UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
DEPARTAMENTO DE DIREITO PÚBLICO E FILOSOFIA DO DIREITO

Joana Silvestrin Zanon

DIREITO E ECONOMIA: ESTUDO SOBRE OS INCENTIVOS CRIADOS PELO DIREITO DO CONSUMIDOR DE SERVIÇOS BANCÁRIOS

Porto Alegre
2012

JOANA SILVESTRIN ZANON

DIREITO E ECONOMIA: ESTUDO SOBRE OS INCENTIVOS CRIADOS PELO DIREITO DO CONSUMIDOR DE SERVIÇOS BANCÁRIOS

Trabalho de conclusão do curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Dr. Fábio Costa Morosini

Porto Alegre

2012

JOANA SILVESTRIN ZANON

DIREITO E ECONOMIA: ESTUDO SOBRE OS INCENTIVOS CRIADOS PELO DIREITO DO CONSUMIDOR DE SERVIÇOS BANCÁRIOS

Trabalho de conclusão do curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Aprovado em 03 de julho de 2012.

BANCA EXAMINADORA:

_____

Professor Doutor Fábio Costa Morosini
(Orientador)

_____

Professor Doutor Cesar Viterbo Matos Santolim

_____

Professor Doutor Giácomo Balbinotto Neto

Agradeço aos meus pais, Maria da Gloria e José Inacio, pelo apoio incondicional aos meus projetos, pelo carinho e pela constante dedicação à minha formação pessoal e acadêmica. Agradeço-lhes, também, por serem exemplos de honestidade, determinação e superação.

Agradeço à minha irmã, Raquel, pela amizade, pelos cuidados que sempre dedicou a mim e por mostrar os belos frutos da dedicação aos estudos e aos amigos.

Agradeço ao meu orientador, Prof. Dr. Fábio Costa Morosini, pela orientação, pela receptividade e pela confiança. Agradeço-lhe, especialmente, por me apresentar ao Law & Economics *ainda em 2007, incentivando-me ao estudo interdisciplinar.*

RESUMO

A importância do mercado de crédito em uma economia de mercado, a crescente participação das pessoas físicas – presumidamente consumidores – neste mercado, os pouco mais de vinte anos do Código de Defesa do Consumidor e a tramitação, no Congresso Nacional, de anteprojetos de lei para sua atualização levantam a questão referente à adequação da forma pela qual vem sendo realizada a proteção do consumidor de serviços bancários. Diante deste cenário, o presente estudo se propõe a identificar os incentivos criados pela proteção dos consumidores de serviços bancários. Parte-se da hipótese de que o direito dos consumidores de serviços bancários tem gerado incentivos adversos, cujas consequências seriam aumento da taxa de juros remuneratórios praticada pelos bancos e comportamento displicente por parte dos consumidores. Para testar a validade desta hipótese inicial, utiliza-se da abordagem interdisciplinar do Direito e Economia. A partir da aplicação da metodologia da análise econômica, identificam-se os principais incentivos criados pela proteção do consumidor nos negócios jurídicos bancários. Conclui-se, então, pela validade da hipótese testada.

Palavras-chave: Direito e Economia – Proteção do Consumidor – Mercado de Crédito.

ABSTRACT

The importance of credit market in the market economy, the increasing participation of individuals – presumably consumers – in this market, the Consumer Protection Code twenty years or thereabouts, as well as the draft legislation to its update, which is in proceduring at the Congress, raise the question related to the suitability of how banking services consumers have been protected. Bearing this in mind, this study aims to identify the incentives created by the protection of banking services consumers. It starts with the hypothesis that the protection of banking services consumers has created perverse incentives, whose consequences would be the increasing of compensatory interest rates which have been practiced by the banks and careless behavior from the consumers. The Law and Economics interdisciplinary approach is used to test the validity of this initial hypothesis. Applying the economics methodology of analysis, the major incentives created by the protection of banking services consumers are identified. Consequently, it follows the validity of the hypothesis.

Keywords: Law and Economics – Consumer Protection – Credit Market.

LISTA DE FIGURAS

Figura 1. Curva da oferta agregada.

Figura 2. Curva da demanda agregada.

Figura 3. Ponto de equilíbrio – intersecção entre curva da oferta e curva da demanda.

Figura 4. Matriz de *payoffs* – dilema dos prisioneiros.

Figura 5. Matriz de *payoffs* – jogo do principal e do agente, sem e com contrato.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADIn – Ação Direta de Inconstitucionalidade

Art(s). – Artigo(s)

CC – Código Civil Brasileiro de 2002

CDC – Código Brasileiro de Defesa do Consumidor

CF – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

CONDGs – Condições gerais dos contratos

CPC – Código de Processo Civil

EUA – Estados Unidos da América

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO 11
2 FERRAMENTAS DE DIREITO E ECONOMIA 14
2.1 CONCEITOS FUNDAMENTAIS: MAXIMIZAÇÃO, EQUILÍBRIO E EFICIÊNCIA ..15
2.2 ELEMENTOS DA TEORIA DA OFERTA E DA DEMANDA 16
2.2.1 A curva da oferta agregada 17
2.2.2 A curva da demanda agregada 18
2.2.3 O equilíbrio de mercado 19
2.3 TOMADA DE DECISÃO, INCERTEZA E RISCO 21
2.4 TEORIA DOS JOGOS 23
2.5 TEORIA ECONÔMICA DO CONTRATO: FINALIDADES DO DIREITO CONTRATUAL 26
2.5.1 Possibilitar a cooperação e a eficiência 26
2.5.2 Incentivar a revelação eficiente de informações 28
2.5.3 Assegurar o compromisso com o adimplemento 29
2.5.4 Assegurar a confiança ótima 30
2.5.5 Minimizar os custos de transação 31
2.5.6 Promover as relações contratuais duradouras 32
3 A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR DE SERVIÇOS BANCÁRIOS 35
3.1 APLICABILIDADE DO CDC À RELAÇÃO CLIENTE-INSTITUIÇÃO FINANCEIRA 35
3.2 CONTRATOS DE ADESÃO, CLÁUSULAS GERAIS E ABUSIVIDADE 38
3.2.1 As condições gerais dos contratos ou cláusulas gerais contratuais 41
3.2.2 As cláusulas abusivas 42
3.2.3 Consequência jurídica e formas de controle da abusividade 44
3.3 LIMITE À TAXA DE JUROS REMUNERATÓRIOS 50
4 CONSEQUÊNCIAS DA PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR DE SERVIÇOS BANCÁRIOS 54
4.1 INCERTEZA JURISDICIONAL E O MERCADO DE CRÉDITO 55
4.1.1 Conceito e relevância da incerteza jurisdicional 55
4.1.2 Verificação do viés anticredor no sistema jurídico brasileiro 57
4.1.3 Evidências acerca dos impactos da incerteza jurisdicional 61
4.2 IGNORÂNCIA RACIONAL E A RELAÇÃO DE CONSUMO BANCÁRIA 63

4.2.1 A ignorância racional e os contratos estandardizados 63
4.2.2 Incentivos criados pela (não)executabilidade de cláusulas contratuais e pela morosidade judicial 67
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS 73
REFERÊNCIAS 75

1 INTRODUÇÃO

A importância do crédito em uma economia de mercado é inquestionável. O crédito produtivo é mecanismo de geração de riqueza, ao possibilitar a criação de valor por quem, sem ele, não disporia de meios para isto. O crédito voltado ao consumo, por sua vez, permite a antecipação de desejos através de poupança alheia, o que é viabilizado por intermediários financeiros. (SADDI, 2007). Portanto, na sociedade de consumo, tão essenciais quanto produtores e consumidores são as instituições financeiras.

A relevância das operações de crédito para a economia brasileira pode ser ilustrada a partir do Relatório de Economia Bancária e Crédito, elaborado anualmente pelo Banco Central do Brasil. Segundo o Relatório mais recente (2010), superados os impactos da crise financeira internacional de 2008 e 2009, as operações de crédito apresentaram significativo incremento em 2010, atingindo montante de R$ 1.706 bilhões em dezembro, com crescimento interanual de 20,6% ante o crescimento de 15,6% em 2009. A expansão mais significativa foi a das operações de crédito livre para pessoas físicas, especialmente financiamentos para aquisição de veículos e crédito pessoal consignado em folha de pagamento. (BANCO CENTRAL DO BRASIL, 2010).

O crescimento do crédito concedido para pessoas físicas reflete também no aumento de sua participação relativa nas carteiras de crédito referencial, isto é, créditos livres acompanhados pelo Banco Central do Brasil, com a finalidade de estimar os valores das taxas de juros, *spreads*, prazos médios, inadimplência e fluxos de concessão. Em 2008, a participação relativa dos créditos concedidos a pessoas físicas era de 41,5%, aumentou para 44,9% em 2009, e atingiu o patamar de 47,4% em 2010, em detrimento da participação relativa dos créditos concedidos a pessoas jurídicas. (BANCO CENTRAL DO BRASIL, 2010). A partir destes dados, percebe-se a crescente importância do crédito concedido a pessoas físicas – presumidamente consumidores – no Brasil.

Ademais, no mercado de crédito, um aspecto de grande relevância é a taxa de juros praticada pelos intermediários financeiros. No Brasil, esta taxa é reconhecidamente alta. São diversos os fatores que determinam a taxa de juros do mercado, como aspectos macroeconômicos, políticos e institucionais e o perfil dos agentes econômicos tomadores de crédito. Para Adam Smith, aspectos legais também influenciam as taxas de juros: “Deficiências legais podem por vezes elevar a taxa de juro a um nível consideravelmente superior ao induzido pela situação do país no que respeita à sua riqueza ou pobreza”. (SMITH, 1987, p. 225). Para o autor, a incerteza gerada com a ausência de garantia legal para

o cumprimento dos contratos leva o credor a exigir de todos a mesma, e elevada, taxa de juros que usualmente exige dos falidos. (SMITH, 1987).

Esta influência do aspecto legal – entendido de forma ampla, abrangendo tanto as normas legais positivadas quanto a sua aplicação aos casos concretos na esfera do Poder Judiciário – sobre o mercado de crédito é o que motiva o presente estudo, focado nos contratos de crédito para consumo. Afinal, "[o]s arranjos institucionais (contratos) somados ao ambiente institucional definirão diferentes mecanismos de incentivos, assim como remédios para o não cumprimento das promessas". (SZTAJN; ZYLBERSZTAJN; AZEVEDO, 2005, p. 104).

No caso dos contratos envolvendo consumidores, há regulação por lei específica, o Código de Defesa do Consumidor (CDC – Lei nº 8.078/1990). As regras aplicáveis à relação consumidor-instituição financeira, por óbvio, não estão restritas a este diploma legal, o que de maneira alguma mitiga sua relevância como disciplinador das relações de crédito consumeristas.

Assim, é neste contexto de crescente participação do crédito ao consumidor, pessoa física, no mercado de crédito brasileiro, somado aos pouco mais de vinte anos do Código de Defesa do Consumidor, que se acentua a necessidade de reflexão acerca da proteção do consumidor de serviços bancários e dos incentivos por ela criados. Incentivos estes que se refletem na tomada de decisão dos bancos e dos próprios consumidores, influenciando o mercado de crédito. Contribui fortemente para a necessidade de análise dos incentivos criados pela proteção do consumidor a recente entrega ao presidente do Senado Federal, José Sarney, de anteprojetos de atualização do Código de Defesa do Consumidor elaborado por uma comissão de juristas, presidida pelo Ministro Antônio Herman Benjamin[1].

Neste seara, o presente trabalho se propõe a analisar o seguinte problema: **quais os incentivos criados pela proteção dos consumidores de serviços bancários?**

A hipótese testada no presente estudo é a de que a proteção dos consumidores de serviços bancárias, da forma como vem sendo realizada, cria incentivos cujas consequências são um aumento nas taxas de juros praticadas pelas instituições financeiras e um comportamento oportunista por parte dos consumidores. Para a verificação desta hipótese, a presente pesquisa é divida em três partes (Capítulos 2, 3 e 4), além desta introdução e das considerações finais.

---

[1] Informações completas sobre o tema podem ser encontradas no sítio do Senado Federal (http://www.senado.gov.br/senado/codconsumidor/default.asp).

De início, no Capítulo 2, introduz-se a corrente teórica do Direito e Economia, sua origem e suas principais ferramentas teóricas. Esta primeira parte, portanto, destina-se àqueles que ainda não travaram contato com o Direito e Economia, a fim de que possam compreender alguns dos fundamentos de tal abordagem teórica, que instrumentalizará posterior análise da proteção dos consumidores de serviços bancários.

A seguir, desenvolve-se um estudo acerca das normas e institutos jurídicos de proteção ao consumidor de serviços bancários. Sendo o objetivo do presente estudo analisar os incentivos criados pela defesa do consumidor estipulada em lei e aplicada pelos tribunais, privilegia-se na apreciação das normas e institutos jurídicos a perspectiva dos autores do Código de Defesa do Consumidor e dos anteprojetos de atualização deste.

Na terceira e última parte, analisa-se a proteção do consumidor sob o prisma do Direito e Economia, identificando-se os incentivos criados por tal proteção sobre o mercado de crédito e sobre a relação jurídica entre consumidores e instituições financeiras, de modo a, por fim, confirmar ou refutar a hipótese apresentada.

2 FERRAMENTAS DE DIREITO E ECONOMIA

O Direito e Economia pode ser definido como a aplicação de teorias e métodos da Economia às normas e instituições jurídico-políticas. Originado nos Estados Unidos, mais especificamente nas Universidades de Chicago e Yale, espalhou-se pelos EUA e pelo mundo – a partir dos anos 1980, ganhou visibilidade inclusive nos países de tradição de Direito Continental, dentre eles o Brasil. (SALAMA, 2008). A relação entre as Ciências Jurídicas e a Economia, no entanto, remonta ao século XVIII. Adam Smith já estudava os efeitos econômicos das normas jurídicas, e Jeremy Bentham demonstrava a importância da interdisciplinaridade ao associar legislação e utilitarismo. (SZTAJN, 2005).

De início, é preciso desmitificar o Direito e Economia. Ao contrário do que se pode pensar, a disciplina de Direito e Economia não se propõe a dar respostas definitivas. Não se trata de um "conjunto de predicados do tipo 'receita de bolo' que conduzam necessariamente a modelos do tipo 'juízes e legisladores devem adotar a regra X na situação Y porque esta é a solução eficiente e correta para o problema Z'". (SALAMA, 2008, p. 50). Tampouco o Direito e Economia está limitado à discussão acerca do papel da eficiência na determinação das normas jurídicas. Apegar-se a esta limitação significa ignorar a existência de um segundo tipo de análise; uma análise que pretende ser meramente descritiva e explicativa da realidade jurídica. (SALAMA, 2008).

As principais críticas direcionadas à abordagem interdisciplinar do Direito e Economia fundamentam-se no argumento de que o Direito se ocupa de valores, como ética e moral, enquanto a Economia cuida da maximização de resultados, da eficiência, inviabilizando o emprego dos parâmetros econômicos para avaliar normas jurídicas. Apesar de persistirem, as críticas vêm perdendo espaço na medida em que as contribuições do Direito e Economia se mostram positivas. (SZTAJN, 2005).

Há dois níveis epistemológicos do Direito e Economia. O primeiro deles é a dimensão positiva ou descritiva, que se ocupa das consequências do Direito no mundo real dos fatos. De certo modo, o Direito e Economia positivo intenta verificar a pertinência entre meios e fins normativos. (SALAMA, 2008). Ademais, auxilia na compreensão do que é uma norma jurídica, identificando sua racionalidade, além das prováveis consequências da adoção de determinada norma. (GICO JR., 2012). A análise positiva, assim, "[...] adota a perspectiva de um cientista, avaliando fenômenos sem propor alterações". (TIMM; GUARISSE, 2012, p. 159).

O segundo nível epistemológico é a dimensão normativa ou prescritiva, cujo objeto é o estudo da relação (se ela existe, e como ela se dá) entre justiça e os conceitos de eficiência econômica e maximização da riqueza e do bem-estar. (SALAMA, 2008). Assim, o Direito e Economia normativo auxilia na escolha da alternativa mais eficiente, dentre todas as possíveis – escolha do melhor arranjo institucional, partindo-se de uma valor predeterminado. (GICO JR., 2012).

A presente pesquisa enquadra-se no primeiro nível epistemológico descrito, propondo-se a identificar as consequências da proteção do consumidor de serviços bancários sobre o comportamento dos agentes envolvidos, considerando que "[...] a contribuição mais importante do direito e economia para a faculdade de direito é trazer uma metodologia coerente – tanto teórica quanto empiricamente – para entender como pessoas reais respondem a regras jurídicas". (COOTER; ULEN, 2010, ix). A Análise Econômica do Direito oferece, pois, "um instrumental teórico maduro que auxilia a compreensão dos fatos sociais e, principalmente, como os agentes sociais responderão a potenciais alterações em suas estruturas de incentivos". (GICO JR., 2012, p. 2). Assim, "[s]e a avalição da adequação de determinada norma está intimamente ligada às suas reais consequências sobre a sociedade (consequencialismo), a juseconomia se apresenta como uma interessante alternativa para este tipo de investigação." (GICO JR., 2012, p. 11).

Para avaliar a proteção do consumidor de serviços bancários, portanto, é preciso conhecer as ferramentas teóricas básicas de Direito e Economia, apresentadas na seção seguinte, e que fundamentam a análise apresentada no Capítulo 4 do presente trabalho.

2.1 CONCEITOS FUNDAMENTAIS: MAXIMIZAÇÃO, EQUILÍBRIO E EFICIÊNCIA

Os conceitos de maximização, equilíbrio e eficiência estão muito presentes na teoria econômica, especialmente na microeconomia.

Maximização pode ser entendida como a escolha da melhor alternativa considerando o que permitem as restrições (os recursos são escassos). Os economistas geralmente supõem que os agentes agem maximizando algo – os consumidores maximizam sua utilidade (felicidade ou satisfação), as empresas buscam a maximização dos lucros e as organizações beneficentes maximizam o bem-estar social, por exemplo. (COOTER; ULEN, 2010). Assim, na perspectiva do consumidor, ele fará sua escolha buscando a maximização de sua satisfação, considerando suas preferências (as pessoas podem preferir um produto a outro) e sua restrição

orçamentária (a renda dos consumidores é limitada, restringindo a quantidade de mercadorias que podem ser adquiridas). (PINDYCK; RUBINFELD, 2007).

Estando a maximização intrinsecamente ligada ao exercício de uma escolha, há que se mencionar o custo de oportunidade. Este custo corresponde à "[...] segunda alocação factível mais interessante para o recurso, mas que foi preterida" (GICO JR., 2012, p. 19), de tal sorte que a toda escolha corresponde um custo de oportunidade, sendo este equivalente às alternativas não escolhidas.

Além da suposição de que os agentes atuam com vistas à maximização do seu interesse, os economistas tendem a "caracterizar todo fenômeno social como um *equilíbrio* na interação de agentes maximizadores" (COOTER; ULEN, 2010, p. 37), sendo o equilíbrio "um padrão de interação que persiste a menos que seja perturbado por forças externas". (COOTER; ULEN, 2010, p. 37). Os agentes, porém, não têm por objetivo o equilíbrio. Seu objetivo é, sim, a maximização; e o comportamento maximizador de cada um é que impele os indivíduos a um ponto de repouso, de equilíbrio. (COOTER; ULEN, 2010).

Cabe, ainda, observar que a abordagem do Direito e Economia não exige a suposição de "[...] que os indivíduos sejam egoístas, gananciosos ou motivados apenas por ganhos materiais, tão somente assume-se que os agentes são racionais maximizadores de sua utilidade, seja lá o que isso significar para *eles*". (GICO JR., 2012, p. 23, grifo original).

Quanto à eficiência, não há um conceito único que a defina. Um processo produtivo será eficiente, por exemplo, quando uma das seguintes condições estiver em vigor: não é possível gerar determinada quantidade de produto a partir de uma combinação de insumos de custo inferior; ou não é possível gerar quantidade maior de produto a partir de determinada combinação de insumos. (COOTER; ULEN, 2010). Pindyck e Rubinfeld (2007) apresentam duas outras definições de eficiência – eficiência econômica e eficiência técnica. Segundo os autores, a eficiência econômica pode ser entendida como a "maximização do excedente do consumidor e do produtor em conjunto". (PINDYCK; RUBINFELD, 2007, p. 258). Ademais, haverá eficiência técnica "quando as empresas combinam insumos para produzir um dado produto do modo menos dispendioso possível". (PINDYCK; RUBINFELD, 2007, p. 513).

2.2 ELEMENTOS DA TEORIA DA OFERTA E DA DEMANDA

O estudo da oferta e da demanda é uma ferramenta a partir da qual se podem extrair importantes análises acerca do comportamento do mercado – em termos de preço e volume de produção – diante de fatores como as condições econômicas mundiais, os incentivos e os

controles governamentais, por exemplo. Ausente qualquer intervenção estatal, a oferta e a demanda de determinado produto tendem ao equilíbrio, definindo, assim, o preço de mercado e a quantidade ofertada de tal produto. (PINDYCK; RUBINFELD, 2007).

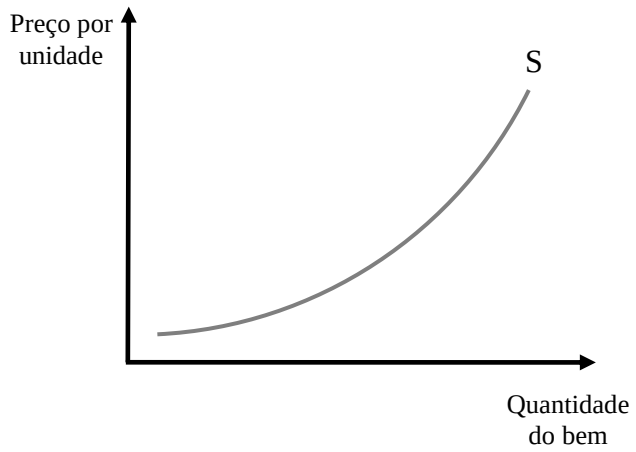
O equilíbrio entre oferta e demanda, em um mercado perfeitamente competitivo, é determinado pela intersecção entre a curva de oferta e a curva de demanda agregadas[2]. (COOTER; ULEN, 2010). Necessário, portanto, analisar cada uma destas curvas, o que é feito a seguir de forma bastante simplificada.

