

Introdução

A realidade do judiciário brasileiro é marcada pelos litígios de massa e um dos temas recorrentes é a revisão de contratos bancários (BRASIL, 2012). As revisões reúnem diversas questões. Essas questões podem ser agrupadas em quatro blocos principais: A revisão das taxas de juros, a revisão do método de aplicação das taxas, a revisão dos encargos moratórios e a revisão da cobrança de tarifas.

Reconstruiremos o debate jurídico sobre cada um desses blocos e tentaremos demonstrar que há um único valor que guia as normas aplicáveis a todos os debates. A disputa sobre a intervenção nos contratos bancários reflete um conflito entre a tutela jurídica desse valor pelo ordenamento e os entraves institucionais decorrentes da forma de tutela elegida pela regulação. Nesse ponto a tarefa do interprete pode ser de extrema importância, pois ao aclarar qual é o valor tutelado pela regulação vigente pode-se buscar alternativas que não sacrifiquem o valor tutelado. Como há uma diferença entre questões de policy e questões de princípio do ponto de vista argumentativo (DWORKIN, 1986, pp. 221 - 222). é importante buscar caminhos regulatórios que sejam capazes de enfrentar simultaneamente problemas nos dois campos. Assim, buscaremos demonstrar que outras estratégias de regulação poderiam ser mais eficientes sem o sacrifício de qualquer valor subjacente ao ordenamento.

O dilema democrático dos litígios de massa

O contencioso de massa implica diversos riscos democráticos. O judiciário tem um papel de aplicação da lei, mas também tem um papel político de ser a arena de disputa da produção de significado jurídico. Nele são tomadas decisões fundamentadas e essa fundamentação tem uma estrutura diferente do discurso de justificação que ocorre no legislativo (HABERMAS, 1984, pp. 19 - 20). Quando o judiciário mobiliza uma norma sobre um caso ele é obrigado a produzir um significado coerente com todas as demais normas do ordenamento, sob o risco de ter sua interpretação questionada na esfera pública pela comunidade jurídica e pela sociedade.

A massificação do contencioso contrai o processo de fundamentação. A análise profunda das características dos casos é inviabilizada do ponto de vista prático com a constrição do tempo do julgador. A massificação, nesse sentido, conduz o julgador à

argumentação em tese. Isso porque a argumentação em tese depende apenas de uma identificação temática para reprodução das teses já formuladas pelo judiciário.

Se sobreposição das discussões de fato pelas discussões puramente jurídicas é um efeito da massificação, ela também é a causa. A solução em tese do contencioso em massa encoraja o comportamento oportunista dos peticionários. Sendo baixos os custos do litígio, qualquer variação jurisprudencial, por menor que seja, pode ser explorada. Formula-se um pedido sem provas ou exploração dos fatos e o processo se inicia como uma aposta no julgamento do caso por magistrados cujas teses sejam favoráveis ao autor. A solução em tese acomoda, portanto, o comportamento oportunista do peticionário que não tem uma base fática sólida, ela traz para dentro do judiciário o processo dessa natureza, pois o peticionário sabe de antemão que uma dimensão importante não será analisada. Outra vantagem da litigância sem fundamento fático é que, se ela tem baixos custos do ponto de vista individual, do ponto de vista de grandes instituições, como os Bancos, tem um custo alto, o que pressiona tais instituições a realizarem acordos. Mais uma vez o comportamento oportunista é vantajoso: um peticionário sem razão pode sustentar seu processo como uma aposta também na proposta de acordo pelo Banco. Nesse sentido, a relação entre os argumentos é recursiva: argumentação em tese das partes massifica o processo e pressiona o julgador à argumentação também em tese e a argumentação em tese do julgador favorece a entrada no sistema de uma massa de litígios puramente estratégicos.

O caso específico da massificação dos litígios de revisão dos contratos bancários não escapa dessa realidade. Permite-se o comportamento oportunista, alocando-se recursos nas pessoas que tem condições e conhecimento para litigar.

