

CAPÍTULO XVIII

A FRAGILIDADE DA TESE DA TAXA MÉDIA DE MERCADO: UMA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO EM PROL DE UM CONTROLE JUDICIAL ACEITÁVEL PARA OS JUROS REAIS NO BRASIL

*Thiago da Silva Teles**

SUMÁRIO: 1. Contextualização do Problema; 2. Base Normativa do Controle dos Juros Reais e Análise Crítica da Tese da Taxa Média de Mercado; 3. Conclusões; 4. Referências.

RESUMO: O artigo realizou uma análise do atual modelo de controle judicial dos juros reais no Brasil, dissecando os fenômenos sociais e econômicos ensejadores da necessidade de um controle mais eficaz destes. Centrou-se o escopo da sua abordagem crítica na fragilidade da tese da taxa média de mercado, demonstrando que os efeitos econômicos e pressupostos lógicos adotados não correspondem devidamente à real necessidade do controle da usura no Brasil. Para tanto, utilizou-se de um diálogo interdisciplinar com a ciência econômica, inspirada no marco da Análise Econômica do Direito (AED) e com matriz epistemológica nas suas técnicas de abordagem científica. Como solução ao problema científico propôs-se um novo modelo de controle da usura, através de um raciocínio indutivo aplicado à taxa de juros.

PALAVRAS-CHAVE: juros reais; taxa média de mercado; Análise Econômica do Direito; ação revisional; controle judicial da usura.

ABSTRACT: The paper analyzed the current judicial control model of interest rate in Brazil, examining the social and economical phenomena that creates the necessity of a more effective control of them. The research focused its critical approach on the frailty of the medium money-market interest-rate thesis, evincing that the economical effects and logical assumptions adopted not properly

* Bacharelado em Direito pela Universidade Federal da Bahia, músico, estagiário do Ministério Público Federal.

attune with the real need of the usury control in Brazil. Therefore, was utilized an interdisciplinary dialogue with the economic science, inspired on the Law & Economics doctrine and its epistemological bias on researching techniques. As a solution to the scientific problem, it was proposed a new template to usury control, through an inductive logic applied to interest rate.

KEY WORDS: interest rate; medium money-market interest rate; Law & Economics; revisional lawsuit; judicial control model of usury.

1. CONTEXTUALIZAÇÃO DO PROBLEMA

O volume do crédito bancário na economia brasileira atingiu 55,9% do PIB em março de 2014 (BANCO CENTRAL DO BRASIL, 2014), o que significa dizer que hoje mais da metade da produção da riqueza nacional envolve o crédito e as relações com as instituições financeiras¹. As estatísticas apontam que, entre o início de 2004 e julho de 2011, o montante dos empréstimos através de crédito consignado cresceu em torno de 1600% (CATALAN, 2013, p. 131). Considerando que, no interior desse intervalo, famílias com renda mensal de até R\$ 1.245,00 totalizavam 39% do total das famílias brasileiras e que as unidades parentais que sobreviviam com rendimentos de até R\$ 4.150,00 no mês somavam pouco mais de 80% de todo o povo do Brasil (IBGE, 2010, p. 75), pode-se concluir

¹ No teor do art. 17 da Lei 4.595/64, as instituições financeiras são as “pessoas jurídicas públicas ou privadas, que tenham como atividade principal ou acessória a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor de propriedade de terceiros”.

que cresce o acesso ao crédito em todas as classes sociais nacionais, sobretudo nas de classe média e de baixa renda. De igual modo, foi ampliada a taxa de endividamento das famílias em relação à renda acumulada dos últimos doze meses, que foi de 46% em julho de 2014 (BANCO CENTRAL DO BRASIL, 2014). Acompanhando tais fenômenos, as estatísticas também demonstram que muito embora o *spread*² e a taxa média dos juros reais para as operações de crédito dos financiamentos tenha sofrido um leve decréscimo entre março de 2011 e 2013, atualmente essa volta a crescer progressivamente até atingir em agosto de 2014 o valor médio de 27,92% a.a. (Ibid). Outrossim, e não coincidentemente, embora numa primeira análise pareça desconexo, é cada vez mais expressivo o montante das ações revisionais individuais que são movidas em litigância aos juros destes mesmos contratos.

Conceitualmente, os juros são as “coisas fungíveis que o devedor paga ao credor, pela utilização de coisas da mesma espécie a este devidas” (PEREIRA, 2005, p. 123), são os rendimentos do capital, os frutos produzidos pelo dinheiro “que o credor recebe do devedor, além da importância da dívida” (AGUIAR JÚNIOR, 2003, p. 71). Em clássica comparação didática, pode-se dizer que assim

² Quando uma instituição financeira firma contrato de mútuo com alguém, cobra uma taxa de empréstimo para tanto, que por uma regra de ordem econômica é superior à sua taxa de captação. A diferença entre essas duas taxas é o chamado *spread bancário*. Em outras palavras, nada mais é do que a diferença relativa entre a remuneração que o banco paga ao aplicador para captar um recurso e o quanto esse banco cobra para emprestar o mesmo dinheiro.

como o aluguel é o preço pelo uso da coisa infungível numa locação, os juros são o preço pelo uso de determinado ativo financeiro, e, por isso, são acessórios a ele.

