restrições do comportamento do fornecedor (bancos), que permitem a redução dos custos de transação, pois são conhecidas previamente. Por outro lado, a interpretação aberta das bases legais para fundamentar a revisão ou a modificação de contratos desestabiliza o negócio jurídico, na medida em que altera os custos previamente estipulados no ato da contratação, causando injustiça em um contrato perfeito.

Diante dessa afirmação, conclui-se que a concreção realizada pelo intérprete das normas do CDC/90 deve ser pautada por critérios objetivos, literais e taxativos (ou ao menos

tendentes à taxatividade) ao caracterizar determinado parâmetro contratual como desproporcional ou excessivamente oneroso. Em havendo cláusulas obscuras, incompreensíveis, abusivas ou nulas de pleno direito na forma do CDC/90, caberá a modificação ou revisão dos mútuos bancários ao consumidor. Do contrário, não existindo infração a referidos parâmetros, o contrato deverá ser mantido tal qual como firmado entre as partes.

REFERÊNCIAS

- ALÉM, Ana Cláudia; GIAMBIAGI, Fabio. *O BNDES em um Brasil em transição*. Rio de Janeiro: BNDES, 2010.
- AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- ARAÚJO, Fernando. *Teoria económica do contrato*. Coimbra: Almedina, 2007.
- ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.
- ARAUJO, Luiz Alberto David. *Direito Constitucional: Princípio da Isonomia e a Constatação da Discriminação Positiva*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- ASSIS NETO, Sebastião de; JESUS, Marcelo de; MELO, Maria Izabel de. *Manual de Direito Civil: volume único*. Salvador: Juspodivm, 2013.
- BALBI, Carlos Eduardo. *Determinantes da Demanda por Crédito em Cheque Especial da Economia Brasileira*. Revista Brasileira de Economia de Empresas. 2012; 12(2): 33-52. Disponível em: <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/rbee/article/download/3611/2706>. acesso em 01 ag. 2019.
- BANCO CENTRAL DO BRASIL. Departamento de Estudos e Pesquisas – DEPEP. *Juros e spread bancário no Brasil*. Nov. 2000. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/ftp/jurospspread112000.pdf>. Acesso em: 19 nov. 2018.
- BANCO CENTRAL DO BRASIL. *Taxas de juros, cálculos, índices e cotações*. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/pre/portalCidadao/calc/index.asp>. Acesso em: 19 nov. 2018.
- BANCO CENTRAL DO BRASIL. *Relatório de Economia Bancária 2017*. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/pec/depep/spread/REB_2017.pdf. Acesso em: 01 ag. 2019.
- BIERMAN, Harold Scott; FERNANDEZ, Luis. *Teoria dos Jogos*. Tradução de Arlete Simille Marques. 2. ed. São Paulo: Pearson Pretience Hall, 2011.
- BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de filosofia do direito*. 10. ed. rev. e aum. São Paulo: Atlas, 2012.
- BRANDÃO, Zaia. A dialética micro/macro na sociologia da educação. *Cadernos de Pesquisa*, n. 113, p. 153-165, jul. 2001. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/cp/n113/a08n113.pdf>. Acesso em: 19 nov. 2018.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 6. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Congresso Nacional, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 8 out. 2018.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 12 set. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm. Acesso em: 4 fev. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº. 1255573/RS. Rel. Min. Maria Isabel Galotti. Julg. 28 ago. 2013. Publ. *DJe*, de 24 out. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº. 1578526/SP. Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Julg. 31 ago. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1061530/RS, Rel. Min. Nancy Andrighiç. Julg. 22 out. 2008. Publ. *DJe*, 10 mar. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 472. A cobrança de comissão de permanência - cujo valor não pode ultrapassar a soma dos encargos remuneratórios e moratórios previstos no contrato - exclui a exigibilidade dos juros remuneratórios, moratórios e da multa contratual. *DJe*, 19 jun. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). ADI 4/DF. Rel. Min. Sydney Sanches. Julg. 07 mar. 1991. Publ. *DJ*, 25 jun. 1993.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Capitalismo dos técnicos e democracia. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 20, n. 59, p. 133-171, out. 2005. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v20n59/a09v2059.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2018.

BULGARELLI, Waldirio. *Títulos de crédito*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

CAGGIANO, Mônica Herman Salem. Código do Consumidor – Aspectos Constitucionais. In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno (org.). *Direito do Consumidor: vulnerabilidade do consumidor e modelos de proteção*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. II. p. 363-389. (Doutrinas essenciais).

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CARPENA, Heloísa; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. Superendividamento: proposta para um estudo empírico e perspectiva de regulação. In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno (org.). *Direito do Consumidor: vulnerabilidade do consumidor e modelos de proteção*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. II. p. 671-702. (Doutrinas essenciais).

COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de direito de comercial: direito de empresa*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial: direito de empresa*. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 3.

CONCEIÇÃO, Otávio Augusto Camargo. Os antigos, os novos e os neo-institucionalistas: há convergência teórica no pensamento institucionalista? *Revista Análise Econômica*. Ano 19, n. 36. p. 25-45. mar. 2000. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/AnaliseEconomica/article/view/10664/6299>. Acesso em: 22 set. 2019.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & economia*. Tradução de Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1984. v. 2.