2.2.1 A curva da oferta agregada

A curva da oferta de mercado relaciona preços e quantidades de um bem, "[...] indicando a quantidade de mercadoria que os produtores estão dispostos a vender a determinado preço, mantendo-se constantes quaisquer outros fatores que possam afetar a quantidade ofertada". (PINDYCK; RUBINFELD, 2007, p. 18).

A curva de oferta tem inclinação ascendente, devido à Lei da Oferta, que pode ser assim enunciada: "[...] um aumento no preço do bem, tudo o mais constante, gera maior interesse dos empresários em ofertar o produto, ou seja, aumentar a quantidade ofertada". (ARAUJO JR.; SHIKIDA, 2012, p. 49).

Figura 1. Curva da oferta agregada.



Fonte: elaborada pela autora a partir de ARAUJO JR.; SHIKIDA, 2012, p. 56.

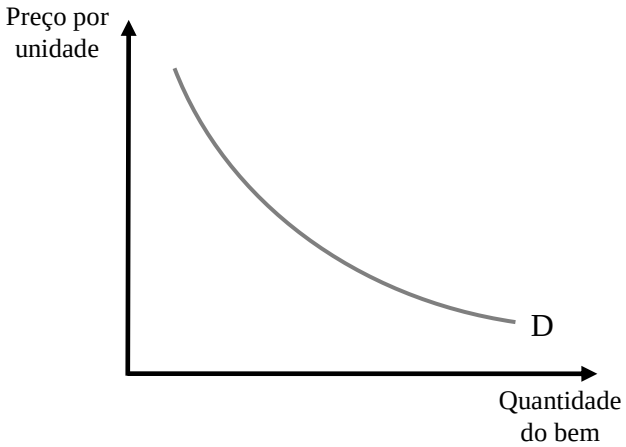
[2] Assumem-se aqui algumas premissas, a fim de simplificar a análise: inexiste poder de mercado, os produtos são homogêneos, consumidores e produtores são tomadores de preços e há livre acesso ao mercado. (ARAUJO JR.; SHIKIDA, 2012).

A curva de oferta pode ser deslocada para direita ou para esquerda conforme o custo de produção – compreendido por elementos como salários, taxa de juros e custo de matérias-primas – sofra variações. “Se o custo de produção cai, as empresas podem produzir a mesma quantidade com um preço menor ou uma quantidade maior com o mesmo preço. A curva da oferta desloca-se, então, para a direita [...].” (PINDYCK; RUBINFELD, 2007, p. 18).

2.2.2 A curva da demanda agregada

A curva da demanda de mercado também relaciona preço e quantidade de determinado bem, mantendo-se tudo mais constante, indicando a quantidade que os consumidores como um todo estão dispostos a comprar conforme varie o nível do preço unitário do bem. Ao contrário da curva de oferta, porém, a inclinação da curva de demanda é, geralmente, descendente, pois os consumidores tendem a comprar maiores quantidades de determinado bem quando seu preço for mais baixo. (PINDYCK; RUBINFELD, 2007). Bens cujo consumo aumenta com a redução do preço são classificados como bens comuns ou ordinários; e a relação inversamente proporcional entre preços e quantidades demandadas é conhecida como Lei da Demanda. (ARAUJO JR.; SHIKIDA, 2012).

Figura 2. Curva da demanda agregada.



Fonte: elaborada pela autora a partir de ARAUJO JR.; SHIKIDA, 2012, p. 52.

O nível de inclinação da curva de demanda, por seu turno, varia conforme a sua elasticidade-preço. A demanda tende a ser mais elástica no longo prazo que no curto prazo; no entanto, o fator que contribui de maneira mais significativa para a determinação da

elasticidade da demanda por um bem é a disponibilidade de bens substitutos[3]. Quanto maior a disponibilidade de bens substitutos, mais elástica será a demanda, portanto mais horizontal será a inclinação da curva. Inversamente, quanto menor a disponibilidade de bens substitutos, menos elástica será a demanda, e mais vertical a inclinação da curva de demanda. (COOTER; ULEN, 2010).

Pode haver deslocamento também da curva de demanda. Neste caso, um dos fatores determinantes não é o custo de produção, mas sim o nível de renda. Se a renda dos consumidores aumentar, por exemplo, a curva de demanda será deslocada para direita, uma vez que, a um nível de renda mais alto, os consumidores estariam dispostos a pagar preços mais elevados por determinado bem[4]. (PINDYCK; RUBINFELD, 2007). Ocorrerá o inverso no caso de a renda dos consumidores sofrer redução.

2.2.3 O equilíbrio de mercado

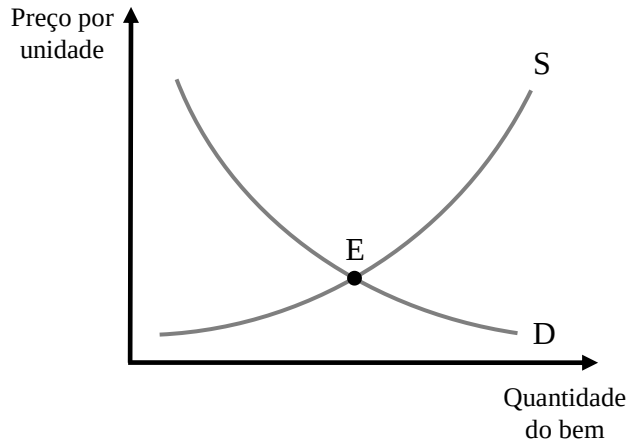
Conforme mencionado, o equilíbrio de mercado perfeitamente competitivo é obtido pela intersecção das curvas de oferta e demanda agregadas (ponto E no gráfico abaixo – Fig. 3). No ponto de intersecção entre as curvas, igualam-se as quantidades ofertadas e demandas. Deste ponto, também, extrai-se a relação preço-quantidade de equilíbrio. Quando praticados o preço de equilíbrio e a quantidade de equilíbrio haverá maximização da utilidade por parte dos consumidores e dos lucros por parte dos fornecedores. (COOTER; ULEN, 2010).

---

[3] "Os bens são substitutos quando um aumento no preço de um deles produz um aumento na quantidade demandada do outro. Por exemplo, [...] a carne de vaca e a carne de frango são bens substitutos, uma vez que muitos consumidores decidem substituir uma pela outra quando seus preços mudam." (PINDYCK; RUBINFELD, 2007, p. 20).

[4] Existe uma diferenciação entre bens ditos "normais" e bens "inferiores". "Bens que têm aumentada (diminuída) a quantidade demandada quando a renda cresce (diminui) são chamados *bens normais* [...]. Já aqueles que apresentam redução (aumento) na quantidade demandada com o aumento (redução) de renda são denominados *bens inferiores*." (ARAUJO JR.; SHIKIDA, 2012, p. 42, grifos originais).

Figura 3. Ponto de equilíbrio – intersecção entre curva da oferta e curva da demanda**.**



Fonte: elaborada pela autora a partir de ARAUJO JR.; SHIKIDA, 2012, p. 58.

Se o preço de determinado bem estiver em outro ponto ao longo das curvas, que não o de equilíbrio, haverá escassez ou excesso de oferta, o que exercerá pressão para que seja atingido o equilíbrio. A escassez de oferta se observa em mercados cujo preço do bem esteja abaixo do ponto de equilíbrio. Neste caso, a quantidade demandada supera a quantidade ofertada, implicando uma pressão ascendente nos preços. Como não há bens suficientes no mercado, os consumidores se disporiam a pagar preços mais elevados pelos bens disponíveis. Em resposta, os fornecedores aumentariam os preços e a quantidade produzida, tendendo ao ponto de equilíbrio. (PINDYCK; RUBINFELD, 2007).

Por outro lado, haverá excesso de oferta quando o preço estiver acima do preço de equilíbrio. Nesta situação, a quantidade ofertada supera a quantidade demandada. A fim de vender os bens excedentes, os produtores tenderiam a baixar os preços. Como consequência, os consumidores tenderiam a consumir quantidades maiores, enquanto os fornecedores seriam incentivados a ofertar quantidades menores de determinado bem. Novamente, tender-se-ia ao ponto de equilíbrio. (PINDYCK; RUBINFELD, 2007).

Conclui-se, portanto, que

> [a] interação entre consumidores e vendedores leva o mercado automaticamente ao equilíbrio. No ponto de equilíbrio, não existem pressões para cima ou para baixo sobre os preços. Dos ajustes discutidos acima derivamos a Lei da Oferta e da Demanda: o preço de certo bem se ajusta para equilibrar a oferta e a demanda do mesmo. (ARAUJO JR.; SHIKIDA, 2012, p. 57).

Conforme mencionado anteriormente, uma alteração no nível de renda pode deslocar a curva da demanda agregada, enquanto que eventual modificação nos custos de produção poderá deslocar a curva da oferta agregada. Um deslocamento, para esquerda ou para direita, da curva da oferta ou da demanda agregada, implicaria uma alteração no ponto de equilíbrio, uma vez que o deslocamento de uma ou ambas as curvas altera o ponto de intersecção entre elas (exceção feita à situação em que ambas tenham deslocamento no mesmo sentido e de mesma magnitude).

Ressalta-se que muitos outros fatores interferem nas curvas de oferta e demanda agregadas, no funcionamento do mercado e na determinação do seu ponto de equilíbrio. A abordagem simplificada do tema exposta nesta seção não tem, pois, a pretensão de o exaurir, e sim a de possibilitar um modo intuitivo de se perceber como os incentivos básicos – como preços, quantidades, renda e custos de produção – atuam sobre a demanda, a oferta e o equilíbrio de mercado. Apresentados os mecanismos básicos de interação entre produtores e consumidores, é mister analisar alguns aspectos da tomada de decisão por parte de tais agentes econômicos.

2.3 TOMADA DE DECISÃO, INCERTEZA E RISCO

Muitas das decisões dos agentes econômicos são tomadas envolvendo considerável grau de incerteza, causada por diversos motivos, como a questão temporal e o fato de se disporem de informação incompleta. Assim, faz-se necessário determinar o grau de risco que se está disposto a assumir, o que pressupõe a quantificação do risco. (PINDYCK; RUBINFELD, 2007). “Para podermos descrever o risco de forma quantitativa, é necessário que saibamos quais são os possíveis resultados de determinada ação, bem como qual a probabilidade de ocorrência de cada resultado.” (PINDYCK; RUBINFELD, 2007, p. 132).

A probabilidade diz respeito à possibilidade de ocorrência de determinado resultado. Logo, a soma das probabilidades de todos os resultados possíveis deve ser igual a um, admitindo duas formas de interpretação. Conforme a interpretação objetiva, a “probabilidade fundamenta-se na frequência com a qual determinados eventos tendem a ocorrer” (PINDYCK; RUBINFELD, 2007, p. 132), tendo-se por base a frequência de experiências similares já ocorridas. Por outro lado, a interpretação subjetiva da probabilidade traduz-se pela percepção de que determinado resultado poderá vir a ocorrer. Note-se que, neste caso, a percepção pode estar fundamentada na experiência ou julgamento de uma pessoa, mas não necessariamente da real frequência de resultados similares passados. Isso possibilita a

variação das probabilidades subjetivas de um indivíduo para outro. (PINDYCK; RUBINFELD, 2007).

A probabilidade de ocorrência de um resultado é importante para o cálculo do valor esperado de uma situação incerta. Este "[...] corresponde a uma média ponderada dos **payoffs** ou valores associados a todos os possíveis resultados, sendo as probabilidades de cada resultado utilizadas com o seu respectivo peso". (PINDYCK; RUBINFELD, 2007, p. 132-133, grifo original). Em se tratando de uma média ponderada, o valor esperado traduz a tendência central – o resultado que, na média, deve-se esperar que ocorra.

Genericamente, o valor esperado de uma situação com *n* resultados possíveis pode ser expresso pela seguinte equação:

$$E(X) = Pr_1X_1 + Pr_2X_2 + ... + Pr_nX_n$$

em que E(X) é o valor esperado de X, $X_{1,2,..,n}$ são os payoffs ou resultados possíveis, e $Pr_{1,2,..,n}$, as probabilidades de ocorrência relacionadas a cada resultado. (PINDYCK; RUBINFELD, 2007). Se existirem apenas dois resultados possíveis, lembrando que a soma das probabilidades deve ser igual a 1, a equação do valor esperado poderá ser escrita da seguinte forma:

$$E(X) = Pr_1X_1 + (1- Pr_1)X_{2.}$$

Cooter e Ulen (2010) apresentam um exemplo de valor monetário esperado que facilita a compreensão do que foi exposto. Conforme o exemplo exposto pelos autores (COOTER; ULEN, 2010, p. 65-66), um empreendedor tem opção de investir em dois novos projetos, D_1 e D_2. O projeto D_1 tem mercado conhecido e estável, e resultado certo de US$ 200. Já o projeto D_2 tem mercado desconhecido e resultado incerto. Se houver aceitação do público consumidor, o resultado provável é de US$ 300. Porém, se os consumidores não gostarem do novo produto, provavelmente haverá prejuízo de US$ 30. Aplicando-se tais valores na equação apresentada anteriormente, considerando Pr a probabilidade de sucesso e (1-Pr) a probabilidade de fracasso, tem-se que

$$E(D_2) = Pr(300) + (1-Pr)(-30).$$

Surge, então, o problema de como saber o valor das respectivas probabilidades (como são apenas dois resultados possíveis, basta saber o valor de uma probabilidade). Um empreendedor experiente pode ter alguma intuição sobre seu valor (probabilidade subjetiva, conforme conceito de Pindyck e Rubinfeld anteriormente apresentado). Outra possibilidade é a existência de uma pesquisa de mercado que forneça base científica para quantificar a probabilidade. Uma terceira alternativa é calcular a probabilidade que iguala o valor esperado de D_2 ao retorno certo de D_1. Esse cálculo é interessante, pois, apesar de não identificar o valor certo de Pr, ele indica o quão elevado esse valor deve ser para que o projeto incerto D_2 tenha resultados equivalentes ao projeto seguro D_1. (COOTER; ULEN, 2010).

No exemplo, o retorno de D1 é igual a US$ 200. Assim, basta igualar esse valor ao $E(D_2)$:

$$200 = Pr(300) + (1-Pr)(-30).$$

Dessa equação, tem-se que Pr é igual a 0,7. Como consequência, se o empreendedor estimar uma probabilidade de sucesso maior do que 0,7 para o projeto D_2, ele deverá optar por este. No entanto, se a probabilidade estimada de sucesso for inferior a 0,7, o empreendedor deverá escolher o projeto mais seguro, D_1. (COOTER; ULEN, 2010).

2.4 TEORIA DOS JOGOS

Segundo Pindyck e Rubinfeld, jogo pode ser definido como "[...] uma situação em que os *jogadores* (participantes) tomam *decisões estratégicas*, ou seja, decisões que levam em consideração as atitudes e as respostas dos outros". (PINDYCK; RUBINFELD, 2007, p. 407, grifos originais). Das decisões estratégicas resultam *payoffs* – recompensas ou benefícios que traduzem o valor associado a um resultado possível. Para empresas que estabelecem o preço, por exemplo, o *payoff* é o lucro. Já para os consumidores que oferecem lances em um leilão, o *payoff* é o excedente do consumidor, isso é, o valor por eles atribuído ao objeto leiloado menos o valor efetivamente pago. (PINDYCK; RUBINFELD, 2007).

O objetivo da Teoria dos Jogos é, portanto, "[...] determinar a estratégia ótima para cada jogador. **Estratégia** é uma rega ou um plano de ação para o jogo. [...] A **estratégia ótima** para um jogador é aquela que maximiza seu *payoff* esperado". (PINDYCK; RUBINFELD, 2007, p. 408, grifos originais).

Para melhor compreensão da metodologia e da aplicação da Teoria dos Jogos, apresenta-se um exemplo simples, por ser bastante didático e também comum na literatura, o dilema dos prisioneiros[5], conforme exposto por Cooter e Ulen (2010, p. 56-59).

Considere-se a existência de dois suspeitos, o Suspeito 1 e o Suspeito 2, que conspiram para cometer determinado crime. Ambos são detidos pela polícia, porém fora do local do crime. Levados para a delegacia, os suspeitos são colocados em salas separadas, impossibilitando a comunicação entre um e outro.

Contra esses suspeitos existem apenas provas circunstanciais, de modo que, se forem a julgamento apenas com essas provas, serão acusados de um crime de menor gravidade, com punição relativamente leve, de um ano de prisão. Como se acredita que eles tenham cometido um crime mais grave, o promotor preferiria que um ou os dois confessassem o crime. Se nenhum o fizer, a pena para ambos será de um ano de prisão. Se apenas um suspeito confessar (o que atinge o outro suspeito também), o não-confessor receberá pena de sete anos de prisão, enquanto o confessor será "recompensado", e sua pena será de meio ano de prisão. Se ambos confessarem, cada um receberá pena de cinco anos de prisão.

Segundo o exemplo de Cooter e Ulen (2010), portanto, cada suspeito tem à disposição duas estratégias, confessar ou não confessar, atribuídas a consequências distintas, que variam conforme a estratégia do outro jogador. Esse conjunto de estratégias e consequências pode ser apresentado em uma matriz de *payoff* (Fig. 4).

Figura 4. Matriz de *payoffs* – dilema dos prisioneiros.

		Suspeito 1	
		Confessar	Não confessar
Suspeito 2	Confessar	-5 -5	-7 -0,5
	Não confessar	-0,5 -7	-1 -1

Fonte: elaborada pela autora a partir de COOTER; ULEN, 2010, p. 57.

[5] Ainda que o tema não seja diretamente relacionado com o objeto da presente pesquisa, considera-se relevante a apresentação desse exemplo, por se tratar de um exemplo mais intuitivo, o que facilita a compreensão para aqueles que ainda não estão familiarizados com a metodologia do Direito e Economia.

Na matriz, o *payoff* do Suspeito 1 encontra-se no canto superior direito de cada célula, e o do Suspeito 2 no canto inferior esquerdo. Sua interpretação é a seguinte: considerando-se a célula superior esquerda, tem-se que ambos os suspeitos confessam, de modo que cada um deles receberá pena de cinco anos de prisão. Mantendo-se a estratégia do Suspeito 2 de confessar, a célula superior direita indica que, o Suspeito 1, não confessando, sua pena será de sete anos, e o Suspeito 2, de meio ano. Se a estratégia do Suspeito 2 for não confessar (células inferiores), e o Suspeito 1 confessar, a pena deste será de meio ano, enquanto a do Suspeito 2 será de sete anos (célula inferior esquerda). Por fim, se o Suspeito 1 também confessar, a pena de ambos será de um ano (célula inferior direita).

Com base na matriz de *payoff*, pode-se identificar a estratégia dominante para cada jogador, considerando a estratégia do oponente. No dilema dos prisioneiros, o jogo é simétrico, de modo que a identificação da estratégia dominante de um jogador é a mesma para o outro. Assim, o raciocínio a seguir apresentado para o Suspeito 1 também é válido para o Suspeito 2. (COOTER; ULEN, 2010).

Para identificar a estratégia dominante do Suspeito 1 faz-se o seguinte raciocínio. Considerando-se que o Suspeito 2 adote estratégia de confessar (células superiores), o Suspeito 1 pode confessar também, recebendo pena de cinco anos de prisão, ou não confessar, cumprindo pena de sete anos de prisão. Dentre as duas opções, a melhor estratégia para o Suspeito 1 é confessar, e cumprir a pena menor, de cinco anos. (COOTER; ULEN, 2010).

Considerando-se, agora, que o Suspeito 2 não confesse (células inferiores), o Suspeito 1 pode confessar, o que implica ser condenado à pena de meio ano de prisão, ou não confessar, recebendo pena de um ano de prisão. Também nesse caso a melhor estratégia para o Suspeito 1 é confessar, pois significa cumprir meio ano de prisão, ao invés de um ano. (COOTER; ULEN, 2010).

Conclui-se, assim, que o Suspeito 1 sempre irá confessar, pois isso significará menos tempo de prisão, independentemente de o Suspeito 2 confessar ou não. Confessar é, portanto, uma estratégia dominante. Este é um conceito utilizado para expressar a situação em que a melhor estratégia para cada jogador é a mesma, independentemente da estratégia adotada do oponente[6]. (COOTER; ULEN, 2010).

---

[6] "A solução para esse 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*." (COOTER; ULEN, 2010, p. 58, grifo original). Equilíbrio de Nash e equilíbrio de estratégias dominantes, porém, não se confundem. Este é um caso especial daquele. No equilíbrio de Nash, um jogador adota a melhor estratégia *em função* do que o outro esteja fazendo. Já no equilíbrio de

O dilema dos prisioneiros é um exemplo clássico de aplicação da Teoria dos Jogos. Esta, no entanto, pode ser aplicada para as mais inúmeras outras situações envolvendo escolha, risco e estratégia, inclusive no âmbito das relações contratuais. As contribuições da abordagem econômica dos contratos são tema da seção seguinte.

2.5 TEORIA ECONÔMICA DO CONTRATO: FINALIDADES DO DIREITO CONTRATUAL

Os contratos originam importantes benefícios em uma sociedade. Ao concretizarem trocas, permitem a divisão do trabalho. Como consequência, há maior especialização, o que induz ganhos em produtividade e economias de escala. (TIMM; GUARISSE, 2012).