Quanto às suas espécies, basicamente, os juros, em seu fundamento, podem ser compensatórios (também chamados de remuneratórios ou reais³), ou moratórios. Enquanto estes são uma sanção imposta ao devedor pela inadimplência, somente incidindo a partir da mora, aqueles são uma compensação pelo fato do credor ter de si privada a utilização de seu capital (PEREIRA, 2005, p. 124). Numa relação creditícia, os juros reais são a medida direta da vantagem da operação ao creditante, e por isso são o objeto maior das pretensões revisionais.

Isso não ocorre sem fundamento: no Brasil, historicamente, as taxas de juros aplicadas superam os limites da razoabilidade. A título exemplificativo, segundo dados do Banco Central do Brasil (2014), a remuneração média que os bancos pagaram ao seus aplicadores através dos certificados de depósitos bancários foi de 0,375% a.d. em 01/09/2014, o que, por mera estimativa estatística em projeção, equivale a aproximadamente 1,1% a.m. Em contrapartida, tomando como base o mesmo mês de setembro de 2014, a taxa média geral de juros às operações de crédito foi de

³ No âmbito das instituições financeiras, entende-se por juros reais os juros nominais deflacionados, ou seja, aqueles que são excedentes à taxa inflacionária, estando neles embutidos os custos administrativos, tributários e operacionais das instituições financeiras.

27,51% a.m. Isso significa dizer que, no mês de setembro de 2014, no Brasil, as instituições financeiras pagaram em média a título de juros para aqueles que “emprestaram” dinheiro a elas 25 vezes menos do que o valor que cobraram daqueles que tiveram de si dinheiro emprestado. Se relacionássemos os juros pagos com os cobrados⁴, haveria um acréscimo sobre o valor da captação de aproximadamente 2501%, o que supera em muito a medida do razoável.

O *spread* bancário no Brasil, acompanhando os juros, também é espantoso. Segundo os dados do Banco Mundial (2014), o Brasil foi o segundo país do mundo com o maior *spread* bancário em 2012 (28,7%), estando atrás apenas do Madagascar (49,5%), e seguido logo após pelo Malawi (21,3%). Embora as estatísticas apontem que o *spread* nacional está reduzindo progressivamente ao longo do tempo (em 1997 alcançava 53,84%), ainda assim seus números são injustificáveis pela conjuntura econômica em que o Brasil se encontra, pois é elevadíssimo se comparado aos demais países emergentes que também utilizam regimes de metas de inflação. Para ilustrar, a Argentina, que, *mutatis mutandis*, possui

⁴ Tal medida nada mais é que o conceito de *spread* bancário, que, reitera-se ser a medida da comparação entre as taxas de juros pagas na captação de recursos no mercado (taxa de remuneração do depositante ou taxa de captação) e as cobradas nos empréstimos dos clientes (custo ao tomador final). Considerando que *spread* em inglês significa “margem”, ele é, simplificando as palavras, a “margem” do quanto as instituições estão pagando quando os juros lhe cabem enquanto devedoras, em relação percentual ao quanto estão cobrando a título de juros enquanto credoras.

hoje uma economia relativamente similar à brasileira, apresentou *spreads* bancários de 2,0% em 2012. Países desenvolvidos onde o capital financeiro também detém imenso poder, como Canadá (2,5%), Suíça (2,7%), Nova Zelândia (1,7%), Japão (0,9%), apresentaram também valores menores que o Brasil. É difícil justificar tais valores apenas pela conjuntura econômica e deixar de apontar que um fator determinante é o elevado poder político e liberdade que as instituições financeiras possuem de aqui praticarem os juros que bem entenderem, sem uma regulação estatal eficiente.

Dito isso, a primeira razão lógica que demonstra a necessidade de uma regulação judicial dos juros que seja eficaz (contendo teses adequadas e compatíveis aos fins a que se destina) recai justamente no fato de que, os juros são extremamente elevados e injustificáveis no Brasil. A segunda razão que sobreleva essa necessidade é a de que é cada vez mais expressivo o montante das ações revisionais individuais que são movidas para discutirem os juros nesses mesmos contratos de crédito. Dados mostram que de cada mil processos que aqui chegaram aos tribunais em 2012, 380 envolveram os bancos. Nas varas cíveis estaduais, o percentual chegou a 54% (MINISTÉRIO PÚBLICO DE MINAS GERAIS, 2013). Muito embora não existam levantamentos estatísticos que apontem com precisão em qual parcela dessa fração se inserem as pretensões revisionais, sabe-se que os juros extorsivos são a mais hodierna modalidade de cláusula abusiva nos contratos de concessão

de crédito e há uma cultura crescente de litigar contra estes, por fruto da fraca regulação política e da captação advocatícia para tanto.