Por outro lado, vale destacar que a litigiosidade é falha como política pública diante de eventuais ilícitos das instituições financeiras. A falta de transparência nos critérios e na precificação dos serviços bancários pode ser vantajosa apesar da reiterada revisão. Isso porque o custo gerado pela revisão de uma parte dos contratos pode ser menor que a vantagem obtida na violação em massa de direitos do consumidor. Assim, a revisão pontual de contratos, por si só, tem um efeito particular, um aumento de custo pontual que será repassado no valor da taxa de juros, mas não significará necessariamente uma mudança de prática.

A estrutura da disputa na revisão dos contratos bancários

Seguimos, agora, reconstruindo a jurisprudência relevante sobre a revisão de contratos bancários. Essa reconstrução é essencial para identificar as origens sistêmicas do problema. Mais que isso: na reconstrução buscaremos demonstrar que todos os critérios empregados compartilham algo e tutelam um mesmo valor. Identificado esse valor é possível pensar em outras estratégias de regulação que alcancem o mesmo objetivo, sem os custos institucionais do sistema atual.

Em primeiro lugar, vale destacar que não debateremos os critérios de incidência do Código de Defesa do Consumidor. Muito embora o art. 2º § 2º do Código de Defesa do Consumidor estabeleça sua aplicação sobre as atividades das instituições financeiras, o que foi confirmado pelo STF na ADI 2591 pelo STJ na súmula 297 do STJ, a aplicação específica do CDC a cada caso envolve um debate sobre a integração ou não dos serviços financeiros às cadeias produtivas, o que não é o cerne do presente trabalho.

Iniciaremos com o debate sobre a limitação da taxa de juros.

Controle material da taxa de juros

A Lei de Usura foi elaborada buscando limitar o pagamento de juros pelos consumidores dos serviços financeiros. A limitação se verificou inócua, já que as instituições financeiras encontraram soluções laterais para burlar as limitações (JANSEN, 2003, p. 263). Disfarçava-se um mútuo com abertura de sociedades em conta de participação, que implicavam remuneração superior aos juros legais, ou com o desconto de uma letra de câmbio, cujo deságio também implicava remuneração superior à limitação de taxa de juros. Outra alternativa era obrigar o mutuário a contrair um empréstimo de valor superior ao que pretendia, com cláusula que vedava o saque de parte do valor. Assim, os juros, apesar de respeitarem os limites legais, incidiam sobre um valor maior do que o efetivamente emprestado, de forma que a taxa era, na realidade, superior a 12% (JANSEN, 2003, p. 263).

A reforma do sistema bancário promovida durante o regime militar enfraqueceu esse limite atribuindo ao Conselho Monetário Nacional a competência de limitar os juros, dispositivo que foi interpretado como norma especial diante do limite geral imposto

pela Lei de Usura (JANSEN, 2003, p. 263). Nesse sentido foi a Súmula 596 do Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2016).

O fundamento de política pública da Lei de Usura era coibir a prática de juros exorbitantes e que implicam onerosidade injustificável para pessoas vulneráveis em termos econômicos ou financeiros (JANSEN, 2003, pp. 264 a 265).

Claro que essa opção de proteção do consumidor de serviços bancários se viu descontextualizada da evolução da política monetária moderna, que depende de se fazer oscilar a taxa de juros acima de quaisquer limites legais pré-estabelecidos.

A proteção do consumidor, nesse novo contexto, deixou de estar centrada no limite das taxas de juros, passando a lidar também com os riscos sistêmicos gerados pela possível quebra de uma instituição financeira. Assim, o limite da taxa de juros passou a ser uma proteção lateral, já que a proteção do consumidor diante das instituições financeiras se dava pelo cumprimento pelas instituições das regras constantes da regulação específica.

Assim, atualmente, aplica-se a limitação de 12% da Lei de Usura se e somente se o financiador não é instituição financeira autorizada pelo CMN (BRASIL, 2011).