Ademais, os contratos estabelecem padrões comportamentais através da determinação de deveres, sendo estes estabelecidos pelas partes contratantes em interesse mútuo. Entretanto, ainda que cientes dos ganhos oriundos dos contratos e com a intenção de se vincular aos termos contratuais, as partes nem sempre conseguem, na prática, comportar-se conforme as prescrições contratuais. (SZTAJN; ZYLBERSZTAJN; AZEVEDO, 2005).

"Em geral, *a eficiência econômica exige que se faça cumprir uma promessa se tanto o promitente quanto o promissário queriam a executabilidade quando ela foi feita*." (COOTER; ULEN, 2010, p. 208, grifo original). Tendo isso em mente, podem ser identificadas seis finalidades para o Direito contratual, a seguir apresentadas[7].

2.5.1 Possibilitar a cooperação e a eficiência

Uma das finalidades do Direito contratual é possibilitar a cooperação entre os agentes econômicos e a eficiência das transações realizadas entre eles. Conforme apresentado a seguir, trata-se de uma questão de executabilidade das promessas.

Em um negócio jurídico que se perfectibiliza instantaneamente, não há razões para se falar em promessa. Será feita uma promessa, portanto, quando houver passagem de tempo para que uma transação seja concluída. Uma vez existindo a promessa, esta poderá ser quanto à entrega da coisa, ao pagamento ou a ambos simultaneamente. O lapso temporal entre troca

---

estratégias dominantes, um jogador adota a melhor estratégia *independentemente* do que o outro esteja fazendo. (PINDYCK; RUBINFELD, 2007).

[7] O entendimento de tais finalidades é importante para a avaliação da adequação dos meios legais e judiciários usados para a proteção do consumidor de serviços bancários, através da análise dos incentivos criados por tal proteção, objeto do Capítulo 4 do presente estudo.

de promessas e se efetivo cumprimento gera risco e incerteza, que são empecilhos à troca e à cooperação. A executabilidade de uma promessa, por outro lado, é um incentivo à troca e à cooperação, pois diminui o risco e a incerteza, ao criar para o promitente uma obrigação legal, e não apenas moral, de cumprimento do contrato. (COOTER; ULEN, 2010).

Sobre a confiança nas relações jurídicas, acrescentam Cooter e Ulen (2010, p. 211, grifo original) que "[...] você talvez precise se comprometer a *não* fazer certas opções a fim de induzir a outra parte a confiar em você. As circunstâncias para o fechamento de um contrato implicam a necessidade de reduzir as opções para induzir a confiança".

Numa compra e venda, por exemplo, em que o consumidor paga no ato da compra, e o fornecedor entrega a mercadoria em momento posterior, o consumidor deseja a executabilidade do contrato para garantir a obrigação legal do fornecedor de entregar a mercadoria e também para a existência de remédio jurídico para o caso de não cumprimento. Por seu turno, o fornecedor também quer a executabilidade do contrato, pois ela diminui o risco assumido pelo consumidor, incentivando-o a comprar a mercadoria. (COOTER; ULEN, 2010).

De modo semelhante, numa compra e venda com entrega imediata da mercadoria pelo fornecedor e pagamento por parte do consumidor num momento posterior, tanto consumidor quanto fornecedor se beneficiam com a executabilidade do contrato. Isso porque esta confere maior segurança ao fornecedor quanto ao pagamento, estimulando-o a vender a prazo, permitindo que a necessidade do consumidor seja satisfeita no presente, sem que ele precise efetuar o pagamento no mesmo momento em que adquire o bem.

Abordando a situação a partir da metodologia da Teoria dos Jogos, pode-se dizer o fornecedor possui duas estratégias: vender ou não vender a prazo. Se ele vender, há possibilidade de lucro. Se não vender, não há. Por sua vez, também o consumidor dispõe de duas estratégias. Primeira, adimplir o contrato pagando o valor. Segunda, apropriar-se da mercadoria, sem pagar por ela. Quando não há executabilidade do contrato, a estratégia maximizadora para o consumidor é quebrar o acordo – desta forma, ele terá a mercadoria sem qualquer custo. O fornecedor poderá prever a adoção dessa estratégia por parte do consumidor, decidindo, portanto, não vender a mercadoria. Porém, quando há executabilidade do contrato, a segunda estratégia disponível para o consumidor muda. Isso porque, se quebrar o contrato, a sua executabilidade exigirá do consumidor o pagamento de uma indenização ao fornecedor. Com isso, mudam também as estratégias a serem adotadas: para o consumidor, o adimplemento do contrato; e para o fornecedor, a realização da venda.

Assim, pode-se identificar como uma das finalidades do Direito contratual a conversão de jogos com soluções não cooperativas (não há venda, diante da expectativa de quebra contratual pelo consumidor) em jogos com soluções cooperativas (há venda, pois a expectativa é de adimplemento por parte do consumidor). Considerando que a realização do negócio e o pagamento são atitudes produtivas, enquanto que a não realização da venda não possui consequências, e a apropriação da mercadoria pelo consumidor apenas redistribui o valor daquela do fornecedor para o consumidor, pode-se dizer que "[...] *a primeira finalidade do direito contratual é possibilitar que as pessoas convertam jogos com soluções ineficientes em jogos com soluções eficientes*". (COOTER; ULEN, 2010, p. 211, grifo original).

2.5.2 Incentivar a revelação eficiente de informações

Outra finalidade do Direito contratual é incentivar a revelação eficiente de informações entre os sujeitos de uma relação jurídica contratual. Inúmeras são as situações em que a informação não é originalmente distribuída de forma igualitária entre as partes contratantes, o que dá origem ao fenômeno de informações assimétricas. Há assimetria de informações, então, quando uma parte dispuser de informações distintas às da outra parte da relação contratual. Por exemplo, é comum o vendedor ter mais conhecimento sobre a qualidade de sua mercadoria do que o comprador, assim como o trabalhador normalmente conhece melhor sua destreza e habilidade no desempenho de suas funções do que o seu empregador. (PINDYCK; RUBINFELD, 2007).

A assimetria informacional pode resultar em falha de mercado[8]. Um exemplo é a seleção adversa, quando produtos de alta e de baixa qualidade são vendidos pelo mesmo preço, uma vez que não há informações suficientes para compradores e vendedores distinguirem a qualidade dos mesmos. Como consequência, são vendidos mais produtos de baixa do que de alta qualidade. (PINDYCK; RUBINFELD, 2007).

Outro efeito negativo da assimetria informacional é o aumento dos custos de transação. Estes podem ser definidos como os custos "[...] a que estão sujeitas todas as operações de um sistema econômico". (NORTH, 2006, p. 10). Os altos custos da informação e a existência de informações assimétricas entre as partes envolvidas são alguns dos determinantes dos custos de transação. Isso ocorre, pois, diante da existência de intercâmbio

[8] Falha mercado pode ser definida como uma "situação na qual um mercado competitivo não regulamentado é ineficiente porque os preços não fornecem sinais adequados aos consumidores e produtores". (PINDYCK; RUBINFELD, 2007, p. 258).

interpessoal, nada impede que as partes tirem proveito umas das outras, o que gera a necessidade de detalhamento dos direitos cedidos entre as partes através do contrato, aumentando os custos deste. Por conta destes custos, surge a possibilidade de o alto custo das informações e os diferentes níveis de acesso às informações acerca do negócio permitirem que algumas partes se beneficiem às custas das outras através de seus contratos. (NORTH, 2006).

O Direito contratual pode reduzir esses e outros efeitos socialmente indesejáveis da existência de informações assimétricas. Um meio de se atingir tal objetivo é através da criação de "[...] regras de formação e execução que orientem as partes sobre que informações elas têm obrigação de divulgar e que informações podem guardar para si mesmas". (COOTER; ULEN, 2010, p. 213). Em decorrência disso é que se estabelece como finalidade do Direito contratual o incentivo à revelação eficiente de informações entre as partes da relação contratual.

2.5.3 Assegurar o compromisso com o adimplemento

Uma terceira finalidade do Direito contratual identificada pela teoria econômica do contrato é a de assegurar o compromisso dos sujeitos da relação jurídica com o adimplemento de suas obrigações contratuais. Esta finalidade pode ser instrumentalizada através da determinação de remédios jurídicos para os casos de inadimplemento. O remédio jurídico para uma quebra contratual pode ser entendido como um preço a ser pago por aquele que prometeu, porém não cumpriu. "Quanto mais alto for o preço da quebra, tanto mais forte será o compromisso do promitente com o cumprimento." (COOTER; ULEN, 2010, p. 213).

Quando o remédio jurídico, isso é, a responsabilização civil e decorrente obrigação de indenização, pela quebra contratual for a única preocupação do promitente, pode-se fazer o seguinte raciocínio: se o custo do cumprimento pelo promitente for superior ao custo de sua responsabilização civil pela quebra, haverá incentivo para quebrar o contrato. Por outro lado, se o custo do cumprimento for inferior ao custo da responsabilização civil, o promitente será incentivado a cumprir o contrato. Geralmente, o cumprimento do contrato é a opção desejada e eficiente. Há, porém, casos em que o adimplemento acarreta ao promitente custos muito mais elevados do que o benefício decorrente para o promissário. Nestas situações, a atitude mais eficiente é o inadimplemento contratual e consequente responsabilização civil, uma vez que essa refletirá o benefício que o promissário deixou de ter (previsto na lei muitas vezes como lucros cessantes e danos emergentes), inferior ao custo do cumprimento pelo promitente. Logo, uma indenização perfeita oferece incentivos tanto para o adimplemento quanto para o inadimplemento eficientes, de acordo com o caso. (COOTER; ULEN, 2010).

Há que se mencionar, entretanto, que a indenização por quebra de expectativa concedida pelos tribunais geralmente é imperfeita. Isso porque os tribunais enfrentam dificuldades práticas, como a de obter informações exatas. “Em geral, a melhor medida de indenização cria um nível eficiente de compromisso com o cumprimento por parte do promitente, ao passo que a medida errada de indenização cria um nível ineficiente de compromisso.” (COOTER; ULEN, 2010, p. 217). Uma indenização muito baixa estimula o descumprimento em maior frequência, tornando o promissário relutante em firmar contrato. Por outro lado, uma indenização muito alta faz com que o promitente cumpra o contrato mesmo quando seu custo é demasiado alto, o que desestimula o promitente a firmar um contrato. (COOTER; ULEN, 2010). Assim, buscando aproximar-se de uma indenização perfeita, o Direito contratual exerce a importante e complexa tarefa de assegurar o compromisso de todas as partes de uma relação contratual com o adimplemento eficiente das obrigações por cada uma assumidas.

2.5.4 Assegurar a confiança ótima

Acrescenta-se às finalidades do Direito contratual a tarefa de assegurar a confiança ótima. “Em geral, o promitente investe no cumprimento e o promissário investe na confiança. O investimento pode assumir a forma de dinheiro, tempo, esforço ou oportunidades perdidas.” (COOTER; ULEN, 2010, p. 217).

O investimento na confiança significa mudança na posição do promissário em razão da promessa, o que eleva o valor do cumprimento da promessa para ele. Ademais, geralmente, a confiança influencia também o valor da quebra da promessa, tornando-a mais custosa para o promissário. Portanto, a confiança pode ser entendida como uma aposta, cuja consequência é aumentar tanto o ganho resultante do cumprimento quanto o prejuízo oriundo da quebra da promessa. (COOTER; ULEN, 2010).

Um grau de confiança pode ser baixo ou elevado. A confiança ótima – isso é, a confiança em grau ideal para o caso concreto, mas não necessariamente a confiança efetiva do agente – será baixa ou elevada conforme a probabilidade de cumprimento da promessa por parte do promitente. Ou seja, quando a probabilidade de cumprimento for pequena, o grau de confiança ótimo será baixo; e quando a probabilidade de cumprimento for satisfatória, o grau de confiança ótimo será elevado. (COOTER; ULEN, 2010).

Conforme mencionado, uma das finalidades do Direito contratual é assegurar que a confiança efetiva dos agentes seja de mesmo grau que a confiança ótima para o caso concreto.

Para isso, é importante atentar ao grau de confiança utilizado para cálculo da indenização por quebra de expectativa. Se o grau de confiança for o efetivo do sujeito da relação, independente de ser baixo ou elevado, estar-se-á retirando todo o risco da confiança envolvida no negócio, o que gera incentivo à plena confiança, mesmo quando a probabilidade de quebra seja alta e o grau de confiança ótimo associado seja baixo. Para evitar a confiança excessiva e o aumento dos danos oriundos da quebra da expectativa neste caso, deve-se limitar a indenização recuperável. Para tanto, o Direito contratual deve tomar como base da indenização a confiança ótima para determinada situação, e não a confiança efetiva. Assim, a vítima será indenizada pelo prejuízo real até o limite máximo equivalente ao prejuízo oriundo da confiança ótima. Eventuais prejuízos adicionais, decorrentes da confiança excessiva, deverão ser arcados pela própria vítima, criando um incentivo forte para que aquela seja evitada. (COOTER; ULEN, 2010). Deste modo, ao basear-se na confiança ótima para determinar uma indenização, o Direito contratual instrumentaliza sua finalidade de incentivar o grau de confiança ótimo nas relações contratuais.

2.5.5 Minimizar os custos de transação

A finalidade de minimizar dos custos de transação atribuída ao Direito contratual está diretamente relacionada à existência de lacunas nos contratos, fenômeno comum. Haverá lacuna quando as cláusulas contratuais forem silentes com relação à alocação de algum risco.

As lacunas podem ser tanto involuntárias quanto deliberadas. Serão involuntárias quando referentes a riscos que as partes não previram a possibilidade de ocorrência. Por outro lado, as lacunas serão deliberadas quando as partes tiverem ciência do risco envolvido, porém considerarem que a probabilidade de sua ocorrência muito remota, de modo a não justificar o custo da negociação[9]. (COOTER; ULEN, 2010).

Quanto à análise dos custos de transação envolvidos na alocação do risco para saber se é preferível ou não uma lacuna, faz-se o seguinte raciocínio, baseado no custo de transação esperado. Se o custo da alocação do risco for superior ao custo da alocação do prejuízo multiplicado pela probabilidade de sua ocorrência, é preferível deixar a lacuna e negociar a alocação do prejuízo posteriormente, caso ele venha a ocorrer. Porém, se o custo de alocação do risco for inferior ao custo de alocação do prejuízo multiplicado pela probabilidade de sua

[9] Há, também, a possibilidade de uma lacuna ser deliberada por motivos psicológicos – para exemplificar esse caso, Cooter e Ulen (2010) mencionam a situação de um casal prometer casar-se sem mencionar a possibilidade de divórcio.

ocorrência, é preferível preencher a lacuna, ainda que o prejuízo não venha a se concretizar. (COOTER; ULEN, 2010).

As lacunas contratuais podem ser preenchidas através da lei, na sua maioria normas supletivas – normas cuja incidência ocorrerá apenas quando as partes silenciarem sobre o assunto (note-se que, se quiserem, as partes podem realizar acordo sobre o tema, inclusive de maneira diversa da previsão legal). Se as partes do contrato preferirem as condições supletivas, não haverá necessidade de elas negociarem essas mesmas condições. "Omitindo essas condições do contrato, as partes podem se concentrar na negociação de outras condições. Quanto menor for o número de condições que exigem uma negociação, tanto mais barato será o processo contratual." (COOTER; ULEN, 2010, p. 225). Portanto, ao fornecer condições e regulamentações supletivas eficientes, o Direito contratual reduz os custos de transação envolvidos na negociação contratual.

2.5.6 Promover as relações contratuais duradouras

Nas relações de longo prazo, é comum as partes recorrerem a dispositivos informais de resolução de disputas, ao invés de regras executáveis, para assegurar a cooperação. Um empresário que atue de maneira antiética, por exemplo, poderá ser punido através de fofocas que maculem sua reputação. (COOTER; ULEN, 2010).

A possibilidade de vias alternativas aos tribunais assegurarem a cooperação em relações duradouras pode ser entendida à luz da teoria dos jogos, considerando-se a relação duradoura como um jogo repetido. Para melhor ilustrar a relação, apresenta-se como exemplo o jogo do principal e do agente, segundo o qual este controla o dinheiro daquele. O principal é o primeiro jogador, que arrisca seu dinheiro. Logo, o agente é o segundo jogador, aquele que administra o dinheiro do primeiro. Pode-se dizer que um banco é o agente e seu cliente é o principal numa relação de fidúcia, por exemplo. (COOTER; ULEN, 2010).

Figura 5. Matriz de *payoffs* – jogo do principal e do agente, sem e com contrato.

		Agente		
		Coopera	Apropria-se (sem contrato)	Apropria-se (com contrato)
Principal	Investe	0,5 0,5	1,0 -1,0	-0,5 0,5
	Não investe	0 0	0 0	0 0

Fonte: matriz elaborada pela autora, com base em COOTER; ULEN, 2010, p. 209 e 211.

Supondo que o principal invista 1,0. Quando não há contrato, se o agente cooperar, tanto ele quanto o principal ganharão 0,5. Se o agente, porém, apropriar-se do valor investido pelo principal, seu ganho será de 1,0 e o prejuízo do principal será de 1,0 (equivalente ao valor investido). Prevendo a estratégia de apropriação pelo agente, o principal não investirá, e não haverá qualquer ganho. Cumprindo sua finalidade de tornar jogos não cooperativos em jogos cooperativos (conforme seção 2.5.1), o Direito contratual poderá assegurar o pagamento de indenização ao principal, caso o agente se aproprie do valor investido. Nesta circunstância, a indenização deverá ser de 1,5 (valor investido de 1,0 mais o retorno esperado de 0,5). Assim, se o agente apropriar-se do valor investido, devido ao pagamento da indenização, seu resultado será negativo em 0,5. Como consequência, ele terá estímulo a cooperar, o que incentiva o principal a investir. (COOTER; ULEN, 2010).

Numa relação duradoura, semelhante à situação de jogos repetidos, surge a oportunidade de o próprio principal retaliar na mesma moeda a apropriação pelo agente, dispensando-se o auxílio do Direito contratual. O principal poderá retaliar deixando de investir na jogada seguinte. Dessa forma, o agente é incentivado a cooperar sem a necessidade de recorrer ao Direito[10]. Afinal, se ele deixar de cooperar, perderá seu parceiro, que não investirá na próxima rodada. Ademais, durante o tempo em que estiver à procura de um novo parceiro, o agente não obterá ganhos. (COOTER; ULEN, 2010).

Considerando o efeito positivo das relações duradouras sobre a cooperação, cabe ao Direito contratual promover tais relações, capazes de resolverem problemas de cooperação e execução de contratos recorrendo menos aos tribunais. Um dos meios para se promover as relações duradouras, porém, é justamente através dos tribunais. Na resolução de uma disputa,

[10] Sobre o problema do fim do jogo e compromissos provisórios, ver COOTER; ULEN, 2010, p. 241-245.

dever-se-ia priorizar a reparação da relação, ao invés de simplesmente fazer cumprir o contrato. (COOTER; ULEN, 2010).

Apresentadas as ferramentas de análise do Direito e Economia que serão utilizadas para estudo da proteção do consumidor de serviços bancários no Capítulo 4 do presente trabalho, importa definir mais precisamente o objeto da análise, isto é, as principais normas jurídicas de direito do consumidor e a forma como vêm sendo aplicadas nas relações entre consumidores e instituições financeiras.

3 A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR DE SERVIÇOS BANCÁRIOS

A Constituição da República Federativa do Brasil (CF) prevê, em seu artigo 170, a liberdade econômica, limitando-a, porém, dentre outros, ao direito do consumidor (art. 170, inciso V, da CF[11]). O Direito do Consumidor é regulado em norma específica, na Lei Nº 8.078/90, o Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. Portanto, é mister analisar a aplicabilidade deste às relações jurídicas entre consumidores e instituições financeiras.

3.1 APLICABILIDADE DO CDC À RELAÇÃO CLIENTE-INSTITUIÇÃO FINANCEIRA

A análise da aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos contratos realizados entre clientes e instituições financeiras parte dos conceitos de consumidor e de fornecedor adotados pelo Código.

A definição de consumidor está prevista no artigo 2º do CDC:

> Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.
> Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

A partir do *caput* do referido artigo depreende-se que o Código de Defesa do Consumidor não faz distinção entre usuário e adquirente, seja de produtos ou de serviços.

Ainda sobre conceito de consumidor, identificam-se duas correntes – a finalista e a maximalista. A corrente maximalista defende que o conceito de consumidor não está vinculado à sua vulnerabilidade no caso concreto. Segundo este entendimento, o Código de Defesa do Consumidor veio a regular o mercado de consumo como um todo, devendo-se entender a figura do consumidor da forma mais ampla possível, a fim de se aplicar as normas do Código ao maior número de relações possíveis. (MARQUES, 2010).

Por seu turno, a corrente finalista, adotada pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), utiliza-se da interpretação teleológica, concluindo que, para ser qualificado como consumidor, não é suficiente ser o agente destinatário fático do produto; é necessário ser ele o destinatário final econômico do bem. Dito de outra forma, consumidor é aquele que adquire o produto para uso próprio ou de sua família, e não para revenda ou tampouco para uso profissional.

[11] Art. 170 CF. "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 [...]".

(MARQUES, 2010). O Supremo Tribunal Federal (STF) também se filia à corrente finalista, tendo manifestado este entendimento de forma expressa ao afastar a incidência do Código de Defesa do Consumidor em um litígio entre uma empresa brasileira, fabricante de toalhas, e uma firma irlandesa, exportadora de algodão. (PFEIFFER, 2006).

Portanto, tem-se que

> [o] aspecto central da problemática da consideração das atividades bancárias como sendo *relações jurídicas de consumo* reside na *finalidade* dos contratos realizados com os bancos. Havendo a outorga do dinheiro ou do crédito para que o devedor o utilize *como destinatário final*, há a relação de consumo que enseja a aplicação dos dispositivos do CDC. Caso o devedor tome dinheiro ou crédito emprestado do banco para repassá-lo, não será destinatário final e, portanto, não há que se falar em relação de consumo. (NERY JÚNIOR, 2007, p. 537, grifos originais).