Contudo, os elevados encargos não são a única causa da existência de um massivo contencioso revisional: a própria lógica da sociedade de consumo tendenciona ao interesse pela modificação dos contratos. Demonstra-se isso, inicialmente pela simples (embora fundamental) premissa de Del Percio (2014, p. 89) de que o sistema de estratificação social que prevalece é o das classes em razão do consumo, onde a *status* e a mobilidade social tem por fator principal a capacidade de consumir. Assim, obviamente, se o critério para pertencer às classes sociais é o nível de gastos ou de consumo, reinando socialmente um capitalismo simbólico (BOURDIEU, 1974), os consumidores adotam todo tipo de atitude para consumirem cada vez mais.

Ocorre que, justamente em virtude da construção da estratificação social a partir desse paradigma, facilmente confunde-se qualidade de vida com capacidade de consumo. Consumir mais é viver melhor, e, ao mesmo tempo, pelo ideário geral, é viver de maneira mais feliz⁵. Por isso, muitos comportamentos dos consumidores se justificam exatamente pela premissa de possibilita-

⁵ Bauman (2008) desconstrói a concepção de que quanto maior a capacidade de consumo, maior a felicidade. Para ele, a correlação entre riqueza e felicidade cresce apenas até o limiar das necessidades essenciais. Acima desse patamar, “novos incrementos de renda não aumentam o volume de felicidade” (BAUMAN, 2008, p. 61).

los consumir cada vez mais. Há um sentimento permanente de insaciabilidade na sociedade de consumo (BARBOSA, 2004, p. 8), que “prospera enquanto consegue tornar perpétua a não-satisfação de seus membros” (BAUMAN, 2008, p. 64). Assim, consumir mais é a finalidade maior de todos, através de um processo constante de aquisição e descarte. A cultura de consumo é cíclica, ditando através dos signos culturais que o produto que hoje causou o fetiche (e que por isso culminou na sua compra), amanhã vive o desencanto da necessidade de ser substituído por outro que é melhor e mais atual. Não basta consumir mais, necessita-se, ainda, adjetivar o consumo com o melhor, descartando o pior e adquirindo o melhor, que em breve será fadado também ao descarte, por se tornar pior pela ação do tempo nesse círculo vicioso⁶.

Na cultura do consumo, a necessidade de possuir bens, sobretudo os que agregam valor ao consumidor enquanto mercadoria social⁷, se torna essencial à existência digna em comunidade. O consumo hoje preenche uma função acima da satisfação das

⁶ Uma simples observação da lógica de consumo no mercado de aparelhos celulares pode demonstrar a verossimilhança de tais afirmações. No mercado de *smartphones*, a rotatividade no lançamento de novos modelos, ainda que altere de maneira pouco significativa a funcionalidade e operabilidade entre os aparelhos, lança através do simbolismo de ter o “melhor” a necessidade de se descartar o aparelho anterior e adquirir um novo.

⁷ Realiza-se tal afirmação em forte inspiração à construção lógica de BAUMAN (2008, passim), que traduz ao longo do livro “vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria” que os agentes sociais se comportam de maneira a venderem indivíduos (e a se venderem) como produtos postos à vitrine no mercado das relações sociais.

necessidades materiais e reprodução social comum a todos os demais grupos humanos (BARBOSA, 2004, p. 14), ele se eleva à autoidentificação, chegando Bauman a adaptar uma versão mais atualizada do *cogito ergo sum*⁸ de Descartes: “compro, logo sou...” (BAUMAN, 2008, p. 26).

Sendo assim, para ser mais é preciso ter mais. E, por ser justamente através do acesso ao crédito que o “ser” e o “ter” (o que se deseja) se aproximam, este se torna o meio necessário ao alcance dos fins pretendidos. O acesso ao crédito expande a satisfação de consumo, embora haja, a longo prazo, um preço indesejado, que são os juros reais⁹. Para tentar mitigar o que é indesejado, movem-se as ações revisionais, e, por isso, elas são tão numerosas. O grande estímulo social da parcela dos consumidores que interpela judicialmente é o de que os juros são um incômodo financeiro e aparentemente burocrático na satisfação do ímpeto consumista.

2. BASE NORMATIVA DO CONTROLE DOS JUROS E ANÁLISE CRÍTICA DA TESE DA TAXA MÉDIA DE MERCADO

O Judiciário brasileiro, até a primeira metade do século XX,

⁸ Traduz-se classicamente como “penso, logo existo” (DESCARTES, 2001, p. 37 et seq.).