A discussão sobre a limitação da taxa de juros também se deu fora da Lei de Usura. A média de taxas do Banco Central também foi alegada como limite normativo da taxa de juros. Ocorre que o argumento enfrentou sérios problemas de consistência. O cálculo de uma taxa média pressupõe a existência de taxas acima e abaixo dela. Fosse a taxa média a máxima, ela só se manteria como média se todas as taxas fossem iguais, numa imposição sem sentido de convergência das taxas de juros. Assim, o STJ (BRASIL, 2011) não fixou entendimento de que a taxa de juros não podia exceder a taxa média, mas de que ela não poderia ser excessivamente superior à média, admitindo-se “uma faixa razoável para a variação dos juros” (BRASIL, 2009).

A legislação de proteção do consumidor também contribuiu com o controle material da taxa de juros, já que o CDC estabeleceu, em seu art. 51, IV, que são nulas as cláusulas que implicam vantagem exagerada. Essa norma suporta a postura adotada no

REsp1.061.530-RS, pois uma oscilação muito grande em torno da média poderia se enquadrar como vantagem exagerada, se a prática de mercado é tomada como referência.

O controle da função social, do art. 421 do Código Civil, também operou como suporte do controle casuístico da taxa de juros. O parâmetro jurídico mais seguro para a definição da função social de um contrato de crédito seria o art. 192 da Constituição Federal. O artigo estabelece, contudo, parâmetros de definição complexa. Mesmo após sua reforma, o artigo impõe como elementos da função social do sistema financeiro a promoção do “desenvolvimento equilibrado” e a atenção aos “interesses da coletividade”. De fato, o crédito opera estimulando o consumo, a produção, a alocação eficiente de recursos não utilizados e, portanto, o desenvolvimento. A assunção, em virtude de assimetria informacional, por uma massa de consumidores, de obrigações incompatíveis com seus orçamentos pode, de fato, gerar riscos sistêmicos. Isso ocorre, sobretudo, quando uma obrigação induz o consumidor a inadimplir todas as suas demais obrigações. A determinação a priori, com base exclusivamente no valor da taxa, se a obrigação tem a capacidade de provocar risco sistêmico é, contudo, uma tarefa insolúvel. Mesmo que se fizesse tal controle ele deveria ser contextualizado com o perfil do consumidor e as particularidades da negociação, não com um controle a priori da taxa.

Todo o controle material de legalidade de uma taxa é pressuposto, ainda, para determinação de ilícito penal, já que o ordenamento ainda prevê no art. 4º da Lei 1521/51, tipo cujo núcleo é a cobrança juros superiores ao permitido por Lei, ainda que não se esteja perto de definição objetiva de qual é, afinal, o limite legal da taxa de juros.

De qualquer forma, em todas as discussões sobre limitações a priori de taxa de juros, sejam elas legais como a da Lei de Usura, sejam elas jurisprudenciais, como a oscilação razoável em torno da média, pressupõem que imposição de algum limite é condição *sine qua non* para a proteção do consumidor contra obrigações incompatíveis com seu orçamento.

Fora do debate sobre a existência de limites a priori, o controle da dimensão da taxa de juros também foi associado pela legislação a condições específicas. Se o controle material e casuístico do valor da obrigação é controverso quando a priori, ele é imposto pela legislação quando associado a determinadas circunstâncias relativas ao consumidor.

As normas que incidem sobre esses casos têm, essencialmente, um elemento em comum, que é o reconhecimento de incapacidade de decisão do consumidor sobre a obrigação. Essa incapacidade pode se referir à incapacidade do consumidor de antever os custos impostos por sua posição diante acontecimentos que não pode prever, mas também sua incapacidade de avaliar o negócio como um todo em certas circunstâncias.