DAVIS, Morton David. *Teoria dos jogos: uma introdução não-técnica*. Tradução de Leônidas Hegenber e Otanny Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 1973.

DENSA, Roberta. *Direito do Consumidor*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DINIZ, Maria Helena. Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. In: DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 3.

D'EMIDIO, Marcelo; ZWICKER, Ronaldo; ROCHA, Thelma Valéria; D'EMIDIO, Marília Gabriela Nogueira. O Cálculo do Valor da Marca por Consumidor: Estudo Empírico no Setor de Telefonia Móvel. In: ENCONTRO DE MARKETING DA ANPAD, 4., maio 2010, Florianópolis (SC). *Anais...* Florianópolis (SC): 23 a 25 maio 2010. Disponível em: <http://www.anpad.org.br/admin/pdf/ema115.pdf>. Acesso em: 19 nov. 2018.

CONSELHO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. DIRECTIVA 93/13/CEE DO CONSELHO de 5 de Abril de 1993 relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores. *Jornal Oficial n.º L 095*, de 21/04/1993, p. 0029-0034. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31993L0013:pt:HTML>. Acesso em: 4 fev. 2019.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Manual de direito comercial*. 19. ed. rev., atual. ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Congelamento de preços - tabelamentos oficiais (parecer). *Revista de Direito Público*, n. 91, p. 77-78, 1989.

FISHER, Irving. *A teoria do juro: determinada pela impaciência por gastar renda e pela oportunidade de investi-la*. Tradução de Wanda Nogueira Caldeira Brant, Rosely Rodrigues e Ana Maria Bush Iversson. São Paulo: Nova Cultural, 1988.

FIUZA, César; ALMEIDA, Renata Barbosa de; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. Uma nova contratualidade. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 53, p. 11-44, jul./dez. 2008. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/viewFile/76/72>. Acesso em: 4 fev. 2019.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Contratos: teoria geral. In: GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014a. v. 4, t. I.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Contratos em espécie. In: GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014b. v. 4, t. II.

GOMES, Orlando. *Contrato de adesão: condições gerais dos contratos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil I esquematizado: parte geral, obrigações, contratos (parte geral)*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos; FINK, Daniel Roberto; FILOMENO, José Geraldo Brito; NERY JUNIOR, Nelson; DENARI, Zemo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. Direito Material (arts. 1º a 80 e 105 a 108)*. 10ª ed. revista, atualizada e reformulada. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

INTERNATIONAL MONETARY FUND. *World Economic Outlook Database*. 2018. Disponível em: <https://www.imf.org/external/pubs/ft/weo/2018/02/weodata/index.aspx>. Acesso em: 19 nov. 2018.

IOCOHAMA, Celso Hiroshi; BRUNO, Camila Kienen; BERGAMASCHI, José Duarte Gonçalves. O escopo educativo do processo e a educação da sociedade por meio da tutela jurisdicional. *Revista Jurídica Cesumar*, v. 17, n. 1, p. 11-41, jan./abr. 2017. Disponível em: <http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/4368/2944>. Acesso em: 4 fev. 2019.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003.

LANZA NETO, Henrique. *Cédula de crédito bancário: título de crédito e valor mobiliário*. Belo Horizonte: Clube de Autores, 2011.

LIRA, Ricardo Pereira. A onerosidade excessiva observada nos contratos. *Revista de Direito Administrativo: RDA*, Rio de Janeiro, v. 159, p. 10-19, jan.-mar. 1985.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Constituição Federal interpretada: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo*. 4. ed. Barueri: Manole, 2013.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise econômica do direito*. Tradução Rachel Sztajn. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MANKIW, N. Gregory. *Introdução à economia*. Tradução da 6ª Ed. norte-americana de Allan Vidigal Hasting, Elisete Paes e Lima e Ez2 Translate. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2014.

MARQUES, Cláudia Lima Marques. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MARQUES, Cláudia Lima Marques. Algumas perguntas e respostas sobre prevenção e tratamento do superendividamento dos consumidores pessoais físicas. In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno (org.). *Direito do Consumidor: vulnerabilidade do consumidor e modelos de proteção*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. II. p. 563-593. (Doutrinas essenciais).

MARTINS, Flávio Alves. *Boa-fé e sua formalização no direito das obrigações brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé como modelo. In: MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes teóricas do Novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 188-221.

MEGLIORINI, Evandir. *Custos: análise e gestão*. 3. ed. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2011.

MENDONÇA, José Márcio. Justiça contribui para o alto custo do crédito no Brasil. *FGV Direito SP*, 13 nov. 2013. Disponível em: <http://direitosp.fgv.br/node/63707>. Acesso em: 3 out. 2014.

MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. Das obrigações, dos contratos e da prescrição em matéria comercial. MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. *Tratado de direito comercial brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1970. v. VI.