⁹ Robert E. Hall e John B. Taylor apontam os juros reais enquanto “o preço relativo entre o consumo atual e o consumo futuro. Afeta, assim, diretamente a escolha de um consumo maior hoje ou amanhã (...)” (HALL; TAYLOR, 1989, p. 179).

entendia que o Decreto 22.626/33 (ou “lei da usura”) era aplicável e limitava os juros nas relações com instituições financeiras. Todavia, com o advento da Lei 4.595/64 desestabilizou-se tal entendimento, pois o seu art. 4º, *caput*, e IX, prescreveu dentre as competências do Conselho Monetário Nacional, nas diretrizes estabelecidas pelo Presidente da República, as de “limitar 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 do Brasil (...)”. Arborado nesse dispositivo, caminhou a construção do entendimento de que as instituições financeiras, se autorizadas, poderiam superar a lei da usura. Instalou-se, assim, uma celeuma jurisprudencial levada à apreciação pelo Supremo (SCAVONE JUNIOR, 2014, p. 26), que acabou alterando seu entendimento consolidado e editando o Enunciado nº 596 da Súmula do STF, publicado em 03/01/1977, prevendo que a Lei da Usura não mais se aplicava às instituições financeiras e mantendo esse posicionamento até os dias de hoje.

Quando a CF/1988 foi promulgada, no seu texto original, o art. 192º, §3º revivia a discussão ao adotar o limite constitucional de 1% a.m. para os juros reais. Mas, desde o início da promulgação da CF/88 tal dispositivo foi questionado por interesses políticos. De início, o embate veio através da ADIn nº 4, movida em 12/10/1988 (apenas sete dias após a promulgação da nova carta magna). No seu julgamento, em 07/03/1991, o pleno do STF entendeu que a norma

que limitava os juros reais não era autoaplicável, no ilógico argumento de que a expressão “juros reais” não tinha um conceito jurídico definido, mas só econômico, e que por isso dependia de Lei Complementar para surtir efeitos¹⁰. Portanto, sendo que a lei da usura já era inaplicável às instituições financeiras, a ADIn nº 4 concedeu o tempo que as instituições financeiras precisavam para canalizarem suas forças políticas e influenciarem o Congresso Nacional a editar a EC nº 40/2003¹¹, que revogou do texto constitucional o art. 192º, §3, antes que uma Lei Complementar fosse elaborada. Posteriormente, com a possibilidade de conceder eficácia vinculativa a precedentes através da Súmula Vinculante, o Supremo quis encerrar a discussão ao editar em 2008 o seu enunciado vinculante nº 7¹². E assim, na prática, o entendimento que se tem

¹⁰ Barbosa Moreira criticou acertada e veementemente o equívoco desse entendimento. Em termos, afirmou: “É fácil aplicar a norma, não precisa de lei nenhuma. Só não a entende quem não quer entender, e há gente que não está querendo entender, é claro, por óbvias razões. Desculpem a digressão, mas não resisto à tentação de dizer isso. (...) [sobre o conceito de juros reais que se discute e os 12% a.a. previstos na CF/88] qualquer criança entende isso, qualquer criança que saiba somar. Se vocês assistirem a qualquer programa referente à inflação e as matérias correlatas com essa, vão ouvir a todo momento a expressão “as taxas de juros reais” (...). Só na hora de interpretar a Constituição é que não se sabe o que é; não se sabe porque não se quer saber”. (MOREIRA, 1991, p. 195-196).

¹¹ A EC 40/2003 favoreceu exageradamente as instituições financeiras, concedendo-lhes liberdades para além do razoável. A exemplo, um dispositivo constitucional que foi alterado foi o do art. 163, V, que antes determinava a edição de Lei Complementar para “fiscalização das instituições financeiras”, mas depois passou a determinar a Lei Complementar para a “fiscalização financeira da administração pública direta e indireta”.

¹² Enunciado nº 07 da Súmula Vinculante do Supremo: “a norma do §3 do artigo 192 da Constituição, revogada pela Emenda Constitucional nº 40/2003, que limitava a

hoje é o de que as instituições financeiras, desde 1964, estão autorizadas pelo ordenamento a convencionarem os juros reais que bem entenderem devidos, sendo a extorsão avaliada apenas no caso concreto, sem um patamar fixo. Obviamente que, diante da ausência de um regramento legal específico para os juros reais, e ainda que as instituições financeiras tenham empreendido (e continuem empreendendo) grandes esforços para afirmar que o CDC não se aplica aos clientes bancários, prevalece o entendimento de que essas relações continuam sendo de consumo, e, portanto, regradas pela construção para cláusulas abusivas¹³.

Luiz Scavone Junior (2014, p. 352-353) aduz que, sob o direito das relações de consumo, existem seis fundamentos jurídicos para o controle judicial dos juros elevados: (I) o art. 173º, §4, da CF, que reprime a arbitrariedade no aumento dos lucros; (II) o art. 4º, III, do CDC, que traz a boa-fé como um dos princípios explícitos das relações de consumo; (III) o art. 6º, V, do CDC, que prevê como direito básico dos consumidores a modificação de cláusulas contratuais que tragam obrigações desproporcionais; (IV) o art. 51º, IV, §1, do CDC, que delimita enquanto cláusula abusiva e, portanto, vedada e nula de pleno direito, aquela que situe o consumidor em

taxa de juros reais a 12% ao ano, tinha sua aplicação condicionada à edição de lei complementar⁷.