A figura da onerosidade excessiva, na forma do art. 6º, V, do Código de Defesa do Consumidor e do 478 do Código Civil, impõe um controle material diante de um acontecimento que não podiaser previsto na constituição da obrigação. Em termos gerais, o Direito Civil não adota critério semelhante ao do STJ, pois não se fala em excesso como valor superior à prática de mercado, mas sim de prestação “tão vultosa que, para satisfazê-la, o devedor se sacrificaria economicamente” (Contratos, 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, obra atualizada por Humberto Theodoro Júnior, pp. 38/39). Trata-se, ainda assim, de um controle material da obrigação, de uma definição casuística do excesso.

O controle material pode também ocorrer sem acontecimentos extraordinários quando o consumidor não se encontra em condições manifestar legitimamente sua vontade. O art. 4º da já referida Lei 1521/51 já classificava, inclusive, como ilícito penal a imposição de obrigação abusando de necessidade e inexperiência da outra parte, que excedesse um quinto da obrigação oposta. O art. 157 do Código Civil de 2002 também impõe a nulidade de cláusulas que, aceitas por inexperiência ou necessidade, impliquem obrigações manifestamente desproporcionais às opostas. A mesma lógica se nota no Código de Defesa do Consumidor, que também procurou regular situações em que, por sua posição, o consumidor assume obrigação claramente desproporcional ao que lhe é fornecido. Assim, o Código estabelece, em seu artigo 51, §1º, inciso III, que são nulas as cláusulas cujas obrigações implicam custos desmedidos ao consumidor, tendo em vista as circunstâncias peculiares ao caso. No mesmo sentido, também o art. 39 do CDC, em seu inciso IV veda que o fornecedor se valha da fraqueza ou ignorância do consumidor tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social. Interpretadas em conjunto, tais normas impõem um sistema geral de verificação da lesividade. São alcançadas todas as situações em que o consumidor se obriga não pela qualidade da contraprestação, mas por sua vulnerabilidade e conseqüente incapacidade

de medi-la. O controle material é expressamente autorizado, portanto, sempre que se verifique, nas condições particulares do caso, elementos constitutivos da vulnerabilidade do consumidor e de seu uso pelo fornecedor. É o caso da inexperiência, da necessidade, da ignorância ou da fraqueza. Esses elementos são avaliados com base na posição do consumidor na negociação, que é caracterizada pelas assimetrias de compreensão decorrentes de sua idade, saúde, conhecimento ou condição social.

Por fim, a legitimidade da vontade manifestada não depende apenas da previsibilidade dos custos ou da vulnerabilidade no momento da negociação. A vontade pode ser manipulada também pela assimetria informacional. Mesmo que não esteja vulnerável, o consumidor pode não decidir legitimamente sobre o negócio pela obscuridade de seus termos. O gênero dos contratos bancários não é, em geral, negociado sendo contrato de adesão nos termos do art. 54 do CDC. Conforme o § 3º do art. 54, há uma imposição de clareza e inteligibilidade a todo contrato de adesão, de forma que, caso se dificulte o entendimento do consumidor, as cláusulas contratuais não obrigam, como impõe o art. 46 do CDC.

Controle do crescimento da dívida

A capitalização também é alvo de disputa. A razão da tentativa de seu controle não difere, contudo, da lógica apresentada para o controle material da taxa de juros. O fato das taxas de juros serem aplicadas de maneira composta implica atenção especial do contratante ao ritmo de crescimento de sua dívida em determinadas circunstâncias. Mais uma vez, diante do diagnóstico de incapacidade do consumidor de lidar com o valor das obrigações adota-se um controle rígido.

Apesar de seu objetivo, o controle do método de capitalização também enfrenta problemas de consistência do ponto de vista argumentativo. Um conceito fundamental da matemática financeira é de o cálculo do valor presente de recursos. Esse conceito é intuitivo porque há um valor em poder dispor de recursos no presente. A taxa de juros opera como compensação pelo fato de que o poupador não teve seus recursos disponíveis durante o período da aplicação. A incidência composta da taxa juros é corolário dessa lógica: Um poupador que aplica e recebe, após um mês, a taxa de juros do seu investimento, ao manter a aplicação por mais um mês, deixa de dispor não só da

quantidade original de recursos mais também daqueles correspondentes à taxa de juros recebida. Se a compensação incide sobre o total de recursos não utilizados no presente ela incide também sobre a taxa de juros recebida em períodos anteriores.