Exceções à definição de consumidor segundo a teoria finalista devem ser estudadas pelo Judiciário, reconhecendo-se a vulnerabilidade[12] de uma empresa ou profissional à luz do caso concreto. Assim, presume-se que a pessoa física, diante de um fornecedor, seja consumidora, admitindo-se que a pessoa jurídica prove sua vulnerabilidade, sendo este o caso. (MARQUES, 2010). Há presunção *juris tantum*, portanto, de que o empréstimo ou o crédito concedido a pessoa física é para consumo próprio, incumbindo ao banco o ônus de provar o contrário e afastar a incidência de sistema de proteção do consumidor. Em se tratando de pessoa jurídica, a presunção é de que o empréstimo ou crédito será utilizado na atividade produtiva da firma, de modo que o ônus de provar que se tomou emprestado como destinatário final é da própria pessoa jurídica. (NERY JÚNIOR, 2007).

O Código de Defesa do Consumidor define, também, o conceito de fornecedor:

> Art. 3º. Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.
> § 1° Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.
> § 2° Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

[12] "Vulnerabilidade é uma situação permanente ou provisória, individual ou coletiva, que fragiliza, enfraquece o sujeito de direitos, desequilibrando a relação de consumo. Vulnerabilidade é uma característica, um estado do sujeito mais fraco, um sinal de necessidade de proteção." (MARQUES, 2010, p. 87). Esta vulnerabilidade pode ser fática ou socioeconômica, jurídica, técnica ou informacional (para aprofundar o assunto, MARQUES, 2010, p. 88-92).

Conforme artigo 3º, § 2º do CDC, portanto, tem-se que os serviços de natureza bancária, financeira e creditícia estão sujeitos ao Código de Defesa do Consumidor.

A aplicação do Código aos contratos bancários é também objeto de súmula do Superior Tribunal de Justiça. A Súmula 297 STJ determina que "O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras".

Não obstante, a constitucionalidade do artigo 3º § 2º do CDC foi questionada através da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) 2.591 – Distrito Federal, decidida em 2006 pelo Supremo Tribunal Federal. Nesta ADIn, foi arguida, por parte da Confederação Nacional do Sistema Financeiro (CONSIF), a inconstitucionalidade da expressão "inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária", sob diversos fundamentos, dentre os quais a distinção feita pela própria Constituição Federal entre "consumidor" e "cliente de instituição financeira", uma vez que a proteção do consumidor está prevista no capítulo sobre a Ordem Econômica, enquanto que o Sistema Financeiro é disciplinado em outro capítulo. Argumentou-se, ainda, pela inadequação das disposições do Código de Defesa do Consumidor às atividades desenvolvidas no âmbito do sistema financeiro. Por maioria, os ministros do Supremo Tribunal Federal decidiram pela improcedência da ação, e, portanto, pela aplicação do Código de Defesa do Consumidor também aos serviços de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária. (BRASIL, 2006).

O julgamento da improcedência da referida ADIn, apoiado no voto de nove ministros do Supremo Tribunal Federal, equivale à declaração de constitucionalidade do artigo 3º, § 2º do Código de Defesa do Consumidor. Como tal, a decisão tem eficácia *erga omnes* e efeito vinculante a todos os órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública em suas três esferas – Federal, Estadual e Municipal, conforme artigo 28, parágrafo único, da Lei nº 9.868/1999[13]. (PFEIFFER, 2006).

Não resta dúvida, assim, quanto à incidência do Código de Defesa do Consumidor nas relações entre consumidores e instituições financeiras. Nesse seara, Claudia Lima Marques (2011) exemplifica o escopo de aplicação do Código conforme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

> A jurisprudência atual do STJ aplica o CDC aos contratos assinados entre o consumidor e as instituições bancárias impondo a boa-fé às condutas das instituições financeiras, como em casos de extravio de cheque, recusa de exibição de documentos, multa moratória, capitalização fora dos casos

[13] Na redação do artigo 28, parágrafo único: "A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública Federal, Estadual e Municipal".

> permitidos, cumulação da comissão de permanência (Súmulas 30, 294 e 195 STJ), denegação da eleição de foro privilegiado e poupança, mas não quanto ao limite de juros (regulados justamente pela Lei 4.595), nem quanto à liberação dos valores depositados em instituição financeira sob o regime de liquidação extrajudicial. (MARQUES, 2011, p. 537-538)[14].

Determinada a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor às relações consumidor-instituição financeira, passa-se a analisar um fenômeno comum, quase intrínseco, a esta relação: a estandardização dos contratos, caracterizada pela utilização de contratos de adesão e de cláusulas gerais contratuais.

3.2 CONTRATOS DE ADESÃO, CLÁUSULAS GERAIS E ABUSIVIDADE

O crescimento da sociedade do consumo, marcadamente no início do século XX, tornou necessária a contratação em massa. "Neste contexto não há mais lugar para as tratativas contratuais, em que as partes discutiam tópico por tópico do contrato que viria a ser formado entre elas." (NERY JÚNIOR, 2007, p. 523). Nas relações entre empresas e consumidores, portanto, é observada com cada vez mais frequência a utilização da técnica de pré-elaboração unilateral de cláusulas contratuais. Por razões de "economia, de racionalização, de praticidade e mesmo de segurança, a empresa predispõe antecipadamente um esquema contratual, oferecido à simples adesão dos consumidores". (MARQUES, 2011, p. 71). Dentre as técnicas de contratação estandardizada estão os contratos de adesão[15] e as condições gerais ou cláusulas gerais contratuais.

A expressão "condições gerais" originou-se na Itália (*condizioni gernerali di contratto*), sendo adotada por muitos países de língua latina. Já a denominação "cláusulas gerais" remonta à Alemanha (*Allgemeine Geschäfstbedingungen*). Há, ainda, uma terceira

---

[14] No que se refere ao limite das taxas de juros, dispõe o art. 4º da Lei Nº. 4.595 de 1964 o seguinte: "Compete ao Conselho Monetário Nacional, segundo diretrizes estabelecidas pelo Presidente da República: IX - Limitar, sempre que necessário, as taxas de juros, descontos comissões e qualquer outra forma de remuneração de operações e serviços bancários ou financeiros, inclusive os prestados pelo Banco Central da República do Brasil [...]". O tema é tratado com maior profundidade na seção 3.3 do presente estudo.

[15] A doutrina brasileira distingue "contrato de adesão" e "contrato por adesão". "Aqueles seriam forma de contratar na qual o aderente não pode rejeitar as cláusulas uniformes estabelecidas de antemão, o que se dá, geralmente, com as estipulações unilaterais do Poder Público (*v.g.*, cláusulas gerais para o fornecimento de energia elétrica). Seriam contratos *por adesão* aqueles fundados em cláusulas também estabelecidas unilateralmente pelo estipulante, mas que não seriam irrecusáveis pelo aderente: aceita-as, em bloco, ou não as aceita." (NERY JÚNIOR, 2007, p. 633). No âmbito do Código de Defesa do Consumidor, "[...] fundiu essas duas situações, estabelecendo um conceito único de *contrato de adesão*". (NERY JÚNIOR, 2007, p. 633). Portanto, no presente estudo, optou-se pela utilização da expressão "contrato de adesão".

expressão, “cláusulas padronizadas”, cuja origem é anglo-saxônica (*standard forms*), sendo pouco utilizada pela doutrina brasileira. (NORONHA, 2011).

Há uma diferença sutil no fenômeno que cada uma dessas expressões traduz. Conforme ensina Claudia Lima Marques:

> Como contratos de adesão entenderemos restritivamente os contratos por *escrito*, preparados e *impressos* com anterioridade pelo fornecedor, nos quais só resta preencher os espaços referentes à identificação do comprador e do bem ou serviço, objeto do contrato. Já por contratos submetidos a condições gerais dos negócios entenderemos aqueles, *escritos ou não escritos*, em que o comprador aceita, tácita ou expressamente, que cláusulas, pré-elaboradas unilateral e uniformemente pelo fornecedor para um número indeterminado de relações contratuais, venham a disciplinar o seu contrato específico. (MARQUES, 2011, p. 74, grifos originais).

Assim, as cláusulas gerais, correspondendo à padronização, contrapõem-se à contratação comum. O contrato de adesão, por sua vez, é a contraposição do contrato negociado. (NORONHA, 2011). Apesar de serem fenômenos distintos, destaca-se que as condições gerais contratuais são indissociáveis dos contratos de adesão, sendo estes a concretização daquelas. Enquanto as cláusulas gerais contratuais não forem aceitas, serão abstratas e estáticas, não configurando um contrato. Tornar-se-ão um contrato, dinâmico, se e quando aceitas pelo aderente. (NERY JÚNIOR, 2007).

O Código de Defesa do Consumidor conceitua os contratos de adesão em seu artigo 54, *caput*: “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 o conteúdo”. A partir do conceito legal, podem-se identificar algumas características essenciais dos contratos de adesão, como predeterminação e rigidez.

A predeterminação refere-se ao fato de que as estipulações contratuais são feitas antes mesmo do início das tratativas contratuais. A rigidez traduz a intenção de o predisponente ver aceitas pelo aderente as cláusulas por aquele elaboradas, sem que este discuta o conteúdo ou o alcance das predisposições. (NERY JÚNIOR, 2007). Ademais, pode-se citar como característica dos contratos de adesão a uniformidade, uma vez que são ofertados de modo uniforme e geral para um número indefinido de relações contratuais futuras. Cabe ressaltar que o simples modelo pré-elaborado de um contrato de adesão não gera vínculo contratual; este surgirá quando o consumidor manifestar a sua adesão às cláusulas pré-estabelecidas, o

que deve ser feito na forma do contrato de adesão, qual seja, a forma escrita. (MARQUES, 2011).

Nos contratos de adesão, portanto, o consumidor limita-se a aceitar o bloco de cláusulas pré-elaboradas unilateralmente pela empresa, muitas vezes sem mesmo ler completamente seu conteúdo, confiando na empresa que o redigiu e na proteção que espera lhe ser conferida pelo Direito. Por conseguinte, adquire importância a existência do dever de transparência nas relações de consumo, o que origina o dever de informar ao consumidor – ou ao menos dar-lhe a oportunidade de conhecer o conteúdo do contrato a que está aderindo. (MARQUES, 2011).

O dever de transparência está previsto no artigo 46 do Código de Defesa do Consumidor, que abrange os contratos de consumo em geral – não apenas de adesão – e estabelece que os consumidores não serão obrigados a cumprir o contrato "se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos foram redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance" (art. 46 do CDC).

Ainda no tocante aos contratos de adesão nas relações de consumo, a sua interpretação é regulada por normas específicas, mas também pelos princípios gerais de interpretação dos contratos, como a primazia da vontade das partes sobre a literalidade da manifestação de vontade, o princípio da conservação ou do aproveitamento do contrato, a interpretação restritiva das cláusulas em que se renuncia a direitos, e a relevância dos usos e costumes. Também a boa-fé ilumina a interpretação dos contratos de consumo, e de maneira relevante, dadas as exigências de lealdade, transparência e cooperação, por exemplo, que recaem sobre as relações de consumo. (CAVALIERI FILHO, 2009). Quanto às normas específicas, tem-se a previsão do artigo 423 do Código Civil Brasileiro de 2002 (CC), que determina: "Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente".

O princípio maior da interpretação dos contratos de consumo, porém, está previsto no artigo 47 do Código de Defesa do Consumidor, segundo o qual "as cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor". Como consequência, a interpretação a favor do consumidor não se limita aos contratos de adesão, "[...] mas o *contrato de consumo como um todo*, seja 'contrato de comum acordo' (*contrat de gré à gré*), seja de adesão, será interpretado de modo mais favorável ao consumidor". (NERY JÚNIOR, 2007, p. 548, grifos originais). Ademais, a interpretação dará prevalência para cláusulas contratadas

individualmente, em detrimento das cláusulas uniformes – a existência de cláusulas individuais, porém, não descaracteriza o contrato como sendo de adesão. (MARQUES, 2011).

Por fim, acrescenta-se que o contrato de adesão não é uma espécie contratual nova e independente, mas sim um método de contratação. Trata-se de uma "[...] técnica de formação do contrato, que pode ser aplicada a qualquer categoria ou tipo contratual, sempre que seja buscada a rapidez na conclusão do negócio, exigência das economias de escala". (NERY JÚNIOR, 2007, p. 634).

> Esse método de contratação obteve sucesso pelas vantagens que sua utilização traz aos fornecedores e mesmo aos consumidores. A contratação é mais rápida e facilitada, não se faz uma diferenciação entre consumidores de uma ou de outra classe social, o método racionaliza a transferência de bens de consumo da sociedade, possibilitando também a previsão dos riscos por parte dos fornecedores. (MARQUES, 2011, p. 82).

3.2.1 As condições gerais dos contratos ou cláusulas gerais contratuais

As condições gerais dos contratos podem ser definidas como uma "[...] lista de cláusulas contratuais pré-elaboradas unilateralmente para um número múltiplo de contratos, a qual pode estar ou não inserida no documento contratual que um dos contratantes oferece para reger a relação contratual no momento de sua celebração". (MARQUES, 2011, p. 84).

As características das cláusulas gerais contratuais são semelhantes às dos contratos de adesão: o preestabelecimento, a unilateralidade da estipulação, a uniformidade, a rigidez e a abstração. O preestabelecimento e a rigidez foram definidos na seção anterior. A unilateralidade expressa a elaboração feita por apenas um dos futuros contratantes, a quem se atribui o nome de predisponente ou estipulante. Quanto à uniformidade, esta significa que as mesmas estipulações irão reger distintos negócios do estipulante, dentro de determinada área negocial. Por fim, a abstração refere-se à circulação em massa das cláusulas gerais, a fim de permitir a contratação em massa, atingindo indistintamente os contratantes que a elas aderirem. (NERY JÚNIOR, 2007).

As condições gerais dos contratos podem ser elaboradas pelo fornecedor, ou por terceiro, como um tabelião. Elas podem se apresentar em diversas formas e extensão, estando inseridas no documento contratual, ou mesmo fora dele, como um anexo, um cartaz afixado no estabelecimento, por exemplo. (MARQUES, 2011).

A interpretação das cláusulas gerais contratuais segue o modelo de interpretação dos contratos de adesão. Acrescenta-se que

> [o] princípio geral em matéria de inclusão de CONDGs [condições gerais contratuais] em contratos de massa pode ser por nós resumido como *princípio da transparência*, significando que as condições gerais unilateralmente elaboradas pelo fornecedor só integrarão o contrato se o consumidor tiver conhecimento delas ou pelo menos tiver tido a oportunidade de ter conhecimento de sua inserção no contrato, antes ou durante a celebração do contrato, e aceitar o seu uso. Se o consumidor não foi informado de seu uso, se não houve transparência, o silêncio do consumidor não será interpretado como tendo ele aceito a inclusão das CONDGs. (MARQUES, 2011, p. 88, grifo orifinal).

As cláusulas gerais contratuais e os contratos de adesão originam inúmeras vantagens, como uniformidade e rapidez de sua adequação a novas situações, através da simples elaboração de um novo contrato-modelo e sua impressão em um novo formulário. Por outro lado, a elaboração prévia e unilateral é facilitadora da inclusão de cláusulas abusivas, que beneficiem excessiva e unilateralmente o fornecedor que as redigiu. (MARQUES, 2011).

Estando o fenômeno das cláusulas abusivas intrinsecamente relacionado com os contratos de consumo, especialmente com os contratos de adesão e cláusulas gerais contratuais, e sendo estes largamente utilizados pelas instituições financeiras, é mister analisar o conceito, as consequências jurídicas e a forma de controle da abusividade.

3.2.2 As cláusulas abusivas

Antes de se aprofundar o estudo das cláusulas abusivas, cabe observar que estas não são um fenômeno restrito aos contratos de adesão, sendo possível em qualquer tipo de contrato de consumo, seja escrito ou verbal, uma vez que supremacia do fornecedor sobre o consumidor é possível em qualquer contrato, independente da técnica utilizada para sua conclusão. (NERY JÚNIOR, 2007).

> A atividade do intérprete para reconhecer a abusividade das cláusulas é, portanto, crucial e deve se concentrar na visão dinâmica e total dos contratos. Segundo a nova Diretiva da Comunidade Europeia, a abusividade deve ser observada não na leitura isolada das cláusulas, mas na leitura do todo do contrato, na função da cláusula no contrato como está redigido, na repercussão da cláusula naquela espécie de contrato, pois cada contrato tem objetivo e finalidades diferentes, possui características essenciais suas, desperta e envolve outros tipos de interesses e expectativas entre os contratantes. Assim, uma cláusula poderia ser abusiva se vista isoladamente, mas não se vista no todo daquele contrato; ou, vice-versa [...]. (MARQUES, 2011, p. 158).

Nesse sentido, acrescenta Cristiano Schmitt (2010, p. 99-100): "O que geralmente se verifica com as cláusulas abusivas é que, pelo fato de a sua abusividade ser potencial, abstrata, ferindo direitos ou impondo obrigações para o futuro, a lesão ao consumidor somente é verificada quando iniciada a execução do contrato".

Tendo isso em mente, conclui-se pela diferenciação das cláusulas abusivas da onerosidade superveniente, prevista no artigo 6º, inciso V do Código de Defesa do Consumidor[16]. Pelo exposto, tem-se que a cláusula abusiva integra o contrato desde sua origem, caracterizada por uma abusividade potencial, sendo apta a provocar prejuízo futuro. Por seu turno, a onerosidade superveniente tem por fundamento um contrato lícito, que vem sendo adimplido normalmente, até o advento de fato novo, que tenha por consequência o desequilíbrio contratual, uma vez que atribui encargos excessivos a uma das partes contratuais, frustrando, assim, a expectativa original que levou as partes a contratarem. (SCHMITT, 2010).

Além do instituto da onerosidade excessiva superveniente, outro critério utilizado para se identificarem injustiças nas relações contratuais é o instituto do abuso de direito. Segundo a teoria tradicional ou subjetiva, o abuso de direito configura-se apenas quando verificado o dolo ou a má-fé do agente, que pratica ato com objetivo deliberado de prejudicar outrem. Por outro lado, conforme a teoria objetiva, o abuso de direito configura-se a partir do uso anormal ou antifuncional do direito subjetivo, contrário ao seu fim econômico ou social. Este segundo entendimento foi o adotado pelo Código Civil Brasileiro de 2002, em seu artigo 187[17]. (SCHMITT, 2010).

Para os casos de contratação massificada, o direito à redação prévia e unilateral "[...] não pode ter seu fim obstruído, servindo como palco para o exercício abusivo de um direito de seu criador, gerando-lhe somente bônus, e impondo exclusivamente ônus ao outro parceiro negocial". (SCHMITT, 2010, p. 103). Para a caracterização da abusividade de uma cláusula contratual, portanto, depreende-se da teoria objetiva a indiferença quanto à existência de má-fé por parte do fornecedor na redação do contrato. Dito de outra forma: "Seja através do prisma do abuso de direito, ou da boa-fé objetiva, o fato é que a perfectibilização da cláusula abusiva independe da má-fé subjetiva do fornecedor, já que, se limitada a esta visão, o instituto teria uma aplicação muito restrita". (SCHMITT, 2010, p. 104).

---

[16] Conforme redação do art. 6º do CDC: "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".

[17] Art. 187 CC: "Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes".

A perfectibilização da abusividade de uma cláusula contratual pode se dar de duas formas distintas: em decorrência do conteúdo do contrato ou da forma de contratação. No âmbito dos contratos bancários – espécies de contratos comutativos –, serão abusivas as cláusulas que implicarem desequilíbrio contratual. Este desequilíbrio pode ter origem nas prestações devidas pelas partes, no poder de decisão quando da celebração do contrato e na execução do mesmo. Neste sentido, o artigo 52, § 1º do Código de Defesa do Consumidor determina o caráter abusivo de cláusulas penais que cominem multa moratória acima de 2%. (MIRAGEM, 2011).

No tocante à abusividade decorrente da forma de contratação, esta se relaciona com o "comprometimento da qualidade do consentimento", na expressão de Bruno Miragem (2011). Nos contratos bancários, em que haja financiamento ou concessão de crédito, haverá comprometimento da qualidade do consentimento, a caracterizar o abuso, quando houver violação do artigo 52 do Código de Defesa do Consumidor e quando alguma informação essencial ao contrato for preterida, ou prestada sem a devida clareza, dificultando a compreensão por parte do consumidor. (MIRAGEM, 2011).

3.2.3 Consequência jurídica e formas de controle da abusividade

A sanção jurídica para as cláusulas abusivas está prevista no *caput* do artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor:

> 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 - subtraiam 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;
> V - (Vetado);
> VI - estabeleçam inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor;
> VII - determinem a utilização compulsória de arbitragem;
> VIII - imponham representante para concluir ou realizar outro negócio jurídico pelo consumidor;
> IX - deixem ao fornecedor a opção de concluir ou não o contrato, embora obrigando o consumidor;

> X - permitam ao fornecedor, direta ou indiretamente, variação do preço de maneira unilateral;
> XI - autorizem o fornecedor a cancelar o contrato unilateralmente, sem que igual direito seja conferido ao consumidor;
> XII - obriguem o consumidor a ressarcir os custos de cobrança de sua obrigação, sem que igual direito lhe seja conferido contra o fornecedor;
> XIII - autorizem o fornecedor a modificar unilateralmente o conteúdo ou a qualidade do contrato, após sua celebração;
> XIV - infrinjam ou possibilitem a violação de normas ambientais;
> XV - estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor;
> XVI - possibilitem a renúncia do direito de indenização por benfeitorias necessárias.