¹³ Cf. Cláudia Lima Marques, João Batista de Almeida e Roberto Pfeiffer (2006).

desvantagem exagerada¹⁴; (V) o art. 12º, VI do Decreto 2.181/97, que disciplina a reprimenda à infração de exigir vantagem manifestamente exagerada a consumidores; (VI) e o art. 4º, da Lei 1.521/51 (Lei de crimes contra a economia popular), que prevê enquanto tipo penal a usura¹⁵. Como fruto da presente pesquisa, destaca-se, ainda, um sétimo fundamento: (VII) o art. 39º, V, do CDC, que traz enquanto prática abusiva “exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva”. Ou seja, além do um vício na cláusula que estipula juros elevados, a própria prática dessa exigência indistintamente, independente de contratos específicos, é coletivamente abusiva.

Na ausência de um patamar fixo, ao se deparar com uma pretensão revisional de juros reais o juiz passou a ter de enfrentar duas questões: (I) como identificar que os juros reais são extorsivos? (II) em se identificando a extorsão e declarando a nulidade da cláusula, como preencher a lacuna da declaração da invalidade parcial? Ou seja: deverá revisar os juros para qual valor?¹⁶ O STJ

¹⁴ Para uma análise mais pormenorizada desse dispositivo, cf. o artigo de Fernando Costa Azevedo (2012, p. 288).

¹⁵ Conceitualmente, a usura possui duas possíveis abordagens, uma é a da usura real (que se relaciona à cobrança de juros e demais encargos que, por meio da lesão de alguém tragam lucros excessivos) e a outra é a da usura pecuniária (que é a que versa especificamente acerca da estipulação de taxas de juros abusivas). O conceito de usura real é mais abrangente que o de usura pecuniária.

¹⁶ Para fins didáticos, se cunhará duas expressões inéditas apenas para se referir aos critérios adotados para essas duas respostas. À aferição de quando os juros são extorsivos cunha-se a expressão “patamar da extorsão” e, em sendo eles extorsivos, para se referir a qual valor se irá revisar cunha-se a expressão “critério de revisão”.

deu uma péssima resposta às duas ao adotar a tese da taxa média de mercado.

Entende-se que há uma evidente dificuldade para preencher o conceito legal aberto da “desvantagem exagerada” ou da “onerosidade excessiva”, sobretudo na atual era da contratação em massa, em que diversos fatores econômicos interferem na fixação dos encargos. Concorde-se com Antônio Efig e Fernanda Gibran que apontam que para concluir se a cláusula lesiva é passível de nulidade, bem como avaliar a correta interpretação desses conceitos abertos, precisa-se debruçar intensamente na avaliação tópica do caso concreto (EFING; GIBRAN, 2007, p. 37). Todavia, a jurisprudência dominante, em sentido contrário, ao invés de utilizar da lógica indutiva para tentar compreender os riscos envolvidos e variáveis que levaram à fixação dos juros na taxa específica do contrato, adota a lógica dedutiva, utilizando de um patamar de extorsão e critério de revisão superior e generalizante, que é a taxa média de mercado.

A supramencionada tese surgiu a partir do fato de que, desde outubro de 1999, o Banco Central divulga, para fins estatísticos - cabe destacar com ênfase tais fins -, as taxas médias de juros praticadas no mercado financeiro. Essas nada mais são do que um valor alcançado e aferido em determinado período levando em consideração enquanto dados estatísticos primários as taxas de juros praticadas pelas instituições financeiras ponderadas por seus volumes

de operação de crédito¹⁷. De fato, as taxas médias de mercado divulgadas representam o custo efetivo médio das operações creditícias, composto pelas taxas de juros efetivamente praticadas pelas instituições financeiras em suas operações, e sendo em si incluídos os encargos fiscais e administrativos incidentes sobre as operações (BANCO CENTRAL DO BRASIL, 2007, p. 247).

De posse dos dados divulgados, a aplicação da malfadada tese caminha no sentido de que serão abusivos os juros praticados acima do patamar médio divulgado pelo Banco Central, para cada operação específica e no período divulgado pelo BACEN. Após a declaração da nulidade, pelo entendimento, revisam-se os juros para o valor médio que foi divulgado para a operação específica do contrato. Com a devida vênia, ainda que a tese pareça aos desavidos bastante sofisticada, não consegue afastar de si muitas críticas a serem apontadas.