Essa lógica foi recepcionada pela jurisprudência na interpretação do o art. 354 do Código Civil. Interpreta-se o dispositivo no sentido de que os juros vencidos se incorporam ao principal. É o casoda decisão da Apelação nº 0104196-66.2010.8.26.0100 julgada pelo TJSP (2015). A lógica também foi incorporada pelo Poder Executivo na edição da Medida Provisória n 1.963-17(BRASIL, 2000), cujo conteúdo foi mantido pela a Medida Provisória 2.170-36. Autorizou-se, então, a capitalização dos juros pelas instituições financeiras com periodicidade inferior a um ano. A medida teve sua constitucionalidade questionada e, embora não tenha sido julgada a ADI 2316-1, o Superior Tribunal de Justiça sugeriu um posicionamento do judiciário pela manutenção da medida, que se coaduna com o funcionamento atual de todo o mercado financeiro (BRASIL, 2012).

Outros aspectos dos contratos que são objeto de controle para a proteção contra o crescimento incontrolável da dívida são aqueles que dizem respeito à mora. Em primeiro lugar, restringe-se a criação de mecanismos de sanção da mora. São autorizadas as cláusulas penais e os juros moratórios, sendo que os demais, como a comissão de permanência, não podem ser cumulados e nem podem exceder as demais obrigações. Esse é o entendimento da Súmula 472 do STJ. Em lógica semelhante, a compensação pela mora que pode ser cumulada, os juros moratórios, são restritos pela jurisprudência do STJ a 1% ao mês, como é o caso do AgRg nos EDcl no Ag 670.328/RS (2012). No mesmo sentido a multa moratória é restrita pelo Código de Defesa do Consumidor em seu art. 52, § 1º, estabelece que as multas de mora dos contratos de consumo não podem exceder 2% do valor da prestação.

Tarifas e outros custos do contrato

Chegamos ao fim da análise das normas que amparam a revisão dos contratos bancários. Buscamos demonstrar até aqui que subjacente a todas elas há a proteção do consumidor contra a assunção equivocada de obrigação cuja dimensão não pôde perceber. Seja com o controle material da taxa, seja com o controle da aplicação da taxa, seja com o controle de situações de vulnerabilidade, a lógica é da interferência numa situação em que a formação da obrigação se dá num contexto de desequilíbrio.

No controle das tarifas cobradas a lógica permanece. A admissão das tarifas pela jurisprudência reflete, mais uma vez, um controle material, trata-se de impedir que as tarifas e outros custos associados ao contrato sirvam para escapar ao controle material já caracterizado.

As tarifas de abertura de cadastro (TAC), de emissão de carnê (TEC) e o repasse de impostos foram conjuntamente analisados pelo Superior Tribunal de Justiça. No julgamento da questão o Tribunal se posicionou pela ilegalidade das duas tarifas mencionadas para os contratos posteriores a 30 de abril de 2008. O paradigma é o Recurso Especial nº 1.251.331-RS. A lógica construída é que, diante dos artigos 4º e 9º da Lei 4.595/64, a competência atribuída ao Conselho Monetário Nacional para regular o setor bancário implicaria que o rol de tarifas previstas pela regulação seria taxativo. A Resolução 2.303/69 do CMN não impunha limites à criação de tarifas, mas as Resoluções 3.518/07 e 3.919/10 que a sucederam impuseram a adesão a uma lista específica de cobranças autorizadas por serviços para pessoas físicas. Como a TAC e a TEC não foram previstas pela Circular 3.371/07 do Banco Central do Brasil a sua cobrança teria deixado, portanto, de ser admitida com a entrada em vigor de nova regulação em 30 de abril de 2008. Como a nova regulação só tratava de serviços, presumiu-se que os tributos, como o Imposto sobre Operações Financeiras e de Crédito (IOF), pudessem ser livremente pactuado entre as partes (BRASIL, 2013).