O rol do artigo transcrito é exemplificativo, como pode se concluir a partir da expressão "entre outras" constante no seu *caput*. Neste sentido, "[s]empre que verificar a existência de desequilíbrio na posição das partes no contrato de consumo, o juiz poderá reconhecer e declarar abusiva determinada cláusula, atendidos os princípios de boa-fé e da compatibilidade com o sistema de proteção do consumidor". (NERY JÚNIOR, 2007, p. 573).

Ainda com base no *caput* do artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor, depreende-se como consequência jurídica para as cláusulas abusivas – tanto para as previstas no rol exemplificativo do artigo supracitado quanto para outras cláusulas cuja abusividade venha a ser reconhecida – a nulidade. No caso concreto, porém, o aplicador da lei poderá "trabalhar com outra hipótese, considerando, inclusive, perdas e danos a favor do consumidor, impossibilidade de prestação por fatores supervenientes, ou, seguindo uma tendência inovadora, ineficácia". (SCHMITT, 2010, p. 112).

Regra geral, a "[n]ulidade é consequência atribuída à violação de norma tuteladora de caráter público, sendo a anulabilidade a sanção aplicável à violação de norma em que se tutela interesse particular, superada a distinção calcada na maior ou menor gravidade do defeito". (SCHMITT, 2010, p. 159). Assim, a abusividade em cláusulas contratuais tem por consequência nulidade absoluta, uma vez que atingida norma de proteção do interesse público. (SCHMITT, 2010). Nesse sentido, Claudia Lima Marques acrescenta:

> O juiz, ao interpretar o contrato, não será um simples servidor da vontade das partes – será, ao contrário, um **servidor do interesse geral**. Ele terá em vista tanto o mandamento da lei como a vontade manifestada, quanto os efeitos sociais do contrato e os interesses das partes protegidos pelo direito em sua nova concepção social. (MARQUES, 2011, p. 277, grifo nosso).

Para Nelson Nery Júnior, o tratamento conferido às invalidades no microssistema do Código de Defesa do Consumidor afastou o sistema de nulidades do Código Civil, superando-

se a dicotomia entre nulidades absolutas e relativas. No âmbito do Código de Defesa do Consumidor, no tocante às cláusulas abusivas, reconheceu-se a nulidade de pleno direito por ofenderem a ordem pública de proteção do consumidor, conforme artigo 1º do Código. (NERY JÚNIOR, 2007). Na redação do referido artigo, "o presente Código estabelece normas de **proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse geral** nos termos dos arts. 5°, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias" (grifo nosso). Também neste contexto, Bruno Miragem ensina que

> [a] nulidade das cláusulas abusivas, no regime do Código de Defesa do Consumidor, é *nulidade de ordem pública* (art. 1.º do CDC), *ordem pública de proteção*. E consta do art. 51 do CDC que são de pleno direito. Daí que se pode considerar que são insanáveis sendo proibidas por configurarem projeção do interesse público, de resto afirmado na Constituição, mediante eficácia reconhecida ao direito fundamental de defesa do consumidor. (MIRAGEM, 2011, p. 248, grifos originais).

Cristiano Schmitt (2010) considera a expressão "nula de pleno direito", contida no *caput* do artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor, de certo modo exagerada. Segundo o autor, a nulidade de pleno direito aplica-se para ato eivado de vício manifesto, que dispense análise probatória. Não seria, porém, este o caso do reconhecimento do caráter abusivo das cláusulas contratuais, uma vez que

> [s]endo necessária uma análise mais pormenorizada do caso, não se poderá trabalhar, aí, com o caráter de pleno direito, sob pena de um julgamento precipitado provocar injustiça, o que não influi na natureza da nulidade, a qual continua sendo absoluta, pois o que se ofende é norma de proteção a interesse social (art. 1º do CDC). (SCHMITT, 2010, p. 158).

Ademais, como características da nulidade absoluta, destacam-se a impossibilidade de ser sanada, a possibilidade de alegação por qualquer interessado e de reconhecimento de ofício por parte do juiz, com efeitos retroativos, bem como a dispensa de ação específica para seu reconhecimento, a imprescritibilidade e a vedação da produção de efeitos. (SCHMITT, 2010). Acrescenta-se que, no âmbito do processo civil, a nulidade das cláusulas abusivas não está sujeita à preclusão, por se tratar de matéria de ordem pública (art. 1º do CDC). Os dispositivos aplicáveis, por extensão, são o § 3º do artigo 267, o § 4º do artigo 301 e o artigo 303 do Código de Processo Civil. (NERY JÚNIOR, 2007).

Quanto à impossibilidade de sanar-se um vício que provoque nulidade absoluta, a despeito da previsão de nulidade como consequência para as cláusulas abusivas, há previsão

no artigo 6º, inciso V do Código de Defesa do Consumidor do direito de alteração das cláusulas que criam obrigações desproporcionais, admitindo alguns autores a sanação do vício, mantendo-se o contrato. (SCHMITT, 2010). Assim, Bruno Miragem observa que "no contrato de consumo, a invalidade parcial do negócio é a regra, mediante a nulidade das cláusulas abusivas, sobretudo porque é reconhecido o *direito de manutenção do contrato* por parte do consumidor". (MIRAGEM, 2011, p. 244, grifo original). Portanto, há que se atentar ao princípio da conservação do contrato, segundo o qual a interpretação das cláusulas gerais e de outras cláusulas contratuais que venham a ser indicadas como abusivas, bem como a análise da vantagem exagerada presumida "[...] devem ser feitos de modo a imprimir utilidade e operatividade ao negócio jurídico de consumo, não devendo ser empregada solução que tenha por escopo negar efetividade à convenção negocial de consumo". (NERY JÚNIOR, 2007, p. 603).

Sobre o reconhecimento de ofício da abusividade de cláusulas, pelo juiz, tem-se a previsão do artigo 168 do Código Civil de 2002[18]. "A nulidade absoluta, assim colocada, deve ser reconhecida pelo julgador, independentemente de manifestação das partes, tendo-se em vista a necessidade de proteção de determinado interesse coletivo protegido pela norma." (SCHMITT, 2010, p. 162).

O reconhecimento de ofício da nulidade de cláusulas abusivas enfrenta certa resistência, principalmente do Superior Tribunal de Justiça. (MIRAGEM, 2011). Este emitiu a Súmula 381, com o seguinte conteúdo: "Nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas".

Esta Súmula, porém, não foi bem recebida por parte da doutrina consumerista nacional. Para Cristiano Schmitt, a Súmula afronta o artigo 6º, inciso VI do Código de Defesa do Consumidor, o artigo 5º, inciso XXXII da Constituição Federal e o artigo 170, V também da Constituição Federal. Disserta o autor que "[...] o referido enunciado lesa significativamente a estrutura de defesa do consumidor, de fonte constitucional, afrontando também a isonomia de tratamento entre fornecedores, já que contempla uma classe específica". (SCHMITT, 2010, p. 162-163).

[18] Art. 168 CC: "As nulidades dos artigos antecedentes podem ser alegadas por qualquer interessado, ou pelo Ministério Público, quando lhe couber intervir. Parágrafo único. As nulidades devem ser pronunciadas pelo juiz, quando conhecer do negócio jurídico ou dos seus efeitos e as encontrar provadas, não lhe sendo permitido supri-las, ainda que a requerimento das partes".

Acerca das formas de controle da abusividade das cláusulas gerais, Cristiano Schmitt (2010) identifica nove: controle abstrato/ concreto, controle interno/ externo, controle antecipado/ posterior, e ainda controle legislativo, administrativo e judicial.

O controle concreto está relacionado a um caso específico, de um contrato já concluído. Também é chamado de controle repressivo ou posterior. De outro lado, o controle abstrato é anterior à conclusão do contrato. A forma de controle pode ainda ser interna, isto é, desempenhada pelo próprio consumidor, ou externa, quando realizada por órgãos administrativos ou judiciais. (SCHMITT, 2010).

Há, ainda, o controle antecipado, também conhecido por controle prévio, por ocorrer previamente à celebração do contrato. Este tipo de controle normalmente é "[...] exercido pela via administrativa, principalmente com relação aos contratos de adesão, por entidades públicas ou privadas, responsáveis pelo exame prévio, com aprovação, ou não, das condições gerais dos negócios pré-confeccionadas pelos fornecedores". (SCHMITT, 2010, p. 179). Logicamente, o controle posterior será aquele efetuado após a conclusão do contrato. Na esfera administrativa, manifesta-se, por exemplo, com a aplicação das sanções previstas no artigo 56 do Código de Defesa do Consumidor. (SCHMITT, 2010).

O controle legislativo é o aquele desempenhado pelo legislador, ao estabelecer em lei o que poderá ou não poderá constar em um contrato de consumo. O controle judicial é o realizado no âmbito do Poder Judiciário, enquanto o controle administrativo ocorre extrajudicialmente – através da atuação do Ministério Público e de fiscalização por órgãos públicos administrativos das atividades sujeitas a controle ou fiscalização por parte da Administração. (SCHMITT, 2010). Esta exerce o controle através de atos administrativos, como decretos e portarias, cujo conteúdo estabelece padrões para o exercício das atividades controladas por parte dos administrados. (NERY JÚNIOR, 2007).

Acerca do controle administrativo desempenhado pelo Ministério Público, poderá ser efetivado através de inquérito civil, instrumento preparatório da ação civil pública, conforme artigo 8º, § 1º da Lei 7.347/85 e artigo 90 do Código de Defesa do Consumidor.

> No inquérito civil o Ministério Público pode arregimentar documentos, informações, ouvir testemunhas e os interessados, realizar perícias e exames, tudo isso para formar sua opinião sobre a existência ou não de cláusula abusiva em determinado contrato de consumo ou nas cláusulas contratuais gerais. É nessa oportunidade que os interessados podem chegar à composição extrajudicial, sempre no interesse social de preservar-se a *ordem pública de proteção do consumidor*. (NERY JÚNIOR, 2007, p. 604, grifo original).

Chegando-se à composição dos interessados, finaliza-se o controle administrativo. O Ministério Público então homologa o acordo das partes, podendo ainda estabelecer consequências para o descumprimento deste. O documento elaborado pelo Ministério Público tem validade como título executivo extrajudicial, conforme artigo 5º, § 6º da Lei da Ação Civil Pública, aplicado às relações de consumo devido ao artigo 90 do Código de Defesa do Consumidor. Caso as partes não cheguem a um acordo, compete ao Ministério Público ingressar com ação civil pública, pleiteando o controle judiciário das cláusulas abusivas. (NERY JÚNIOR, 2007).

Na esfera do controle judicial (art. 82 do CDC), este poderá ser concreto ou abstrato. Conforme já referido, será concreto quando tiver por objeto relação de consumo específica e já concluída. Por outro lado, será abstrato o controle judicial relativo a cláusulas contratuais gerais, antes de o consumidor aderir a elas. (NERY JÚNIOR, 2007). "Tem-se atribuído majoritariamente a natureza de sentença constitutiva negativa, ou, simplesmente, desconstitutiva, àquela que decreta a nulidade da cláusula abusiva, pois descarta a cláusula do plano contratual, não declarando apenas sua invalidade." (SCHMITT, 2010, p. 198). O efeito de tal sentença será *ex tunc*, portanto retroativo à celebração do contrato, uma vez que desde este momento, anterior à propositura da ação, existia a situação de invalidade. Ademais, no âmbito do controle judicial abstrato, que tenha por objetivo proteger direitos difusos ou coletivos do consumidor (art. 103 do CDC), a decisão que declarar abusiva uma cláusula terá eficácia *erga omnes* ou *ultra partes*. Isso imprime à decisão judicial o caráter de decisão normativa, proibindo o uso da cláusula declarada abusiva também por estipulantes em contratações futuras. (NERY JÚNIOR, 2007).

Acrescenta-se que o Ministério Público, a pedido do consumidor ou de entidade que o represente, tem legitimidade para ingressar com ação judicial para pleitear também o controle judicial concreto, defendendo direito que, a princípio, poderia ser tido como individual, mas que o Código de Defesa do Consumidor considerou de interesse social, em seu artigo 1º. O Ministério Público não poderá, porém, ingressar com ação para obtenção de indenização para um consumidor específico, individual. (NERY JÚNIOR, 2007).

Claudia Lima Marques (2011), analisando a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, identificou que a boa-fé objetiva, além de originar deveres anexos, como o dever de informação, vem sendo "[...] utilizada como limite a determinar o abuso, em especial a invalidade das cláusulas em contratos bancários, de consórcios e de cartões de crédito, controlando em geral os juros remuneratórios". (MARQUES, 2011, p. 245-246).

> Assim, a intervenção do Estado na formação dos contratos vai ser exercida não só pelo legislador, como também pelos órgãos administrativos. Também o Poder Judiciário terá nova função, pois, se as normas imperativas destas leis, aqui chamadas de intervencionistas, restringem o espaço da liberdade individual no contrato, também legitimação ao Judiciário para que exerça o tão reclamado controle efetivo do conteúdo do contrato, controle da justiça contratual, em especial o controle das cláusulas abusivas. (MARQUES, 2011, p. 249).

Acerca do controle da justiça contratual, Nelson Nery Júnior (2007) ensina que a equidade pode ser utilizada como técnica de julgamento no processo civil nos casos em que a lei assim autoriza, conforme artigo 127 do Código de Processo Civil. "A norma aqui analisada dá ao juiz a possibilidade de valoração da cláusula contratual, a fim de verificar se é ou não contrária à equidade e boa-fé. O juiz não julgará por equidade, mas dirá o que está de acordo com a equidade no contrato sobre exame." (NERY JÚNIOR, 2007, p. 581).

3.3 LIMITE À TAXA DE JUROS REMUNERATÓRIOS

A limitação da taxa de juros era objeto de dispositivo constitucional, constando no artigo 192, § 3º da Constituição Federal de 1988. Na antiga redação do *caput* do referido artigo: "O sistema financeira nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, será regulado em lei complementar, que disporá, inclusive, sobre [...]". Seguiam-se oito incisos e três parágrafos, sendo a redação do parágrafo terceiro a seguinte:

> A taxa de juros reais, nelas incluídas comissões e quaisquer outras remunerações direta e indiretamente referidas à concessão de crédito, não poderão ser superior a doze por cento ao ano, a cobrança acima deste limite será conceituada como crime de usura, punido, em todas as suas modalidades, nos termos que a lei determinar.

Em 2003, sobreveio a Emenda Constitucional nº 40, que alterou a redação do *caput* do artigo e revogou seus incisos e parágrafos. Atualmente, a redação do artigo 192 da Constituição Federal é a seguinte:

> O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem, abrangendo as cooperativas de crédito, será regulado por leis complementares que disporão, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram.

Enquanto esteve em vigor o artigo 192 com sua antiga redação, seus incisos e parágrafos, discutiu-se na doutrina e na jurisprudência acerca da imediata aplicabilidade do §3º transcrito. Para Gabriel Wedy (1997, p. 70), "[t]oda a polêmica gerada pela auto-aplicabilidade do art. 192, § 3º, tem, sem dúvida, uma conotação muito mais política do que jurídica, pois dentro do direito não pode haver dúvida sobre sua eficácia plena". O autor defendia, portanto, a imediata aplicabilidade do dispositivo constitucional em questão. Acrescentou, ainda, ser inadmissível "[...] a não-aplicabilidade de uma norma constitucional '*bastante em si mesma*', pois se assim fosse, estaríamos dando guarida para o esvaziamento do disposto constitucional que é límpido ao limitar os juros reais em 12% ao ano". (WEDY, 1997, p. 76, grifo original).

No entanto, este não foi o entendimento majoritário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 4-7, do Distrito Federal, em 1991. Conforme ementa do acórdão:

> Tendo a Constituição Federal, no único artigo em que trata do Sistema Financeiro Nacional (art. 192), estabelecido que este será regulado por lei complementar, com observância do que determinou no "caput", nos seus incisos e parágrafos, não é de se admitir a eficácia imediata e isolada do disposto em seu parágrafo 3º, sobre taxa de juros reais (12% ao ano), até porque estes não foram conceituados. Só o tratamento global do Sistema Financeiro Nacional, na futura lei complementar, com observância de todas as normas do "caput", dos incisos e parágrafos do art. 192, é que permitirá a incidência da referida norma sobre juros reais e desde que estes também sejam conceituados em tal diploma. (BRASIL, 1991, p. 2).

A discussão acerca da autoaplicabilidade do artigo 192 perdeu seu objeto com as alterações decorrentes da Emenda Constitucional nº 40. Desde então, não há previsão constitucional limitando a taxa de juros. Necessário, portanto, analisar as normas infraconstitucionais sobre o tema.

Na esfera infraconstitucional, editou-se em 1933 o Decreto nº 22.626 (a Lei da Usura), dispondo sobre os juros nos contratos e dando outras providências. Em seu artigo 1º, é vedada a estipulação, em qualquer contrato, de taxa de juros superior ao dobro da taxa legal. O Código Civil Brasileiro, em seu artigo 406, estabeleceu que os juros legais devem ser fixados conforme a taxa que estiver em vigor para a mora no adimplemento de impostos junto à Fazenda Nacional. Esta taxa é fixada no artigo 2º da Lei nº 5.421, de 1968, segundo o qual os juros moratórios para débitos com a Fazenda Nacional são de 1% (um por cento) ao mês, isto é, 12% (doze por cento) ao ano.

Conforme entendimento sumulado do Supremo Tribunal Federal, no entanto, a limitação constante na Lei da Usura não é aplicável a instituições bancárias e demais instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional. Na redação da Súmula nº 596 STF: "As disposições do decreto 22626/1933 não se aplicam às taxas de juros e aos outros encargos cobrados nas operações realizadas por instituições públicas ou privadas, que integram o Sistema Financeiro Nacional".

O Sistema Financeiro Nacional veio a ser regulado em 1964, pela Lei nº 4.595, a qual também cria o Conselho Monetário Nacional. O artigo 4º do referido diploma legal determina as competências atribuídas ao Conselho Monetário Nacional. Uma das suas competências, conforme inciso IX do artigo 4º, é a de limitar, sempre que necessário, as taxas de juros, comissões e outras formas de remuneração de operações e serviços bancários ou financeiros, incluindo aqueles ofertados pelo Banco Central do Brasil.

Inexiste, atualmente, norma vigente oriunda do Conselho Monetário Nacional estabelecendo limite máximo geral para a cobrança de juros remuneratórios em operações de mútuo. Neste sentido, conforme ementa do Agravo Regimental no Recurso Especial nº 631.139 – RS: "A exigência de taxa de juros superiores a 12% ao ano não se condiciona à autorização do Conselho Monetário Nacional, salvo nas hipóteses de cédula de crédito rural, comercial ou industrial [...]". (BRASIL, 2005). O próprio Banco Central do Brasil (2012) informa, no seu sítio, que as taxas de juros cobradas pelas instituições financeiras não estão sujeitas a qualquer limite. E acrescenta que as taxas de juros são aquelas praticadas no mercado[19], variando entre as instituições.

Ausente limitação normativa expressa, os tribunais vêm sendo chamados a avaliar e conter eventual abuso da cobrança de juros remuneratórios. Observa-se "[...] um surto das chamadas ações revisionais, nas quais pretendem os aderentes, *grosso modo*, realinhar a dívida e demonstrar eventual excesso, desequilíbrio entre as partes [...]". (ABRÃO, 2010, p. 497, grifo original). No tocante aos contratos bancários, o Superior Tribunal de Justiça tem admitido a revisão judicial das taxas de juros pactuadas, quando comprovada a sua abusividade. Os fundamentos mais comuns para esta prática têm sido os artigos 39, inciso V e 51, inciso IV do Código de Defesa do Consumidor. (JANTALIA, 2010).

---

[19] Recentemente o Superior Tribunal de Justiça aprovou a Súmula 472, cujo conteúdo veda totalmente a cobrança de juros remuneratórios quando for cobrada comissão de permanência, nos seguintes termos: "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". (Súmula 472 STJ).

Conforme já mencionado, o princípio da boa-fé vem sendo utilizado pela jurisprudência na limitação da taxa de juros remuneratórios. Do princípio da boa-fé decorrem múltiplos deveres anexos, como o dever de cuidado (*Schutzpflicht*). O Código de Defesa do Consumidor atribui ao fornecedor, exclusivamente, o dever de cuidado em diversos dispositivos, como os artigos 8º, 10, 12, 14, 18, 20, 42, 42, 44, 49 e 50. (MARQUES, 2011).

Claudia Lima Marques (2011) identifica dupla finalidade para o dever de cuidado. Primeira, a finalidade de preservação do parceiro contratual quanto a danos à sua integridade pessoal, tanto física quanto moral. Segunda, a finalidade de preservação da integridade patrimonial do cocontratante. Ensina, ainda, que o dever de preservação da integridade patrimonial vem sendo muito valorizado, devido ao fato de, atualmente, considerar-se um valor em si mesmo a possibilidade de acessar o mundo do consumo, de desenvolver um patrimônio e uma "personalidade econômica", na expressão da autora. Ela aponta, dentre as cláusulas que violam o dever de cuidado e suas finalidades, a imposição de juros irrazoáveis. E acrescenta:

> O direito tem extrema dificuldade de regular o preço, considerado o elemento do contrato em que há maior liberdade da vontade, em que praticamente inexistem regras supletivas a esta manifestação de vontade, em que o espectro de interpretação do aplicador da lei é menor; simplesmente porque aqui, no preço, na remuneração, se encontra o interesse maior que move ao contrato o fornecedor, especialmente aquele que trabalha com crédito ao consumo e financiamentos em geral. (MARQUES, 2011, p. 1138).

Assim, diante da ausência de dispositivo supletivo ou limitador das taxas de juros remuneratórias, no âmbito do Sistema Financeiro Nacional, o que se tem sugerido e utilizado é a fundamentação em princípios como a boa-fé e deveres anexos. Conceitos abertos, de conteúdo *a priori* indeterminado. Os incentivos criados por este e outros posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais, bem como por alguns dos dispositivos legais relativos ao Direito do Consumidor, aplicáveis às relações de consumo de serviços bancários, são objeto de análise do próximo capítulo.