O entendimento da taxa média começou a ser discutido mais

¹⁷ A Circular nº 3.567 do Banco Central, de 12/12/2011 prevê que os dados estatísticos primários para a taxa média de mercado são colhidas a partir dos dados recebidos periodicamente dos bancos múltiplos, bancos comerciais, bancos de investimento, bancos de desenvolvimento, sociedades de crédito, financiamento e investimento, sociedades de crédito imobiliário, associações de poupança e empréstimo e, também, pela Caixa Econômica Federal. Essas instituições têm o dever de periodicamente enviar ao Departamento de Cadastro e Informações do Sistema Financeiro do Banco Central (DECAD) as taxas médias ponderadas, as taxas mínimas e máximas, o valor liberado na data-base, o saldo dos créditos concedidos, os respectivos níveis de atraso e os prazos médios das operações especificadas na Circular, tudo segregado por tipo de operação. Tais dados são compilados pelo Banco Central, e, na posse deles, são calculadas as taxas médias de juros pré-fixadas para as diversas modalidades de crédito.

incisivamente no STJ em 2008, principalmente a partir do REsp nº. 1.036.818/RS e do REsp nº. 1.061.530/RS. No bojo deste último, cabe mencionar as informações contidas no Parecer PGBC-207/2008 (BANCO CENTRAL DO BRASIL, 2008), requisitado à Procuradoria do Banco Central no feito recursal. O BACEN manifestou uma fundada aversão à tese da taxa média de mercado enquanto critério balizador para a revisão individual, apresentando o contraponto de que a divulgação das taxas médias de mercado teve a finalidade concorrencial de permitir ao tomador comparar as taxas de crédito praticadas no mercado, bem como de oferecer dados consistentes à política do Banco Central, sendo assim meramente estatística, por não refletir as idiossincrasias dos contratos específicos¹⁸, não servindo ao pleito revisional (BANCO CENTRAL DO BRASIL, 2008, p. 243).

Para demonstrar a incongruência da tese, chama-se atenção para a análise concreta das taxas médias de juros divulgadas pelo BACEN para o período de 19/11/2014 a 25/11/2014¹⁹. Observar-se-á os dados relativos à aquisição de veículos por pessoas físicas, por serem justamente os bens que, nos financiamentos, mais originam ações revisionais nas varas cíveis.

¹⁸ Reflexamente, tais divulgações também influenciam no mercado de juros futuros, por oferecer maior transparência aos próprios agentes econômicos envolvidos. Acerca, cf. COSTA FILHO (2010).

¹⁹ Por ser essa a mais recente divulgação no momento em que o presente artigo está sendo redigido.

Da análise dos dados (Id., 2014), contata-se que das quarenta e nove instituições financeiras que enviaram dados ao Banco Central, a que praticou a menor taxa média pré-fixada no período de 19/11/2014 a 25/11/2014 foi a BMW Financeira S.A., no importe de 10,75% a.a. A maior taxa foi a de 56,64% a.a., praticada pela Omni S.A. Assim, a variação entre a menor e a maior taxa praticadas no período supera 525%, o que conduz a duas conclusões: (I) é um contrassenso “tirar a média” de valores tão absurdamente distantes para comparar a todos os contratos; (II) as instituições financeiras fixam os encargos que bem entendem, pois só isso justifica a realidade de, ao mercado financeiro dos mesmos bens, instituições praticarem juros em margem relativa superior a 500%, ressalvando que só a primeira colocada praticou juros médios inferiores à taxa SELIC diária do início do período (11,15%a.a. em 19/11/2014) (Ibid, loc. cit.).

A taxa média que é divulgada pelo BACEN não deve ser vista como uma medida de revisão, mas sim como um parâmetro de tendência das taxas de juros nas operações de crédito. Ela existe exclusivamente para fins estatísticos. Existem riscos específicos na conjuntura objetiva e fática circundante de mercado que influencia os encargos fixados nos contratos bancários, tendo cada um suas características próprias. Fixar o patamar de todas as instituições pela média geral é, além de um equívoco teórico, um cânone prático ruim. O Judiciário, mais uma vez, abandonou o costume de sopesar

adequadamente a repercussão econômica de seus julgados²⁰, e pior: o fez quando sabia estar lidando com uma das variáveis de maior repercussão macroeconômica - os juros bancários. Somente uma análise casuística indutiva é adequada para a questão. Como apontou o procurador do BACEN: “em síntese, com o perdão do uso da expressão popular, usar apenas e somente a taxa média de juros divulgada pelo Banco Central como critério para a caracterização da abusividade é comparar ‘alhos com bugalhos’” (BANCO CENTRAL DO BRASIL, 2008, p. 244).