Dessa forma, a jurisprudência especificou um critério já fora esboçado na Resolução CMN 2.303/1996. As tarifas cobradas seriam ou expressamente autorizadas, aí sua legalidade seria prontamente reconhecida, ou deveriam ser absolutamente compatíveis com custo efetivo e comprovado da instituição financeira, mecanismo que busca, mais uma vez, impedir que se esquive do controle material da obrigação. Nas tarifas de avaliação do bem e de registro do contrato, por exemplo, a remuneração pactuada e compatível com o custo da vistoria de um veículo financiado e a da anotação da

operação de crédito perante órgão competente preencheria os requisitos impostos. Os mesmos critérios se aplicam, por exemplo, ao serviço de terceiro, cuja cobrança é autorizada quando corresponde ao efetivo repasse de um custo (BRASIL, 2015). Assim, qualquer outra tarifa não especificada e não prevista em regulação não se justificaria por esses critérios (BRASIL, 2014).

Vemos, portanto, que todos os critérios visam proteger o consumidor de assumir equivocadamente, por seu poder de barganha e compreensão inferiores, uma obrigação desproporcional ao serviço que lhe é oferecido. Isso significa, na regulação atual, criar critérios para avaliar os valores das obrigações assumidas, em virtude do desequilíbrio na relação entre consumidor e fornecedor.

Correntes atuais de solução do dilema

A estratégia regulatória adotada, de controle material, está intrinsecamente ligada à massificação do litígio. Se o controle é material a única forma de tutela do equilíbrio a análise judicial de cada contrato controverso.

Diante desse cenário duas propostas de solução são feitas. A primeira é de criar mecanismos para coagir o judiciário a analisar com mais profundidade os casos, tentando impedir que a massificação do número de processos não implique a massificação do método de análise do juiz. Nesse sentido é o art. 489, §1º do Novo Código de Processo Civil.

A segunda é a radicalização do argumento em tese. Argumenta-se que a jurisprudência e a Lei deveriam limitar ao máximo as hipóteses em tese de revisão contratual para que os processos nem cheguem ao judiciário. Ela propõe uma radicalização do princípio *pacta sunt servanda* e manutenção a priori dos contratos (SALAMA e PINHEIRO, 2013, p. 21).

As duas soluções são problemáticas.

A primeira não é realista. O judiciário tem limites físicos e institucionais. Ignorar esses limites e coagir os julgadores não altera a realidade de que partem, de forma que a massificação da decisão ocorrerá sempre que a carga de processos for muito grande. Exigir que o judiciário trate especificamente de cada questão não impede que as

questões sejam tratadas em tese. É possível segregar um argumento geral em pontos específicos, mas mantendo seu descolamento dos fatos.

A segunda solução abdica do valor tutelado. Ela parte de um pressuposto também irreal: Que todo o litígio de revisão contratual puramente estratégico e que não há nenhuma razão de política pública nas normas mobilizadas.

Procuramos aqui uma terceira solução: Uma que não impeça o funcionamento do judiciário, mas que, ao mesmo tempo, diminua a litigância puramente estratégica sem abandonar o valor tutelado pelo Direito do Consumidor. Daí o exercício de releitura das normas aplicáveis. A forma pela qual as normas estão estruturadas não nenhum valor em si. É o valor por elas tutelado que é o cerne da questão.

Uma nova hipótese sobre a solução do litígio de massa

Nossa hipótese é que um caminho para essa solução é erodir a importância duas questões: do litígio individual e do argumento em tese.

O objetivo de política pública exposto, qual seja, garantir que a obrigação seja justa e equilibrada quando a relação entre consumidor e fornecedor é desequilibrada, pode ser alcançado avaliando as obrigações, mas também pode ser alcançado aumentando o poder de barganha e compreensão do consumidor, o que talvez seja mais eficiente.