MENEGUIN, Fernando B.; BUGARIN, Mauricio S. *Regulação ótima e a atuação do judiciário: uma aplicação de teoria dos jogos*. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, nov. 2014. (Texto para Discussão nº 160). Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td160>. Acesso em: 5 nov. 2014.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (18. Câmara Cível). Apelação Cível 1.0407.11.003656-0/001. Rel. Des. Arnaldo Maciel. Julg. 28/03/2017. Publ. *DJe*, 31 mar. 2017.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (16. Câmara Cível). Apelação Cível 1.0024.06.030.554-7/001. Rel. Des. Batista de Abreu. Julg. 29 maio 2014. Publ. *DJe*, 11 jun. 2014.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (10. Câmara Cível). Apelação Cível 1.0056.13.015332-5/001. Rel. Des. Vicente de Oliveira Silva. Julg. 11 set. 2018. Publ. *DJe*, 21 set. 2018.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 24. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2009.

NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994.

NUNES, Rizzatto. *Curso de Direito do Consumidor*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

PARETO, Vilfredo. *Manual de Economia Política*. Tradução de João Guilherme Vargas Netto. 3. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1988. v. I.

PARIZZI, João Hagenbeck. *Abuso do direito de litigar: uma interpretação do direito de acesso ao judiciário através do desestímulo econômico dos litigantes habituais*. 2016. 129 f. Dissertação (Mestrado em Direito e Políticas Públicas) – Programa de Pós-graduação em Direito, Centro Universitário de Brasília (UNICEUB), Brasília, 2016. Disponível em:

<https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/235/12118/1/61250183.pdf>. Acesso em: 19 nov. 2018.

PENTEADO JR., Cássio Martins Camargo. O relativismo da autonomia da vontade e a intervenção estatal nos contratos. *Revista CEJ*, Brasília, v. 7, n. 23, p. 66-72, out.-dez. 2003. Disponível em: <http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/579/759>. Acesso em: 11 maio 2018.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 9. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

PIMENTA, Eduardo Goulart; LANA, Henrique Avelino R.P. Análise econômica do direito e sua relação com o direito civil brasileiro. *Rev. Fac. Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 57, p. 85-138, jul.-dez. 2010. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/viewFile/126/118>. Acesso em: 4 fev. 2019.

PIMENTA, Eduardo Goulart. Análise econômica do regime jurídico-constitucional da empresa no direito brasileiro. *Revista Novos Estudos Jurídicos - Eletrônica*, v. 21, n. 1, p. 312-342, jan.-abr. 2016. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/8769/4892>. Acesso em: 5 jan. 2017.

PINDYCK, Robert Stephen; RUBINFIED, Daniel Lee. *Microeconomia*. Tradução de Eleutério Prado, Thelma Guimarães e Luciana do Amaral Teixeira. 7. ed. São Paulo: Pearson Education do Brasil, 2010.

PINHO, Diva Benevides. Aspectos da evolução da ciência econômica – do início do século XXI às raízes do pensamento econômico. In: PINHO, Diva Benevides; VASCONCELLOS, Marco Antônio Sandoval de; TONETO JUNIOR, Rudinei (org.). *Manual de Economia*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

PIRES, Clênia de Oliveira; MACAGNAN, Clea Beatriz. Governança corporativa e assimetria de informação: uma revisão desta relação. *Revista Brasileira de Administração Científica*, Aquidabã, v. 4, n. 4, p. 80-94, jul.-dez. 2013. Disponível em: <http://sustenere.co/journals/index.php/rbadm/article/view/ESS2179-684X.2013.004.0005/436>. Acesso em: 4 fev. 2019.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita Maria Rimoli Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2008. (Coleção justiça e direito).

REBOUÇAS, Rodrigo Fernandes. *Autonomia privada e a análise econômica do contrato*. São Paulo: Almedina, 2017.

RIBEIRO, Raphael Rego Borges. Elementos de teoria e da interpretação do direito e sua aplicação aos testamentos. *Revista de Argumentação e Hermenêutica Jurídica*, Minas Gerais, v. 1, n. 2, p. 106-136, jul.-dez. 2015. Disponível em: <http://www.indexlaw.org/index.php/HermeneuticaJuridica/article/download/781/pdf>. Acesso em: 4 fev. 2019.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito do consumidor: direito material e processual*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2017.

TIMM, Luciano Benetti. *O novo direito civil: ensaios sobre o mercado, a reprivatização do direito civil e a privatização do direito público*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; LIMA, Taísa Maria Macena de. A criança e o adolescente no mundo consumerista. In: SÁ, Maria de Fátima Freire de; NOGUEIRA, Roberto Henrique Pôrto; SCHETTINI, Beatriz (org.). *Novos direitos privados*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016. p. 111-119.

SILVA, Maria Valesca Damásio de Carvalho. *Introdução às Teorias Econômicas*. Salvador: UFBA, 2016.

VARIAN, Hal Ronald. *Microeconomia: princípios básicos*. Tradução de Maria José Cyhlar Monteiro. Rio de Janeiro: Campus, 2003.

VASCONCELLOS, Marco Antônio Sandoval de; GARCIA, Manuel Enriquez. *Fundamentos de Economia*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

WESSELS, Walter J. *Economia*. Tradução de Fernando Cardoso Cotelo e Daniel Puglia. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.