Na prática, um possível *modus operandi* para a análise casuística individual que ora se sugere é o dos juízes intimarem as instituições financeiras para que apresentem os elementos componentes que interferiram na fixação da taxa de juros em concreto (em outras palavras, justifiquem o porquê da estipulação naquele valor por suas variáveis envolvidas). Daí se apontaria qual parcela envolvia os riscos específicos da contratação e qual parcela corresponderia aos demais encargos predeterminados, destacando, ainda, a fração relativa aos lucros da empresa embutidos na taxa. Todas as instituições financeiras possuem tais números, pois são levados em conta na gestão da concessão do crédito, mas apenas os divulgam parcialmente ao BACEN, e não ao público em geral. As

²⁰ Para uma abordagem mais profunda acerca da análise econômica do direito brasileiro e a repercussão econômica dos julgados, indica-se, particularmente, os estudos de Rogério Gesta Leal (2010) e Luciano Benetti Timm (2012).

taxas são bem pensadas pelos analistas, e não estipuladas aleatoriamente, e é possível tirar vantagem disso para um controle judicial mais efetivo. A aplicação da lógica dedutiva da taxa média é a prova de que os juristas não sabem utilizar do método cartesiano a seu favor e esquecem que quando o objeto cognoscível é complexo, o melhor a se fazer é decompor o todo em partes (DESCARTES, 2001, *passim*). Ou seja, dissecar o juro em suas frações.

A observação exclusiva da taxa de juros final retrata muito pouco, é preciso decifrá-la para realização de perícia contábil e identificação se esses foram fixados adequadamente em sua formação e se possuem verossimilhança causídica, correspondendo à realidade contratual ou não. A partir do exame da prova pericial o juiz verificaria o patamar da extorsão, avaliando a necessidade da revisão ou não no caso concreto. Conseqüentemente, também, o critério de revisão se tornaria mais racional, pois permitiria ao juiz reduzir os encargos que o perito indicasse como desconexos à realidade contratual *in casu*, ou, de maneira mais eficiente ainda, possibilitaria a realização de um corte percentual específico diretamente na fração correspondente aos lucros das instituições embutidos na taxa, caso fossem excessivos (o que é um ataque direto à usura).

Todavia, ao invés da adoção de uma construção mais racional, preferiu-se editar o enunciado nº 296 da Súmula do STJ e aplicar a tese da taxa média, que, com o perdão da expressão, é um

“embuste jurídico”, pois, legitima a prática dos juros extorsivos generalizados, ao mesmo tempo em que possibilita ao Judiciário fingir que está realizando um controle da ainda intacta agiotagem institucionalizada. Faz-se isso apenas mudando o critério do que é extorsivo, pois passa a ser apenas aquilo que destoia da “média”. Para Antônio Efig e Fernanda Gibran “a média das taxas de juros bancários cobrados dos consumidores somente serviria de orientação acaso tivéssemos no Brasil uma verdadeira concorrência no setor financeiro” (EFING; GIBRAN, 2007, p. 47), o que não ocorre: o mercado financeiro é intercambiante e as relações cartelizadas.

Num raciocínio hipotético (mas que é menos hipotético do que se imagina): e se um grande número de instituições financeiras praticasse juros abusivos? A média subiria e o abusivo passaria a ser normal. Aplicando a tese do STJ, o que fosse maior do que o “abusivo-médio” seria revisado a esse patamar apenas nos contratos levados a juízo, criando uma ilusão de que se estaria fazendo justiça, enquanto os juros cresceriam cada vez mais. É fácil observar que essa é uma tese jurídica que apenas cria a ilusão de se estar solucionando o problema. Na prática, o Judiciário com a adoção da taxa média não está controlando a usura, mas apenas “cortando a gordura” mais aparente. E pior: incentivando que mais ações individuais sejam propostas, pois aparenta-se conceder vantagens (e que são uma ilusão de mercado) àqueles que buscam o aparato judicial, enquanto o repasse econômico do impacto das revisionais

no ativo financeiro é repassado nos próximos contratos ou sopesado pelas ciências atuariais e embutido na fixação dos encargos predeterminados ao período temporal antes que a parcela de ações previstas seja julgada.

A fenomenologia das pretensões revisionais é cíclica e se retroalimenta. Nesse modelo de controle, as ações nunca cessarão. Usando de uma figuração: os consumidores individuais ao moverem tais ações são como um cão rodopiando freneticamente mordendo o próprio rabo. Enquanto o cão não enxergar o cenário como um todo, não perceberá que o efeito do prazeroso ímpeto de morder algo é ao mesmo tempo a dor de algo desconhecido estar mordendo-o pelas costas.

O critério da taxa média de mercado não é favorável a nenhum consumidor, mas somente ao *spread bancário* que é praticado no Brasil. Faz-se pertinente citar o posicionamento de Elpidio Donizetti (2011) de que a taxa média não é aferida por autoridades equidistantes do conflito, mas sim calculada a partir das taxas cobradas pelas próprias instituições que praticam as abusividades. Na sua irreverente reflexão, “isso é o mesmo que colocar raposas para tomar conta do galinheiro e depois mandar o leão verificar quantas galinhas cada uma comeu” (DONIZZETTI, 2011, p. 3). Esse “embuste” só alivia a consciência do juiz, pois, não mais julgará se os juros são extorsivos ou se a operação é de uma agiotagem institucionalizada, tocando no ponto fulcral da questão,

mas sim apenas olhará se ela está compatível com a média da agiotagem de mercado (Ibid, loc. cit.).