A segunda solução descrita no tópico anterior não trata do papel do litígio. O litígio continua sendo o instrumento de tutela de Direitos. O que é proposto, na verdade, é uma mudança nos Direitos assegurados para a melhora do litígio. A primeira solução, por sua vez, também não questiona a importância do litígio, ela busca constranger o julgador a tomar o litígio como dado e decidir de determinada maneira independentemente do número de processos.

A hipótese aqui sugerida difere das duas. O problema está na forma como o litígio é compreendido. A estratégia da regulação até agora é caracterizar em termos gerais as possíveis violações dos direitos dos consumidores, tratando abstratamente da falta de clareza de cláusulas, da fraqueza do consumidor e de sua impossibilidade de compreender negociar, enfim, da indução do consumidor a um pacto injusto.

Essa estrutura tem como efeito transferir a necessidade de concretização dessas normas para o litígio. A lei e a regulação deixam de tratar sobre qual é a forma adequada do

negócio. Transfere-se o litígio a promoção caso a caso do equilíbrio. Estuda-se a obrigação, mas não a formação do negócio jurídico. Lida-se com o sintoma, mas não com a patologia. Assim, a regulação pouco se esforça em construir o equilíbrio de poder entre consumidor e fornecedor, ela não faz com que o próprio consumidor tenha condições efetivas de avaliar se a obrigação que assume é proporcional. Ela toma a fraqueza do consumidor como dada e transfere à análise casuística do litígio o papel de decidir sobre a justiça da obrigação assumida.

É preciso minimizar a avaliação necessária no litígio. Existem diversas questões que poderiam ser deslocadas da análise casuística para obrigações formais, facilmente verificáveis do ponto de vista administrativo.

Como descrevemos, o valor tutelado é a proteção do consumidor diante do desequilíbrio. Boa parte dessa proteção pode ser feita pela valorização da capacidade de decisão do consumidor. Isso se dá por meio da transparência. Com um sistema transparente o consumidor tem condições de avaliar previamente o quanto um contrato lhe onera, impedindo que o valor só seja percebido quando sua cobrança de fato se materializa.

Uma norma que opera nesse sentido é a Resolução nº 3.157/10 do CMN que impõe a descrição explícita do custo efetivo total da operação. As normas podem prever valor total pago ao final da operação, comparação com o valor financiado, sistematização das regras e custos da operação etc.

A Resolução nº 3517/10 estabelece, em seu art. 1º, §§ 1º e 2º, nas contratações com pessoas naturais, com microempresas e empresas de pequeno porte impõe-se uma regra de transparência, segundo a qual a instituição financeira deve informar o custo total da operação, expresso na forma de taxa percentual anual denominado Custo Efetivo Total (CET).

Normas dessa natureza excluem uma análise específica do equilíbrio das obrigações. O equilíbrio pode ser pressuposto com mais segurança se o consumidor teve acesso às informações necessárias. O controle passa a ser formal: Se os critérios de transparência foram atingidos, a análise material é desnecessária. Poupa-se o controle material da obrigação no litígio com a formulação ex ante de uma política de transparência. A dificuldade não é mais encontrar um critério de avaliação material, mas de formas que garantam o equilíbrio da negociação.

O litígio passa, assim, a ser instrumento de regulação apenas para questões específicas e fáticas do caso. Como não se analisa em tese a justiça ou adequação dos valores da obrigação, o litígio individual pode se concentrar naquilo em que é efetivamente necessário: a avaliação da manifestação da vontade. A revisão contratual ainda seria possível, mas em casos em que o consumidor é efetivamente induzido a erro, impedido de tomar conhecimento de todas as condições do contrato.

Atualmente, o que se valoriza nas normas de proteção do consumidor são as disposições subjetivas sobre adequação, ou seja, se a obrigação é “excessiva”, “lesiva” ou “demasiadamente onerosa”. Garantindo formal e administrativamente que o consumidor tenha condições de fazer essa análise essas disposições seriam lidas não pelo critério de análise da obrigação, mas pelas condições em que isso pode se dar.