4 CONSEQUÊNCIAS DA PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR DE SERVIÇOS BANCÁRIOS

A Análise Econômica do Contrato tem demonstrado a integração entre o regime dos contratos e um panorama mais amplo de regulação econômica. Aponta-se para um uso crescente de formas contratualizadas de relação entre entidades públicas e privadas, e também para o aumento da interferência pública nos contratos privados e sua instrumentalização aos fins públicos, através de limitações à autonomia privada. (ARAÚJO, 2007). Este fenômeno é facilmente identificado no âmbito dos contratos envolvendo consumidores. O Código de Defesa do Consumidor fundamenta seus dispositivos balizadores da vontade contratual na ordem pública e no interesse geral (art. 1º do CDC), caracterizando a instrumentalização da proteção e defesa do consumidor aos fins públicos mencionados.

As balizas à autonomia da vontade são sempre acompanhadas de justificativas, inclusive muitas delas fundadas na lógica econômica. Como exemplo, cita-se a vedação de finalidades contratuais nos casos em que o cumprimento do contrato tenha como resultado externalidades negativas sobre bens públicos ou recursos comuns, de difícil internalização, por produzirem danos sociais superiores ao bem-estar gerado. (ARAÚJO, 2007).

O autor português Fernando Araújo complementa:

> E sempre que aparece alguém a tentar esboçar argumentos económicos para a tutela paternalista dos contratos, por exemplo invocando a necessidade de se retificar os efeitos da racionalidade limitada e das insuficiências informativas, logo alguém lembra que o paternalismo não passa de uma arrogância incongruente, que presume que o julgador está imune a essas limitações e insuficiências que ele vê prevalecerem em todos os outros – quando o fato é que o julgador está por definição mais distante do conhecimento directo das circunstâncias do que as partes envolvidas nos contratos, e portanto tem logo de início contra ele uma desvantagem informativa que terá que vencer. Esse aliás um poderoso argumento de que raramente o julgador externo terá a possibilidade de aquilatar o valor de bem-estar gerado no contrato melhor do que o podem fazer as próprias partes [...]. (ARAÚJO, 2007, p. 435).

As decisões judiciais, assim como as normas legais, são entendidas como incentivos para fazer, deixar de fazer ou tolerar que se façam determinadas ações. “Todo o direito é construído sobre a premissa implícita de que as pessoas responderão a incentivos. [...] [S]e as pessoas não respondessem a incentivos, o direito seria de pouca ou nenhuma utilidade.” (GICO JR., 2012, p. 20). Na consecução de sua finalidade de proteção ao consumidor, o Direito do Consumidor cria distintos incentivos tanto para fornecedores quanto para

consumidores. Alguns dos principais incentivos gerados pela proteção do consumidor de serviços bancários são analisados ao longo deste capítulo.

4.1 INCERTEZA JURISDICIONAL E O MERCADO DE CRÉDITO

A concessão de crédito envolve, necessariamente, a assunção de risco por parte do credor. (SADDI, 2007). Diversos são os elementos que influenciam o grau de risco de uma operação, como características próprias das partes contratantes, qualidade e completude dos contratos e componentes macroeconômicos, estruturais e institucionais. Dos componentes institucionais, são objeto do presente estudo, precipuamente, o aspecto legal e sua aplicação em âmbito judicial.

No que se refere ao aspecto legal, a Teoria Econômica do Contrato, conforme abordado anteriormente (seção 2.5), identifica e fundamenta seis finalidades para o Direito contratual: possibilitar a cooperação e a eficiência, incentivar a revelação eficiente de informações, assegurar o compromisso com o adimplemento, assegurar a confiança ótima, minimizar os custos de transação e promover as relações contratuais duradouras.

O Direito do Consumidor regula uma espécie contratual, os contratos de consumo, dentre os quais estão incluídos os contratos de serviços entre consumidores e instituições financeiras, segundo redação do artigo 3º do Código de Defesa do Consumidor e entendimento consolidado do Supremo Tribunal Federal (abordado na seção 3.1 da presente pesquisa). Portanto, entende-se que o Direito do Consumidor deveria considerar, além de sua finalidade específica de proteção do consumidor, as seis finalidades previamente citadas, comuns aos diversos tipos contratuais. Entretanto, a hipótese deste trabalho é a de que a forma como vem sendo realizada a proteção do consumidor tem negligenciado algumas dessas finalidades, dando origem a incertezas e custos de transação adicionais, cujas consequências seriam aumento da taxa de juros cobrada e redução do volume de crédito concedido pelas instituições bancárias. Esta hipótese é testada a seguir à luz de estudos teóricos e empíricos.

4.1.1 Conceito e relevância da incerteza jurisdicional

Arida, Bacha e Lara-Resende (2005) apontam para a existência no Brasil de incerteza jurisdicional (*jurisdictional uncertainty*), sendo esta composta por diversos aspectos: viés anticredor, risco de "atos do Príncipe" alterarem o valor dos contratos antes ou durante sua execução, e risco de uma interpretação desfavorável no âmbito de um litígio judicial. O

conceito de incerteza jurisdicional abrange, portanto, não apenas atos do Poder Judiciário, mas também do Legislativo e do Executivo – o "*Poder Público em toda sua extensão*". (FALCÃO; SCHUARTZ; ARGUELHES, 2006, p. 5, grifo original).

O objetivo do estudo de Arida *et al*. (2005) é encontrar o fundamento para a inexistência de um mercado significativo de crédito de longo prazo e para as altas taxas de juros de curto prazo no Brasil. Os autores atribuem à jurisdição brasileira papel decisivo para a inexistência de um mercado relevante de crédito de longo prazo: "It is the jurisdiction – the uncertainties associated to the settlement of contracts in the Brazilian jurisdiction – that is at the root of the inexistence of a large long-term domestic credit market"[20]. (ARIDA; BACHA; LARA-RESENDE, 2005, p. 4). Acrescentam que uma má jurisdição aliada à não conversibilidade da moeda, além de prejudicarem o mercado de crédito de longo prazo, elevam a taxa de juros de curto prazo; e indicam ser este o caso do Brasil. (ARIDA ; BACHA; LARA-RESENDE, 2005).

Falcão, Schuartz e Aguelhes (2006) criticam estas conclusões. Os autores identificam duas subespécies de incerteza, a normal ou estrutural e a patológica. A incerteza normal está relacionada à margem de escolha do juiz por uma dentre as decisões possíveis e compatíveis com o Direito, a partir da aplicação de normas gerais para o caso concreto. Já a incerteza patológica seria aquela cuja imprevisibilidade decorre de fatores patológicos, como corrupção e motivações ideológicas. Para estes autores, o viés anticredor, indicado por Arida *et al.*, não seria motivo de incerteza. Pelo contrário, "[a] própria ideia de um '*viés* anti-credor' implica algum grau de previsibilidade quanto à parcialidade da decisão, expressa na tendência – identificável previamente – de o magistrado favorecer uma das partes". (FALCÃO; SCHUARTZ; ARGUELHES, 2006, p. 13). Ademais, apontam para o fato de que o viés anticredor não necessariamente decorre da vontade do juiz, podendo ter origem em atos do Poder Legislativo e do Executivo. (FALCÃO; SCHUARTZ; ARGUELHES, 2006).

A tese de Arida *et al.* (2005) foi objeto de estudo também por Gonçalves, Holland e Spacov (2007). A partir de uma análise econométrica, estes autores concluíram serem os fatores monetários e fiscais mais relevantes do que a incerteza jurisdicional para explicar o nível da taxa de juros de curto prazo observada no Brasil. Os pesquisadores reconhecem, ainda, a existência de duas importantes limitações ao exercício empírico por eles realizado. Primeira, não há variável capaz de captar sem desvio o viés anticredor enfatizado por Arida *et al*. Segunda, não foram diretamente considerados na análise alguns fatores apontados por

[20] "É a jurisdição – as incertezas associadas à liquidação de contratos na jurisdição brasileira – a raiz da inexistência de um significativo mercado doméstico de crédito de longo prazo." (Tradução nossa).

Arida *et al.* como agravantes do impacto negativo da incerteza jurisdicional (fundos de poupança compulsória, por exemplo).

Entende-se, no entanto, que as críticas dirigidas à tese de Arida *et al.* não a invalidam nem comprometem sua relevância. O fato de o viés anticredor, por vezes, não ter origem na vontade do juiz não afasta a incerteza jurisdicional, uma vez que, na definição de Arida *et al.* (2005), esta abrange também atos do Legislativo e do Executivo. Ademais, a dita previsibilidade de uma decisão parcial favoravelmente ao devedor/ consumidor não afasta o componente de incerteza criado, não somente quanto ao conteúdo de uma decisão específica, mas sim para os negócios jurídicos em geral, que encerrem alguma semelhança com aquele que tenha sido objeto de decisão judicial contrariamente ao credor.

Quanto à existência de outros fatores atuando sobre o mercado de crédito, de fato, inúmeros são aqueles que influenciam negativa ou positivamente este mercado. Dentre os determinantes do *spread* bancário, por exemplo, encontram-se a elevada volatilidade da taxa básica de juros e o nível desta. (OREIRO *et al.*, 2006). Já a oferta de crédito reage positivamente à taxa básica de juros definida pela Autoridade Monetária e à renda agregada; e negativamente ao risco de inadimplência, ao prêmio do risco-país e à taxa de juros internacional[21]. (CARNEIRO; SALLES; WU, 2006). Mesmo que se considere que a incerteza jurisdicional não tenha impacto direto sobre o mercado de crédito, há que se reconhecer a sua influência sobre pelo menos dois dos fatores supracitados – o valor da taxa básica de juros (cuja definição pela Autoridade Monetária pode ser entendida como "ato do Príncipe") e o risco de inadimplência (que está relacionado às normas legais vigentes e à forma como tais normas são aplicadas pelo Judiciário).

Estudos, no entanto, tendem a indicar uma relação direta entre os componentes da incerteza jurisdicional e o mercado de crédito, conforme se demonstra nas seções seguintes. Primeiramente, porém, cabe verificar a existência de um viés anticredor no sistema jurídico brasileiro, e especialmente no sistema de proteção do consumidor de serviços bancários.

4.1.2 Verificação do viés anticredor no sistema jurídico brasileiro

Arida *et al.*(2005) identificam três aspectos da incerteza jurisdicional, conforme referido na seção anterior, sendo eles o viés anticredor, o risco de "atos do Príncipe" influenciarem no valor dos contratos e o risco de uma interpretação judicial desfavorável ao

[21] Considerações aprofundadas sobre como se dão essas relações podem ser encontradas em CARNEIRO; SALLES; WU, 2006, p. 10.

credor. Na proteção do consumidor, uma vez sendo o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor o fundamento do Direito do Consumidor (GRINOVER; BENJAMIN *in* GRINOVER *et al*., 2007), entende-se que o segundo e o terceiro aspectos da incerteza jurisdicional estejam de algum modo abrangidos pelo primeiro: a presumida vulnerabilidade do consumidor determina um viés anticredor, que, por sua vez, legitima a intervenção do Estado na relação contratual e a interpretação desfavorável ao credor.

O Código de Defesa do Consumidor é, portanto, intrinsecamente anticredor, como pode ser percebido em diferentes aspectos. O seu título já indica o reconhecimento da necessidade de defesa, proteção do consumidor, fundamentada em sua presumida vulnerabilidade, afirmada pelos autores do anteprojeto deste Código (GRINOVER; BENJAMIN *in* GRINOVER *et al*., 2007) e positivada no artigo 4º, inciso I do Código de Defesa do Consumidor[22].

Alguns dispositivos do Código expressam de forma inquestionável o viés anticredor, corroborando a observação de Falcão *et al.*(2006) no sentido de que este viés nem sempre tem origem na vontade do juiz. Exemplificam a existência de viés anticredor originado no Poder Legislativo, pois decorrente da lei, dentre os artigos do Código de Defesa do Consumidor, o artigo 4º *caput*, que estabelece como objetivo da Política Nacional das Relações de Consumo "[...] 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 [...]", conforme redação do referido artigo. Outro exemplo que se pode mencionar é o artigo 47 do Código, segundo o qual a interpretação das cláusulas contratuais deve ser feita de forma mais favorável ao consumidor.

Relevante, ainda, o artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor (analisado na seção 3.2.3 do presente trabalho), que estabelece o sistema de nulidade de pleno direito das cláusulas contratuais consideradas abusivas, exemplificando algumas delas. No inciso XV, por exemplo, prevê como nulas as normas que "estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor" (art. 51, XV do CDC). "Esta disposição configura *norma de encerramento*, que possibilita ao juiz ampla margem de integrar o conceito jurídico indeterminado e dizer o que significa 'estar em desacordo com o sistema de proteção ao

[22] 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; [...]".

consumidor'." (NERY JÚNIOR, 2007, p. 600, grifo original). Nota-se, pela margem reservada pelo legislador à interpretação judicial, a relevância desta na esfera das relações de consumo. Neste sentido:

> A limitação da liberdade contratual vai possibilitar, assim, que novas obrigações, não oriundas da vontade declarada ou interna dos contratantes, sejam inseridas no contrato em virtude da lei ou ainda **em virtude de uma interpretação construtiva dos juízes**, demonstrando mais uma vez o papel predominante da lei em relação à vontade na nova concepção de contrato (MARQUES, 2011, p. 271, grifo nosso).

A atividade jurisdicional foi objeto de pesquisa de Armando Castelar Pinheiro (2002b). A fim de se verificar a "politização" dos magistrados brasileiros, o autor perguntou-lhes: reconhecendo a tensão frequentemente existente entre contratos e interesses de segmentos sociais menos privilegiados, com qual o posicionamento concordam mais – se, primeiro, os contratos devem ser respeitados sempre, independente das repercussões sociais deles decorrentes; ou se, segundo, o juiz tem um papel social a cumprir, de modo que a busca pela justiça social justifica a violação de contratos nas decisões judiciais.

Os resultados obtidos pela pesquisa foram expressivos. Dos entrevistados, apenas 2,8% disse não saber ou não ter opinião; 4,3% não respondeu. 19,7% deles optaram pela primeira alternativa, de que os contratos devem sempre ser respeitados. E a grande maioria dos entrevistados, mais especificamente 73,1%, escolheu a segunda alternativa, segundo a qual uma decisão judicial pode violar o contrato em razão da busca pela justiça social. (PINHEIRO, 2002b).

O viés do judiciário foi também analisado por Yeung e Azevedo (2011). A partir da coleta de informações de 1.687 decisões do Superior Tribunal de Justiça, entre 1998 e 2008, os autores concluem que a existência de viés judicial não foi confirmada pelos dados empíricos analisados. Alguns resultados demonstrados pela pesquisa merecem destaque.

Ao analisarem a probabilidade de uma decisão judicial ser pró-credor ou pró-devedor, de acordo com o tipo de recorrente, os autores chegaram ao seguinte resultado: se o recorrente for pessoa física, a probabilidade encontrada de a decisão ser pró-devedor foi de 48,63%, enquanto a de ser pró-credor foi de 48,82%. A situação é mais favorável ao credor se o recorrente for pessoa jurídica ou instituição financeira. No caso da pessoa jurídica, as probabilidades encontradas foram de 44,57% pró-devedor e 53,29% pró-credor; enquanto que, sendo instituição financeira a recorrente, as probabilidades foram de 40,56% pró-devedor e 57,63% pró-credor. (YEUNG; AZEVEDO, 2011).

Quando analisada a probabilidade de a decisão ser pró-hipossuficiente, também de acordo com o tipo de recorrente, os resultados são um pouco diferentes. Sendo o recorrido uma instituição financeira, quando o recorrente for pessoa física, a probabilidade encontrada para uma decisão pró-hipossuficiente foi de 46,17% frente a 39,11% pró parte mais forte. Por outro lado, quando o recorrido for pessoa física, e o recorrente for uma instituição financeira, a probabilidade descoberta para uma decisão pró-hipossuficiente foi de 36,25% frente a 55,62% pró parte mais forte. (YEUNG; AZEVEDO, 2011).

Yeung e Azevedo (2011) concluem, assim, que não há um viés explícito nas decisões do Superior Tribunal de Justiça, que são proferidas ora favoravelmente ao credor, ora ao devedor.

Reconhece-se a relevância deste estudo e de suas conclusões; no entanto, há que se considerar a existência de limitações. O referido levantamento é basicamente quantitativo, no sentido de avaliar o número de decisões pró-consumidor (pessoa física ou hipossuficiente) e pró-credor (ou parte mais forte), sem aprofundar o mérito da questão. Desta forma, o estudo não capta, por exemplo, a litigância que tenha por objetivo unicamente postergar o pagamento, mais comum entre os devedores, e que, portanto, pode contribuir para incrementar o percentual de decisões pró-credor. O teste desta hipótese extrapola o escopo do presente trabalho, porém, se não como probabilidade, ao menos como possiblidade a hipótese merece consideração.

Ademais, também na doutrina – comumente utilizada para embasar decisões judiciais e atualizações legislativas – identificam-se fundamentos para o viés anticredor, como na seguinte passagem: “A necessidade de proteção da liberdade do contratante mais fraco (liberdade de contratar negativa) leva a impor novos riscos profissionais aos fornecedores, que não poderão ser transferidos aos consumidores por nenhuma manifestação válida da vontade [...]”. (MARQUES, 2011, p. 271-272).

A fim de verificar se não há efetivamente uma transferência aos consumidores, direta ou indireta, dos novos riscos profissionais impostos aos fornecedores pelo dirigismo contratual, analisam-se na seção seguinte as consequências, algumas empiricamente verificadas e outras teoricamente possíveis, da ingerência do Estado sobre as relações contratuais.

4.1.3 Evidências acerca dos impactos da incerteza jurisdicional

Em nível macroeconômico, Levine, Loayza e Beck (2000) desenvolveram estudo econométrico, comparando diferentes países, a fim de identificar a natureza do efeito do desenvolvimento da intermediação financeira sobre o crescimento econômico, concluindo por uma relação positiva entre aquele e este – intermediários financeiros desenvolvidos contribuem para acelerar o crescimento econômico. Significativo, portanto, identificar os fatores que estimulam o desenvolvimento dos intermediários financeiros.

A investigação aponta que as diferenças nos direitos legais do credor, a eficiência da executabilidade dos contratos e os padrões do sistema contábil contribuem para explicar os diferentes níveis de desenvolvimento da intermediação financeira existentes entre os países. A partir dos resultados obtidos no estudo, os autores concluíram que os países tendem a ter intermediários financeiros mais bem desenvolvidos onde o Direito confere grande prioridade para os credores segurados receberem o valor presente total em seus litígios contra empresas, onde rigorosamente o sistema jurídico aplica os contratos e onde os padrões contábeis resultam em informações de alta qualidade – compreensíveis e comparáveis entre si. (LEVINE; LOAYZA; BECK, 2000).

Partindo-se do pressuposto de que os aspectos legais relativos aos direitos dos credores e à aplicação dos contratos, bem como os padrões contábeis, resultam da atuação do Estado (seja do Legislativo, do Judiciário ou do Executivo), pode-se estabelecer uma relação direta entre os três fatores listados e a incerteza jurisdicional. Um ambiente de significativa incerteza jurisdicional seria, portanto, refletido na precária proteção aos direitos dos credores e aplicação dos contratos, impactando direta e negativamente no desenvolvimento dos intermediários financeiros e, por consequência, no crescimento econômico.

Em nível microeconômico, um estudo empírico desenvolvido por Costa e Mello (2006) identifica as consequências no mercado de crédito de uma decisão do Superior Tribunal de Justiça. A decisão refere-se a uma ação iniciada em 2002, por um servidor público de Porto Alegre contra uma instituição bancária, objetivando reconhecer a ilegalidade do desconto na folha de pagamento do autor. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul decidiu a favor do autor, sendo esta decisão confirmada pelo Superior Tribunal de Justiça em junho de 2004.

Apesar de os efeitos da decisão serem limitados a este caso específico, e o suporte fático ser anterior à Lei Nº 10.820 (editada em 2003 para regular o desconto de prestações em folha de pagamento), os autores identificaram efeitos adversos no mercado de crédito,

especificamente de crédito consignado. Tais efeitos abrangem a percepção do risco, a quantidade de empréstimos concedidos e as taxas de juros praticadas. Os resultados do estudo indicam que a decisão do Superior Tribunal de Justiça aumentou a percepção do risco em operações de crédito consignado, o que teve por consequência uma restrição na quantidade de empréstimos concedidos e um aumento nas taxas de juros, calculado em 7,3%. (COSTA; MELLO, 2006).

Cabe colocar, porém, que a referida decisão não impediu o crescimento das operações de crédito consignado, impulsionadas também pela edição da Lei Nº 10.820/03. No entanto, os resultados da pesquisa indicam que a decisão impediu um crescimento ainda maior da concessão de crédito consignado, além de fazer com que estes fossem ofertados em termos menos benéficos aos consumidores. (COSTA; MELLO, 2006).

As conclusões deste estudo constituem importante evidência de que a incerteza jurisdicional, especificamente aquela decorrente do Poder Judiciário, refere-se não apenas à decisão de um litígio específico, e sim aos negócios jurídicos que com ele apresentem alguma semelhança, conforme alegado na seção precedente. O fato de ter sido judicialmente considerado ilegal o desconto em folha de pagamento em um caso específico elevou a percepção do risco, isto é, a incerteza, nas operações de crédito consignado que se sucederam à decisão judicial.

Esta relação entre incerteza e taxa de juros pode ser demonstrada também a partir da fórmula do valor esperado (apresentada na seção 2.3 do presente estudo):

$$VME = D*[X(p) + Y(q)]$$

sendo *VME* o valor monetário esperado, *D* o montante emprestado pelo banco, *X* a taxa de juros contratada, *p* a probabilidade de o cliente pagar os juros integralmente, *Y* a taxa de juros renegociada judicialmente e *q* a probabilidade de o consumidor ingressar com uma ação revisional.

A partir da equação tem-se que, para determinado valor esperado, o banco estipulará uma taxa de juros *X* mais elevada quanto menor for probabilidade de o consumidor pagar integralmente o valor contratado (e, portanto, maior a probabilidade de ele ingressar em juízo para renegociar a dívida). Ademais, pode-se afirmar que, se o banco não puder aumentar os juros acima de determinado nível (isto é, se houver algum limite legal estipulado), é possível que a probabilidade de o consumidor ingressar em juízo para renegociar a dívida seja tal que reduza o valor esperado de modo que, por não poder cobrar uma taxa de juros acima do limite

máximo estipulado, a melhor estratégia para o banco será não conceder o empréstimo. Entendendo que um sistema jurídico pró-consumidor estimule-o a mover ação judicial para revisar um contrato bancário por ele firmado, aumentando o valor de *q*, conclui-se que a incerteza jurisdicional, como viés anticredor, contribui para a elevação da taxa de juros praticada pelos bancos e, até mesmo, para a redução no volume de créditos concedidos.

Acrescenta-se que um dos entendimentos acerca da função social do contrato é a obrigação atribuída aos tribunais de maximizar o bem-estar social, "[...] considerando, por exemplo, o efeito dos contratos em partes terceiras e buscando reduzir ao máximo os custos de transação a fim de possibilitar o fluxo de trocas no mercado, a alocação de riscos pelos agentes econômicos até que seja alcançada a situação mais eficiente". (TIMM; GUARISSE, 2012, p. 173). Portanto, se, de fato, uma revisão judicial da cláusula de juros nos contratos entre bancos e consumidores puder resultar em uma redução na oferta de contratos bancários aos consumidores – gerando, assim, uma situação socialmente ineficiente – a função social do contrato exigiria que o mesmo não fosse judicialmente revisado. (TIMM; GUARISSE, 2012).

Analisados os principais impactos no mercado de crédito decorrentes da proteção do devedor/ consumidor no mercado de crédito bancário, passa-se ao estudo das consequências de tal proteção também sobre a relação jurídica existente entre instituições bancárias e consumidores.

4.2 IGNORÂNCIA RACIONAL E A RELAÇÃO DE CONSUMO BANCÁRIA

O Código de Defesa do Consumidor, conforme já referido, foi elaborado partindo-se da premissa de vulnerabilidade do consumidor. Segundo os autores do Código, "[t]oda e qualquer legislação de proteção do consumidor tem, portanto, a mesma *ratio*, vale dizer, reequilibrar a relação de consumo, seja reforçando, quando possível, a posição do consumidor, seja proibindo ou limitando certas práticas do mercado". (GRINOVER; BENJAMIN *in* GRINOVER *et al*., 2007, p. 7, grifo original). Este tratamento conferido ao consumidor cria determinados incentivos para a sua tomada de decisão, a seguir abordados.

4.2.1 A ignorância racional e os contratos estandardizados

O pressuposto de que há desequilíbrio contratual na relação de consumo, estando o consumidor no lado mais "frágil", vulnerável, pode ser entendido economicamente como reconhecimento da racionalidade limitada do consumidor. Conforme ensina Rachel Sztajn

(2005), a noção de racionalidade utilizada pelos economistas permeia o sistema jurídico. “A noção de escolha reacional está ínsita na ideia de capacidade e de imputação.” (SZTAJN 2005, p. 80).

O entendimento consolidado nas normas contidas no Código de Defesa do Consumidor indica que esta situação de racionalidade limitada do consumidor é agravada com a utilização de contratos de adesão e cláusula gerais contratuais, fenômenos muito comuns nos contratos bancários (cuja disciplina jurídica é analisada na seção 3.2 do presente estudo).

O uso de cláusulas gerais contratuais e de contratos de adesão está relacionado aos custos de obtenção da informação. Tais custos justificam, também, atitudes de ignorância racional. (ARAÚJO, 2007). Entende-se por ignorância racional a circunstância em que “[...] o custo da aquisição de informações excede o benefício que se espera do fato de estar informado. [...] Inversamente, a ignorância é irracional quando o benefício que se espera do fato de estar informado excede o custo de aquisição de informações”. (COOTER; ULEN, 2010, p. 233). Portanto, há situações em que a atitude mais eficiente é intencionalmente deixar de conhecer determinados aspectos do negócio jurídico, uma vez que os custos de obtenção da informação são demasiadamente elevados, quando comparados aos benefícios decorrentes de tal informação.

Tendo isto em mente, as cláusulas contratuais gerais e os contratos de adesão podem originar benefícios e ganhos de eficiência também para o aderente (consumidor). Em razão dos diversos custos envolvidos na realização de um negócio jurídico – como custos de obtenção de informação, de processamento racional da informação obtida, de negociação e adaptação a diferentes parceiros contratuais, por exemplo –, o consumidor fará uma escolha racional não somente de aceitar as cláusulas previamente elaboradas, mas também de ignorar o conteúdo dessas cláusulas quando suspeitar que não entenderia completamente tal conteúdo, que este esteja relacionado a riscos muito improváveis, e que tais cláusulas sejam inegociáveis para qualquer contrato em que sejam utilizadas. Ademais, a estandardização na contratação massificada pode representar uma garantia ao aderente no sentido de que está sendo respeitada alguma igualdade horizontal, pressuposto da justiça distributiva. Isso porque as cláusulas gerais são igualmente aplicáveis aos diferentes consumidores. (ARAÚJO, 2007).

Acrescenta-se que a utilização de cláusulas previamente elaboradas tampouco prejudica necessariamente o consumidor. Fernando Araújo (2007) sustenta que, em um sistema suficientemente concorrencial, apenas serão possíveis cláusulas consistentemente desfavoráveis ao aderente se elas estiverem acompanhadas por preços baixos, deixando de ser desfavoráveis com a subida dos preços. Trata-se de uma equivalência fundamental, que tende

a nivelar os benefícios líquidos (em um mercado eficiente, os benefícios líquidos são perfeitamente nivelados), correspondendo aos interesses negociais dos diversos aderentes ou consumidores, desde aqueles que preferem preços mais baixos a cláusulas mais favoráveis, até os que pagam preços mais elevados a fim de obter termos contratuais mais favoráveis.

Ainda no tocante ao conteúdo das cláusulas gerais contratuais, Schwartz (1977) identifica dois aspectos que embasam o que ele chama de "hostilidade judicial" relativamente aos contratos estandardizados. Primeiro, que os fornecedores, ao elaborarem as cláusulas gerais, ignoram as preferências dos consumidores; e, segundo, que os consumidores têm o direito de interferir em seus próprios contratos. Ambos os argumentos, porém, são refutados pelo autor.

Quanto à ignorância das preferências do consumidor na redação dos contratos estandardizados, Schwartz (1977) argumenta inexistirem incentivos para esta atitude por parte do fornecedor. Um fornecedor que oferecer um conjunto "errado" de cláusulas gerais contratuais encontrará uma pequena probabilidade de o tribunal assegurar a executabilidade das previsões contratuais. A inexecutabilidade implica altos custos, de modo que os fornecedores tendem a reagir investindo em determinar com precisão as preferências do consumidor. No tocante ao direito de os consumidores interferirem em seus contratos, o autor aponta para a falha deste argumento ao balancear de forma imprópria o direito à autodeterminação contratual e as perdas de eficiência resultantes de uma maior particularização contratual.

Cooter e Ulen (2010) referem-se às cláusulas gerais contratuais como formulário-padrão, e identificam duas formas pelas quais a eficiência é promovida através dos contratos com formulário-padrão. Uma destas formas é a intensificação da concorrência em torno do preço, reduzindo-se a diferenciação dos produtos. (COOTER; ULEN, 2010). Se as condições gerais contratuais forem iguais ou muito próximas entre as diferentes instituições financeiras, a concorrência entre elas será concentrada no preço, que no contrato de mútuo é expresso principalmente pela taxa de juros remuneratórios.

A segunda forma identificada pelos autores de aumento da eficiência por meio de contratos com formulário-padrão é a redução dos custos de transação. As partes, ao negociarem o contrato, podem barganhar com relação às condições variáveis, porém não o farão relativamente às condições fixas, padronizadas. Dessa forma, reduz-se o número de condições objeto de barganha e concordância. (COOTER; ULEN, 2010).

Os ganhos de eficiência originados pela padronização de cláusulas contratuais, no entanto, dependem de sua eficácia. Isto é, caso os tribunais limitem ou não reconheçam a

eficácia das cláusulas gerais contratuais, ter-se-á perda de eficiência, cuja consequência é a redução na oferta de crédito. Isso ocorre devido ao aumento dos custos para o credor, que reflete em um aumento no preço (vide seção 2.2.1) – expresso no mercado de crédito em termos taxa de juros. A atribuição de ineficácia ou de eficácia limitada para as cláusulas padronizadas eleva os custos do credor ao exigir deste a elaboração de contratos específicos para cada negócio jurídico que celebrar, o que aumenta, por exemplo, custos de advogados, de negociação e de administração de uma variada gama de contratos. (SCHWARTZ, 1977).

Poder-se-ia argumentar que os custos originados com a perda de eficiência seriam mais que compensados pelo aumento no benefício gerado pelo incremento na possibilidade de escolha do consumidor, permitido pela individualização do contrato. Fazendo-se uma analogia aos produtos existentes no mercado, no entanto, conclui-se que os ganhos obtidos com a individualização das cláusulas contratuais não tendem a compensar o aumento nos custos. Um consumidor raramente pode influenciar o conteúdo dos produtos que compra – por exemplo, não são vendidas usualmente geladeiras com quatro portas. Isto indica que o custo de satisfazer preferências individuais dos consumidores tendem a superar o benefício auferido pelo consumidor ao receber maior poder de controle sobre os produtos que compra. (SCHWARTZ, 1977). Neste sentido:

> In the context of contractual provisions, the costs of requiring sellers to satisfy the preferences of individuals or small groups also seem high, while the gains from expanding the opportunity sets of consumers seem no greater, in the qualitative sense, than the gains in the product context. Until the product analogy is persuasively distinguished, society must be presumed to prefer efficiency over opportunity in the context of contractual provisions[23]. (SCHWARTZ, 1977, p. 1070).

Fernando Araújo (2007) observa, contudo, que a adoção de cláusulas gerais contratuais pode ser criticada quando houver alternativa mais eficiente. Entretanto, não se considera uma alternativa a imposição ao consumidor do dever de analisar cuidadosamente as cláusulas predispostas em um contrato de adesão sempre que os custos elevados de obtenção de informação tornem estratégia dominante a ignorância racional.

De forma semelhante, Cooter e Ulen (2010) entendem não ser justificável a prática jurídica de afastar a executablidade dos contratos com formulário-padrão nos casos em que os

[23] "No contexto das provisões contratuais, os custos de se requerer aos fornecedores a satisfação das preferências individuais e de pequenos grupos também parecem altos, enquanto os ganhos da expansão dos conjuntos de possibilidades para os consumidores não parecem maiores, em sentido qualitativo, que os ganhos no âmbito dos produtos. Até a analogia aos produtos ser persuasivamente desfeita, deve-se presumir que a sociedade prefere eficiência a possibilidades no âmbito das provisões contratuais." (Tradução nossa).

vendedores usam contratos padronizados para aumentar a eficiência do negócio jurídico. Todavia, tal prática jurídica se justificaria quando as cláusulas gerais contratuais forem usadas pelos vendedores para reduzir a concorrência.

Entretanto, tampouco quando existir poder de mercado o afastamento da eficácia das cláusulas gerais contratuais parece ser sustentável. Hynes e Posner (2002) defendem que, no caso de um credor gozar de poder de mercado, ele poderá utilizar este poder para cobrar taxas de juros superiores àquelas que seriam praticadas em um mercado competitivo. Portanto, estabelecer cláusulas gerais menos benéficas ao consumidor não seria uma estratégia atrativa para o credor, uma vez que o consumidor pagaria mais para ter condições negociais mais eficientes, o que poderia ser usado pelo credor para auferir lucro extra. As cláusulas gerais não seriam idênticas em um mercado competitivo e em um monopolístico, porém não há razões para acreditar que seriam mais prejudiciais ao consumidor no mercado monopolizado do que num ambiente competitivo.

Neste mesmo sentido, Schwartz (1977) conclui que o conteúdo das cláusulas contratuais gerais não varia de acordo com a estrutura de mercado. Deste modo, a existência de poder de monopólio não deveria influenciar – nem positiva nem negativamente – a executabilidade do contrato.

Muito embora sejam reconhecidos os ganhos de eficiência obtidos com a padronização dos contratos, o sistema de nulidades do Código de Defesa do Consumidor é inequívoco ao atribuir grande margem de interpretação aos juízes, a fim de verificarem a abusividade de normas contratuais, que, uma vez assim caracterizadas, deixariam de obrigar o consumidor. As consequências geradas por esta prática são avaliadas na seção seguinte.

4.2.2 Incentivos criados pela (não)executabilidade de cláusulas contratuais e pela morosidade judicial

Os contratos bancários são reconhecidos pela sua padronização, através do uso de cláusulas gerais contratuais. Tendo em vista o grande número de contratos bancários celebrados diariamente, pode-se concluir que a padronização dos contratos pelas instituições financeiras tem por fundamento ganhos de eficiência, e não a redução da concorrência. Desta forma, não seria justificável o afastamento judicial da executabilidade de tais cláusulas. Entretanto, o sistema de nulidades previsto no artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor prevê o afastamento da executalibilidade de cláusulas contratuais que venham a ser consideradas abusivas – a partir de critérios bastante amplos – e, portanto, nulas.

Além das possibilidades de nulidade das cláusulas contratuais, o Superior Tribunal de Justiça inovou ao reconhecer a sua ineficácia no Recurso Especial nº 897.148 – MT. Em seu voto, o Ministro Humberto Gomes de Barros estabelece que, para as cláusulas gerais do contrato bancário terem eficácia em relação à consumidora, "ela deveria necessariamente ter tomado conhecimento prévio e total do conteúdo do contrato. Mera declaração de recebimento das cláusulas gerais é insuficiente". (BRASIL, 2007, p. 5)[24]. Uma vez que as cláusulas gerais foram entendidas como não integrantes do contrato, determina: "Não houve, assim, pacto sobre a taxa de juros remuneratórios". (BRASIL, 2007, p. 5).

Analisando-se esta decisão, pode-se chegar a importantes conclusões. Primeiramente, a decisão contraria diretamente a solução mais eficiente nos parâmetros anteriormente apresentados, ao exigir da consumidora do serviço bancário total conhecimento do conteúdo do contrato em qualquer situação, isto é, mesmo quando os custos de obtenção da informação superem os benefícios dela oriundos.

Ademais, ao afastar as cláusulas gerais, a decisão afastou também a cláusula referente à taxa de juros remuneratórios, que foi então estipulada pelo Tribunal, tomando como parâmetro os juros de mercado. Lembrando que a taxa de juros remuneratórios é o preço de um contrato de mútuo, determinar a ineficácia de sua estipulação implica atingir elemento central do negócio jurídico, gerando situação de evidente insegurança jurídica. Substituiu-se a vontade das partes pela determinação judicial, que estabeleceu como juros devidos a média daqueles cobrados pelas outras instituições financeiras, em casos semelhantes.

O critério utilizado – a taxa de juros do mercado – é um critério razoável. No entanto, surge a questão quanto à capacidade do juiz de conhecer melhor que o credor os determinantes do preço (no caso, taxa de juros) e as preferências do consumidor. Schwartz (1977) sustenta que um juiz não deveria decidir se o fornecedor atendeu ou não as preferências do consumidor, uma vez que os fornecedores têm larga vantagem sobre os tribunais para determinação precisa das preferências do consumidor. Afinal, os fornecedores têm maior conhecimento das práticas comerciais, melhores condições e maiores incentivos para averiguar as preferências dos consumidores.

Ainda no tocante à decisão do Superior Tribunal de Justiça, há que se considerar o incentivo que decisões como esta criam para os consumidores. A decisão pela ineficácia das cláusulas gerais contratuais – apesar de terem sidos observados os requisitos formais de sua

[24] Lembrando que, conforme visto no capítulo anterior, a redação do artigo 46 do Código de Defesa do Consumidor afasta a obrigação de o consumidor cumprir com as cláusulas contratuais caso não seja dada a **oportunidade de tomar conhecimento** de seu conteúdo.

aceitação e consequente inclusão no contrato –, com fundamento no fato de que o consumidor do serviço bancário não tomou efetivo conhecimento do conteúdo das cláusulas por ele aceitas, estimula um comportamento oportunista por parte do consumidor.

Conforme visto, a ignorância racional é eficiente em determinadas situações. No entanto, ela não se confunde com oportunismo. A ignorância racional decorre de um exame da situação fática e das estratégias possíveis, optando-se racionalmente por não negociar determinadas cláusulas, *anuindo-se* com a integração delas ao contrato. O incentivo criado pela decisão de ineficácia das cláusulas contratuais não lidas pelo consumidor, por outro lado, é de um comportamento oportunista, uma vez que abre margem para o consumidor optar por não conhecer totalmente as cláusulas gerais a que está aderindo, com o simples objetivo de ter reconhecida, posteriormente, a sua *ineficácia*. Isto é, ele não aceita as cláusulas simplesmente sem conhecê-las e negociá-las, mas não as conhece com a premeditada intenção de, posteriormente, afastar sua incidência alegando desconhecimento e utilizando-se, para tanto, do Judiciário.

Rachel Sztajn questiona:

> Por que, então, não associar eficácia à eficiência na produção de normas jurídicas? Eficácia como aptidão para produzir efeitos e eficiência como aptidão para atingir o melhor resultado com o mínimo de erros ou perdas, obter ou visar ao melhor rendimento, alcançar a função prevista de maneira a mais produtiva. (SZTAJN, 2005, p. 81).

O mesmo pode-se dizer com relação às decisões judiciais, especialmente as dos Tribunais Superiores. A exemplo das normas jurídicas oriundas do Legislativo, o Judiciário, no exercício de sua função precípua de dirimir conflitos, também cria direito e gera incentivos a partir de suas decisões. Deveria, portanto, atentar para a qualidade das consequências de sua atividade, considerando não apenas os efeitos gerados para as partes envolvidas na lide, mas também os efeitos sociais das decisões, o que inclui os incentivos criados para determinados comportamentos sociais, nem sempre desejáveis.

Interessante notar que, modernamente, "[...] a concorrência existente no mercado praticamente impôs aos bancos a necessidade de atender bem o cliente, facilitando suas operações, bem como lhe propiciando melhor prestação de serviços". (NERY JÚNIOR, 2007, p. 536-537). De modo semelhante, ainda que estudos apontem a ausência de relação entre uma estrutura monopolística de mercado e cláusulas gerais contratuais prejudiciais ao

consumidor[25], pode-se esperar que a concorrência estimule o estabelecimento, pelos bancos, de cláusulas gerais contratuais mais benéficas aos consumidores.

Haverá estímulo para cláusulas gerais mais benéficas aos consumidores se, num mercado competitivo, estes tiverem a capacidade de comparar taxas de juros e condições contratuais entre diferentes instituições financeiras. No entanto, entende-se que os consumidores não são naturalmente estimulados a comparar, pois a comparação por parte de um número significativo de consumidores aproveitaria a todos, inclusive àqueles que não comparam preços. Esta externalidade positiva decorre da impossibilidade de o credor distinguir entre os consumidores que compararam e os que não compararam preços e condições. (HYNES; POSNER, 2002).

Os bancos, a exemplo dos consumidores, também não têm incentivos para explicar a economia do mercado de crédito e o sentido dos termos contratuais, uma vez que não podem impedir os consumidores que se beneficiaram de suas explicações de buscar crédito em outras instituições financeiras. Tampouco com relação a terceiros, como associações e grupos independentes, deixam de existir questões problemáticas. Em se tratando de uma associação de consumidores, por exemplo, esta não consegue impedir que consumidores associados, que pagam sua contribuição e, portanto, recebem informativos, compartilhem as informações com consumidores que não integrem a associação. Por outro lado, se a associação for comercial, esta terá fortes incentivos para favorecer seus associados em detrimento dos demais competidores. (HYNES; POSNER, 2002).

Diante do exposto, pode-se concluir que decisões judiciais e normas legais conduziriam a um padrão negocial mais favorável ao consumidor se o incentivassem a buscar as informações necessárias e a fazer comparações entre as instituições financeiras, quanto a taxas de juros e condições contratuais. O que se observa a partir da decisão judicial analisada, no entanto, é justamente o contrário.

Outra importante limitação para a executabilidade dos contratos bancários é a morosidade do Judiciário brasileiro. Pinheiro (2002a) identifica ao menos três consequências desfavoráveis ao credor. Primeira, a morosidade faz do processo judicial algo muito menos ameaçador para o devedor. Alguns bancos afirmam existir devedores que até mesmo preferem um processo judicial a uma cobrança extrajudicial, uma vez que aquela terá por efeito postergar o pagamento.

---

[25] Vide HYNES; POSNER, 2002 e SCHWARTZ, 1977.

Outra consequência apontada pelo autor é a redução no valor de uma garantia como proteção ao crédito, devido à depreciação – exceção feita para as operações de alienação fiduciária de automóveis. Por fim, argumenta-se que a morosidade cria fortes incentivos para os devedores usarem o judiciário como meio para postergar o pagamento da dívida. Neste sentido, apresentam-se dados de uma pesquisa realizada pelo autor junto aos magistrados brasileiros, indicando que 32,7% dos juízes entendem que pessoas físicas com muita frequência recorrem à justiça para postergar suas obrigações relativas ao mercado de crédito (e não para demandar algum direito), e 27,5% entendem que as pessoas físicas tomam esta atitude de forma um pouco frequente. (PINHEIRO, 2002a). Percebe-se, assim, que também a morosidade do Judiciário brasileiro cria incentivos para um comportamento oportunista por parte do consumidor, que se aproveita desta limitação do sistema judicial para postergar o adimplemento de suas obrigações.