Quais seriam os efeitos dessa estratégia? Em primeiro lugar, a construção de critérios formais retira do litígio a análise subjetiva da obrigação, sem deixar de garantir os direitos do consumidor. O consumidor tem um direito imediatamente verificável se a operação não cumpre os requisitos formais. Se os requisitos formais estiverem, contudo, preenchidos, qualquer argumento descolado dos fatos é a priori descartável. Isso reduz o número de litígios e restringe o debate aos argumentos que mobilizam fatos. Com a exigência de mobilização de fatos o custo do litígio individual aumenta, dificultando o litígio oportunista. Isso porque os argumentos em tese são facilmente reproduzíveis, mas as características de fato como idade e experiência do consumidor, contexto da negociação entre outros, dependem de um trabalho mais profundo e de uma mobilização de provas que não é facilmente feita em massa.

Conclusão

Buscamos caracterizar as condições institucionais de massificação dos processos de revisão de contratos bancários. Descrevemos os problemas inerentes a essa massificação e fundamentamos teoricamente uma hipótese de solução do problema. A consolidação do controle de adequação ou justiça do valor das obrigações como subsidiário e dependente de fatos pode ser feita sem prejuízo do consumidor se houver a garantia, do ponto de vista administrativo, de condições formais de acesso à informação e sua compreensão do consumidor. Aumentar o poder de negociação do consumidor é mais eficiente do que permitir que ele assuma obrigações excessivas para depois identificá-las no litígio. Identificá-las no litígio favorece a massificação e o comportamento

oportunista. O litígio passa, portanto, a lidar exclusivamente com circunstâncias fáticas em que na negociação o consumidor não teve acesso ao contrato, foi pressionado pelo representante da instituição etc. Essa alteração também desloca o debate teórico: no lugar de pensarmos os critérios jurídicos para avaliação da obrigação recorre-se à criatividade institucional para pensar em obrigações formais, em políticas de transparência, que aumentem o poder de compreensão e barganha do consumidor.

Bibliografia

BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990.

BRASIL, Conselho Monetário Nacional, Resolução nº 3517/2010.

BRASIL, CNJ, Conselho Nacional de Justiça, **Demandas Repetitivas e a Morosidade na Justiça Cível Brasileira**, 2011.

BRASIL, CNJ, Conselho Nacional de Justiça, **100 Maiores Litigantes 2011**. Brasília: CNJ, 2012.

BRASIL, Medida Provisória nº 1.963-17 de 30 de março de 2000.

BRASIL. Novo Código Civil. Lei nº 10.403 de 10 de janeiro de 2002.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.255.573/RS. Brasília, 28 de Agosto de 2013.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.061.530/RS. Brasília, 10 de Fevereiro de 2009.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.227.272 - RS. Brasília, 26 de Fevereiro de 2011.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 973.827. Brasília, 8 de Agosto de 2012.

BRASIL, Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação nº 0009994-05.2013.8.26.0032. São Paulo, 12 de Novembro de 2014.

BRASIL, Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação nº 1015150-04.2014.8.26.0005. São Paulo, 03 de Agosto de 2015.

BRASIL, Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação nº 0104196-66.2010.8.26.0100. São Paulo, 28 de julho de 2015.

DWORKIN, Ronald. Law's Empire. Harvard University Press. Cambridge: 1986.

HABERMAS, Jürgen. **Between Facts and Norms**: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy. Cambridge: The MIT Press, 1996.

HABERMAS, Jürgen. **The Theory of Communicative Action**: Reason and Rationalization of Society. Boston. Beacon Press, 1984.

SALAMA, Bruno. PINHEIRO, Tiago. Institutional Drivers of Financial Market Litigiousness in Brazil. **Research Paper Series**, Direito FGV, 2013.

JANSEN, Letácio. O quebra-cabeça dos juros no Brasil. In **Revista de Direito da Procuradoria Geral**, Rio de Janeiro, n. 57, 2003.