Este comportamento do consumidor de certa forma está relacionado com o risco moral (*moral hazard*) existente nas operações de crédito. Isto é, o risco de o devedor não tomar um nível ótimo de cuidado com relação ao pagamento de sua obrigação. A expressão "cuidado" traduz uma série de atitudes do consumidor, como o nível de emprenho no trabalho, a fim de evitar uma demissão e consequente inexistência de renda para pagar o empréstimo tomado; o emprenho para proteção das garantias e manutenção da sua liquidez; e cautela nos investimentos realizados, com o objetivo de evitar aqueles de alto risco, por exemplo. Se o devedor espera não ser obrigado a pagar integralmente sua dívida devido a fatores jurídicos e extrajurídicos, então ele terá incentivos para adotar um nível "subótimo" de cuidado, caracterizando o risco moral. (HYNES; POSNER, 2002).

O risco moral poderá, ainda, implicar aumento na taxa de juros praticada pelos bancos. Se fatores jurídicos criam de algum modo incentivos para o consumidor não adimplir corretamente com suas obrigações, isto refletirá na taxa de inadimplência enfrentada pelas instituições bancárias. E, segundo dados do Banco Central do Brasil (2010), a inadimplência foi responsável por 26,71% do *spread* bancário em 2008, 30,59% em 2009 e 28,74% em 2010. Os dados indicam, portanto, uma relevante participação da inadimplência na composição do *spread* bancário.

Considerando-se o exposto ao longo deste capítulo, pode-se concluir que o sistema de proteção do consumidor de serviços bancários – entendido em seu mais amplo sentido; e através de normas legais, de decisões judiciais e dos incentivos de ambas decorrentes –, apesar de nem sempre contribuírem para a eficácia do mercado de crédito, acabam por beneficiar os consumidores no curto prazo, ao postergar o adimplemento de sua obrigação e

afastar a incidência de cláusulas contratuais, por exemplo. No entanto, a médio e longo prazo, as perdas de eficiência provocadas pela proteção do consumidor de serviços bancários podem ter consequências não tão benéficas, como elevadas taxas de juros e oferta de crédito reduzida. É justamente a existência destas consequências menos evidentes da proteção do consumidor que se pretendeu demonstrar ao longo deste Capítulo.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A interdisciplinaridade entre as Ciências Jurídicas e a Economia vem adquirindo importância e reconhecimento na medida em que se mostra apta a contribuir substantivamente para a análise das normas e práticas jurídicas. Assim, o presente estudo teve por objetivo utilizar o instrumental teórico do Direito e Economia para avaliar a proteção do consumidor de serviços bancários vigente no Brasil e a forma como esta vem sendo concretizada no âmbito do Judiciário brasileiro.

Conforme demonstrado ao longo do presente estudo, a disciplina jurídica de proteção do consumidor funda-se na vulnerabilidade deste e tem por principal objetivo reestabelecer o equilíbrio em uma relação jurídica – a relação de consumo – presumidamente desequilibrada em desfavor do consumidor. Com o presente levantamento, portanto, procurou-se examinar se as medidas que vêm sendo adotadas para proteção dos consumidores de serviços bancários são mesmo adequadas à sua finalidade e socialmente desejáveis, a partir dos incentivos que têm gerado no mercado de crédito e na relação consumidor-instituição financeira.

Partiu-se da hipótese de que a proteção do consumidor de serviços bancários, da forma como vem sendo realizada no Brasil, possui impacto indesejável sobre a taxa de juros cobrada pelos bancos, devido ao aumento do risco envolvido nas operações de crédito ao consumidor. Partiu-se, também, da suposição de que a proteção do consumidor, nos padrões brasileiros, produz incentivos para um comportamento displicente e, por vezes, até mesmo oportunista por parte do consumidor.

A partir da revisão de estudos doutrinários e de pesquisas empíricas, conclui-se pela confirmação da hipótese inicialmente assumida. Ainda que algumas investigações apontem para a inexistência de viés anticredor no sistema judicial brasileiro de proteção do consumidor, conclui-se pela existência deste viés, facilmente perceptível em diversas normas do Código de Defesa do Consumidor e nas pesquisas realizadas por Armando Castelar Pinheiro acerca da visão e da politização dos magistrados brasileiros. Também no tocante aos consumidores parece acertada a hipótese inicial, uma vez que a proteção do consumidor atribui parcela adicional dos riscos do negócio ao credor, estimulando um comportamento "subótimo", não-diligente, por parte do devedor – o que, por sua vez, eleva o risco moral envolvido na operação de concessão de crédito ao consumidor.

Bruno Miragem (2011) direciona uma série de críticas àqueles que consideram que a proteção do consumidor fomentaria situações de "aproveitamento indevido", na expressão utilizada pelo autor, dos direitos assegurados aos consumidores em geral. Argumenta dizendo

que as normas protetivas do consumidor não protegem quem age de má-fé, uma vez que esta pode ser demonstrada pelo fornecedor. Aduz, ainda, que a análise crítica geralmente parte de casos determinados, porém não demonstrados, e sim baseados no senso comum; além de que se ignora o fundamento da atribuição de responsabilidade ao fornecedor, i. e., a alocação dos riscos para quem possua melhores condições de suportá-los.

Cabe colocar, no entanto, que a má-fé nem sempre é facilmente provada e, enquanto isso, o consumidor poderá aproveitar a morosidade característica do Judiciário brasileiro para postergar o adimplemento de sua dívida. Ademais, a base dos argumentos críticos à proteção do consumidor não é simplesmente o senso comum, e sim, como se pôde verificar ao longo deste trabalho, premissas econômicas e razoáveis, especialmente a de que os agentes econômicos reagem a incentivos, ponderando custos (dentre eles o custo de oportunidade) e benefícios. Por fim, a alocação do risco para quem o suporte com melhores condições seria uma questão de eficiência. Fosse este o cerne da questão, não haveria considerações a serem feitas. No entanto, o que a proteção do consumidor busca é o reequilíbrio de uma relação que, por presunção, está desequilibrada desfavoravelmente ao consumidor. Na consecução de tal objetivo, porém, deve-se cuidar para que não seja provocado um novo desequilíbrio, em sentido contrário.

Enfim, o que se pretendeu com este trabalho foi demonstrar como a proteção dos consumidores de serviços bancários extrapola as relações individuais, impactando no mercado do crédito (contribuindo para a elevação das taxas de juros praticadas, por exemplo) e estimulando uma cultura de consumo pouco consciente, elevando o risco moral. Assim, a proteção do consumidor implica aumento dos riscos assumidos pelo credor, o que gera um custo. Este será repassado de alguma forma – taxas de juros mais altas e termos contratuais menos favoráveis ao devedor, por exemplo – para todos aqueles que necessitarem de crédito, tornando-se, pois, um custo social. Surge o questionamento acerca da intenção e concordância da sociedade para suportar este custo. Uma resposta a este problema apenas poderá ser encontrada a partir de estudos mais profundos acerca das consequências sociais da proteção dos consumidores e de amplo debate a respeito. O presente estudo não se apresenta, portanto, como um ponto final, mas fornece subsídios e um convite ao debate acerca do tema exposto – debate que adquire relevância ainda maior diante da tramitação, no Congresso Nacional, de anteprojetos para atualização do Código de Defesa do Consumidor, que vêm a confirmar e aprofundar o modelo de proteção do consumidor vigente no Brasil.

REFERÊNCIAS

Artigos e Livros

ABRÃO, Nelson. *Direito Bancário*. 13ª edição, atualizada por Carlos Henrique Abrão. São Paulo: Saraiva, 2010.

ARAÚJO, Fernando. *Teoria Económica do Contrato*. Coimbra: Almedina. 2007.

ARAUJO JR., Ari Francisco de; SHIKIDA, Claudio Djissey. Microeconomia. *In* TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direito e Economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 34-74.

ARIDA, Pérsio; BACHA, Edmar Lisboa; LARA-RESENDE, André. Credit, Interest and Jurisdictional Uncertainty: Conjectures on the Case of Brazil. Rio de Janeiro: IEPE/CdG. *In*: GIAVAZZI, F.; GOLDFAJN, I.; HERRERA, S. (orgs.). *Inflation Targeting, Debt, and the Brazilian Experience, 1999 to 2003*, Cambridge, MIT Press, 2005. Disponível em: <http://www.ppge.ufrgs.br/giacomo/arquivos/diremp/arida-bacha-resende-2004.pdf>. Acesso em: 21 mar. 2012.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. *FAQ – Empréstimos e Financiamentos*. Atualizado em fevereiro de 2012. Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/?EMPRESTIMOEFINANCIAMENTOFAQ>. Acesso em: 31 maio 2012.

_____. *Relatório de Economia Bancária e Crédito*. Brasília, 2010. Disponível em: <http://www.bacen.gov.br/Pec/Depep/Spread/REBC2010.pdf>. Acesso em: 25 mar.2012.

BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 3ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

CARNEIRO, Dionísio Dias; SALLES, Felipe Monteiro; WU, Thomas Yen Hon. Juros, Câmbio e Imperfeições no Canal de Crédito. *Economia Aplicada*, v. 10, p. 7-23, 2006. Disponível em: <http://link.periodicos.capes.gov.br.ez94.periodicos.capes.gov.br/sfxlcl3?ctx_ver=Z39.88-2004&ctx_enc=info:ofi/enc:UTF-8&ctx_tim=2012-06-09T17%3A58%3A56IST&url_ver=Z39.88-2004&url_ctx_fmt=infofi/fmt:kev:mtx:ctx&rfr_id=info:sid/primo.exlibrisgroup.com:primo3-Article-scielo_br&rft_val_fmt=info:ofi/fmt:kev:mtx:journal&rft.genre=article&rft.atitle=Determinantes%20macroeconômicos%20do%20spread%20bancário%20no%20Brasil:%20teoria%20e%20evidência%20recente&rft.jtitle=Economia%20Aplicada&rft.btitle=&rft.aulast=Oreiro&rft.auinit=&rft.auinit1=&rft.auinitm=&rft.ausuffix=&rft.au=Oreiro%2C%20José%20Luís%20da%20Costa&rft.aucorp=&rft.date=200612&rft.volume=10&rft.issue=&rft.part=&rft.quarter=&rft.ssn=&rft.spage=609&rft.epage=634&rft.pages=&rft.artnum=&rft.issn=1413-8050&rft.eissn=&rft.isbn=&rft.sici=&rft.coden=&rft_id=info:doi/&rft.object_id=&svc_val_fmt=info:ofi/fmt:kev:mtx:sch_svc&rft.eisbn=&rft_dat=<scielo_br>S1413-80502006000400007</scielo_br>&rft_id=info:oai/&svc.fulltext=yes>. Acesso em: 23 mar. 2012.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Direito do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2009.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & Economia*. Tradução: Luis Marcos Sander, Francisco Araújo da Costa. 5ª edição. Porto Alegre: Bookman, 2010.

COSTA, Ana Carla; MELLO, João M. P. de. Judicial Risk and the Credit Market Performance: micro evidence from Brazilian payrolls loans. *NBER Working Paper Series*. Working paper 12252, Cambridge, 2006. Disponível em: <http://www.nber.org/papers/w12252.pdf?new_window=1>. Acesso em: 01 maio 2012.

FALCÃO, Joaquim.; SCHUARTZ, Luís Fernando; ARGUELHES, Diego Werneck. *Jurisdição, Incerteza e Estado de Direito*. 2006. Material não publicado. Disponível em: <http://academico.direito-rio.fgv.br>. Acesso em: 24 abr.2012.

GICO JR., Ivo. Introdução ao Direito e Economia. *In* TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direito e Economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 1-33.

GONÇALVES, Fernando M.; HOLLAND, Márcio; SPACOV, Andrei D. Can Jurisdictional Uncertainty and Capital Controls Explain the High Level of Real Interest Rates in Brazil? *Revista Brasileira de Economia*, Rio de Janeiro, v. 61, n. 1, p. 49-75, jan-mar/2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rbe/v61n1/a04v61n1.pdf>. Acesso em 21 mar. 2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini; *et al*. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 9ª edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

HYNES, Richard; POSNER, Eric A. The Law and Economics of Consumer Finance. *American Law Review*, v. 4, n. 1, p. 168-207, 2002. Disponível em: <http://aler.oxfordjournals.org.ez94.periodicos.capes.gov.br/content/4/1/168.full.pdf+html>. Acesso em: 06 abr. 2012.

JANTALIA, Fabiano. *A Revisão Judicial de Taxas de Juros em Contratos Bancários: uma análise crítica sob o prisma do direito econômico*. 2010. 212 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2010. Disponível em: <http://repositorio.bce.unb.br/bitstream/10482/7701/1/2010_FabianoJantalia.pdf>. Acesso em: 03 jun. 2012.

LEVINE, Ross; LOAYZA, Norman; BECK, Thorsten. Financial intermediation and growth: Causality and causes. *Journal of Monetary Economics*, v. 46, p. 31-77, 2000. Disponível em: <http://ac.els-cdn.com/S0304393200000179/1-s2.0-S0304393200000179-main.pdf?_tid=237ed36da3e238abf682aee21e0e2703&acdnat=1339599434_61659d9499c23a90371c63629ecad239>. Acesso em: 01 maio 2012.

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor:* o novo regime das relações contratuais. 6ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. Campo de Aplicação do CDC. *In* BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 3ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MARQUES, Claudia Lima; ALMEIDA, João Batista de; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos (coord.). *Aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos Bancos: ADIn 2.591*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (org.). *Direito do Consumidor: contratos de consumo*. Coleção Doutrinas Essenciais, v. 4. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MIRAGEM, Bruno. Nulidades das Cláusulas Abusivas nos Contratos de Consumo. *In* MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (org.). *Direito do Consumidor: contratos de consumo*. Coleção Doutrinas Essenciais, v. 4. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 227-260.

NERY JÚNIOR, Nelson. Da proteção contratual. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; *et al*. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 9ª edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

NORONHA, Fernando. Contratos de consumo, padronizados e de adesão. *In* MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (org.). *Direito do Consumidor: contratos de consumo*. Coleção Doutrinas Essenciais, v. 4. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.137-168.

NORTH, Douglass C. *Custos de Transação, Instituições e Desempenho Econômico*. Tradução: Elizabete Hart. 3ª edição. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 2006.

OREIRO, José Luís da Costa; PAULA, Luiz Fernando de; SILVA, Guilherme Jonas Costa da; ONO, Fábio Heideki. Determinantes do *spread* bancário. *Economia Aplicada*, v. 10(4), p. 609-634, out-dez/2006.
Disponível em:
<http://link.periodicos.capes.gov.br.ez94.periodicos.capes.gov.br/sfxlcl3?ctx_ver=Z39.88-2004&ctx_enc=info:ofi/enc:UTF-8&ctx_tim=2012-06-09T17%3A58%3A56IST&url_ver=Z39.88-2004&url_ctx_fmt=infofi/fmt:kev:mtx:ctx&rfr_id=info:sid/primo.exlibrisgroup.com:primo3-Article-scielo_br&rft_val_fmt=info:ofi/fmt:kev:mtx:journal&rft.genre=article&rft.atitle=Determinantes%20macroeconômicos%20do%20spread%20bancário%20no%20Brasil:%20teoria%20e%20evidência%20recente&rft.jtitle=Economia%20Aplicada&rft.btitle=&rft.aulast=Oreiro&rft.auinit=&rft.auinit1=&rft.auinitm=&rft.ausuffix=&rft.au=Oreiro%2C%20José%20Luís%20da%20Costa&rft.aucorp=&rft.date=200612&rft.volume=10&rft.issue=&rft.part=&rft.quarter=&rft.ssn=&rft.spage=609&rft.epage=634&rft.pages=&rft.artnum=&rft.issn=1413-8050&rft.eissn=&rft.isbn=&rft.sici=&rft.coden=&rft_id=info:doi/&rft.object_id=&svc_val_fmt=info:ofi/fmt:kev:mtx:sch_svc&rft.eisbn=&rft_dat=<scielo_br>S1413-80502006000400007</scielo_br>&rft_id=info:oai/&svc.fulltext=yes>. Acesso em: 16 abr. 2012.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Código de Defesa do Consumidor e Sistema Financeiro Nacional: primeiras reflexões sobre o julgamento da ADIn 2.591. *In* MARQUES, Claudia Lima; ALMEIDA, João Batista de; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos (coord.). *Aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos Bancos: ADIn 2.591*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 273-300.

PINDYCK, Robert S.; RUBINFELD, Daniel L. *Microeconomia*. Tradução: Eleutério Prado, Thelma Guimarães. 6ª edição. São Paulo: Pearson Prentice hall, 2007.

PINHEIRO, Armando Castelar. *Creditor rights, enforcement and the access do credit*. 2002a. Disponível em: <http://www.febraban.org.br/Arquivo/Destaques/Armando_Castelar_Pinheiro1.pdf>. Acesso em: 21 mar.2012.

_____. *Judiciário, Reforma e Economia: a visão dos magistrados*. 2002b. Disponível em: <http://www.febraban.org.br/arquivo/destaques/armando_castelar_pinheiro2.pdf>. Acesso em: 21 mar.2012.

SADDI, Jairo. *Crédito e Judiciário no Brasil: uma análise de Direito & Economia*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é "Direito e Economia"? *In* TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direito e Economia*. 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p.49-61.

SCHMITT, Cristiano Heineck. *Cláusulas Abusivas nas Relações de Consumo*. 3ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

SCHWARTZ, Alan. A Reexamination of Nonsubstantive Unconscionability. *Faculty Scholarship Series*, Paper 1116. 1977. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1116>. Acesso em: 23 maio 2012.

SMITH, Adam. *Inquérito sobre a Natureza e as Causas da Riqueza das Nações*. Volume I. Tradução: Teodora Cardoso, Luís Cristóvão de Aguiar. 2ª edição. [S.l.] Fundação Calouste Gulbenkian, 1987.

SZTAJN, Rachel. Law and Economics. *In* ZYLBERSZTAJN; Décio; SZTAJN, Raquel. *Direito e Economia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 74-83.

SZTAJN, Rachel; ZYLBERSZTAJN, Decio; AZEVEDO, Paulo Furquim de. Economia dos Contratos. *In* ZYLBERSZTAJN; Décio; SZTAJN, Raquel. *Direito e Economia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 102-136.

TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direito e Economia*. 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

_____. *Direito e Economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2012.

TIMM, Luciano Benetti; GUARISSE, João Francisco Menegol. *Análise Econômica dos Contratos*. *In* TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direito e Economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 158-179.

WEDY, Gabriel. *O limite constitucional dos juros reais*. Porto Alegre: Síntese, 1997.

YEUNG, Luciana Luk-Tai; AZEVEDO, Paulo Furquim. Pró-devedor ou Pró-credor? Medindo o Viés dos Juízes Brasileiros. *Insper Working Paper*, WPE: 240, 2011. Disponível

em: <http://www.insper.edu.br/sites/default/files/2011_wpe240.pdf>. Acesso em: 06 abr. 2012.

ZYLBERSZTAJN; Décio; SZTAJN, Raquel. *Direito e Economia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

Decisões Judiciais

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Recurso Especial nº 631.139 – RS*. Agravante: Bianca Janott Ferreira Mendes. Agravado: Banco ABN Ambro Real S/A. Relator: Ministro Castro Filho. Brasília, 15 de fevereiro de 2005. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=525409&sReg=200400226130&sData=20050314&formato=PDF >. Acesso em: 02 abr. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 897.148 – MT*. Contrato bancário. Recorrente: Banco do Brasil S/A. Recorrido: Dora Ana Pedrini Marcondes. Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros. Brasília, 20 de setembro de 2007. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=722669&sReg=200602336750&sData=20071008&formato=PDF >. Acesso em: 12 maio 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4-7-DF*. Requerente: Partido Democrático Trabalhista – PDT. Requerido: Presidente da República. Relator: Ministro Sydney Sanches. Brasília, 07 de março de 1991. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266153>. Acesso em: 03 abr.2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.591-1-DF*. Recorrente: Confederação Nacional do Sistema Financeiro - CONSIF. Recorridos: Presidente da República; Congresso Nacional. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, 07 de junho de 2006. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266855>. Acesso em: 03 abr.2012.

Diplomas Legais e Súmulas

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituiçao.htm>. Acesso em: 05 mar. 2012.

BRASIL. Decreto nº 22.626, de 07 de abril de 1933. *Planalto*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D22626.htm>. Acesso em: 07 maio 2012.

BRASIL. Lei nº. 4.595, de 31 de dezembro de 1964. *Planalto*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4595.htm>. Acesso em: 05 mar. 2012.

BRASIL. Lei nº 5.421, de 25 de abril de 1968. *Planalto*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5421.htm>. Acesso em: 04 abr. 2012.

BRASIL. Lei nº. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. *Planalto*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm>. Acesso em: 04 abr. 2012.

BRASIL. Lei nº. 7.347, de 24 de julho de 1985. *Planalto*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm>. Acesso em: 07 maio 2012.

BRASIL. Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990. *Planalto*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 05 mar. 2012.

BRASIL. Lei nº. 9.868, de 10 de novembro de 1999. *Planalto*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9868.htm>. Acesso em: 12 maio 2012.

BRASIL. Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Planalto*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 05 mar. 2012.

BRASIL. Lei nº 10.820, de 17 de dezembro de 2003. *Planalto*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.820.htm>. Acesso em: 04 abr. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 297. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/enunciados.jsp?&b=SUMU&p=true&t=&l=10&i=171>. Acesso em: 03 maio 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 381. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/enunciados.jsp?&b=SUMU&p=true&t=&l=10&i=91>. Acesso em: 16 abr. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 472. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=106103>. Acesso em: 19 jun. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 596. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_501_600>. Acesso em: 23 mar. 2012.