Em atenção às críticas apontadas ora se indaga: no plano concreto, seria simples ao juiz realizar a análise casuística das idiossincrasias de cada contrato individualmente considerado? Num pensamento realista: seria de algum modo fácil ao Judiciário abarrotado de demandas que investigasse casuisticamente na instrução do feito cada particularidade da relação contratual individual específica (como fidelização do cliente, riscos envolvidos etc.)? Certamente, é muito difícil responder algo distinto de um sonoro “não” com pesar.

Há um desgaste da justiça, abarrotada por milhões de processos similares, frutos da massificação dos contratos, o que passou a exigir a simplificação das formas e ritos e a aceleração dos procedimentos, reclamando novos institutos e teses para julgar também massivamente. Os fenômenos de massa criam um contencioso que os tribunais não são capazes de lidar adequadamente (KERN, 2012, p. 225). A sociedade é cada vez mais litigante pois as causas das pretensões não são devidamente combatidas pelo poder político através de um controle prévio eficaz. Andressa Gonçalves de Oliveira aduz que, como fruto desse cenário, a preocupação centrada no problema da quantidade de processos por vezes desvia a atenção necessária quanto à qualidade das decisões (OLIVEIRA, 2013, p. 233). Como se não bastasse, Boaventura de Souza Santos aponta que

há um despreparo dos magistrados nos conhecimentos culturais, sociológicos e econômicos que os trariam uma vigilância no exercício de suas funções numa sociedade cada vez mais complexa e dinâmica (SANTOS, 2000, p. 174). Exercite-se o raciocínio ao somar ainda a essas variáveis a realidade de que, nos precedentes firmados nos tribunais superiores, o código normativo do Direito é substituído pelo discurso do interesse econômico neoliberal (FREITAS, 2005, p. 36). Assim, infelizmente, como fruto dos poderosos interesses políticos, do despreparo dos juizes e da massividade de demandas, surgem teses judiciais ruins, a exemplo da tese da taxa média de mercado. Nessas situações, apenas o raciocínio de Kelsen (1999, *passim*) consegue explicar a realidade: a *práxis* do Direito é a da emissão dos atos de vontade e não atos de conhecimento. e, no Brasil, “manda quem pode, obedece quem tem juízo”. Só assim justifica-se uma tese de logicidade duvidosa como a da taxa média de mercado.

3. CONCLUSÕES

1 Os juroz reais praticados no Brasil são elevados e devem sofrer um controle racional e efetivo. Mas não é isso que ocorre, pois este é realizado através do controle judicial, individual e ineficiente, que possibilita a manutenção dos valores de mercado e dos lucros envolvidos.

2 A adoção da tese da taxa média de mercado é frágil e não

funciona como um cânone prático aceitável para aferição do patamar de extorsão e critério de revisão nas ações revisionais individuais movidas por consumidores para a revisão dos juros reais, pelos seguintes motivos:

2.1 Seu fundamento lógico não controla a usura realmente, uma vez que utiliza do raciocínio dedutivo e não indutivo para a solução das demandas, adotando os valores médios das taxas de juros praticadas no mercado financeiro, que não é uma concorrência perfeita e tende à agiotagem generalizada. Assim, mantém-se tudo igual enquanto se cria uma ilusão de controle.

2.2 Sua adoção, além de estimular uma busca incessante e massiva a um Judiciário já abarrotado e despreparado no raciocínio econômico, possibilita que as instituições financeiras realizem a previsão do impacto no seu ativo financeiro causado pelas revisionais e o repassem nos mesmos encargos praticados, o que reforça que o cerne da usura permanece intocado.

3 Deve-se adotar um novo *modus operandi*. Para tanto, sugeriu-se o abandono do raciocínio dedutivo e a utilização do método indutivo cartesiano, decompondo as taxas de juros nas suas frações estruturantes para aferição da abusividade *in casu*, em um controle mais efetivo.

4. REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Fernando Costa. Os desequilíbrios gerados por vantagem e onerosidade excessivas no direito do consumidor e a possibilidade de aplicação do diálogo das fontes entre Código de Defesa do consumidor e Código Civil de 2002. In: MARQUES, Cláudia Lima (org.) **Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. **SGS - Sistema Gerenciador de Séries Temporais** – v. 2.1. .Net. Módulo público, sessão “indicadores de crédito”. Brasília. Disponível em: <<https://www3.bcb.gov.br/sgspub/localizarseries/localizarSeries.do?method=prepararTelaLocalizarSeries>>. Acesso em: 29 set. 2014.

_____. Consulta à taxa SELIC diária. .Net. Brasília. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/htms/selic/selicdia.asp>>. Acesso em: 09 dez. 2014.

_____. Juros e spread bancário. .Net. Série “Perguntas Mais Frequentes”. Brasília: Departamento de Relacionamento com Investidores e Estudos Especiais, mar. 2014. Disponível em: <www4.bcb.gov.br>. Acesso em: 10 dez. 2014.

_____. PGBC-207/2008. **Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central**, Brasília: BCB, v. 2, n. 2, p. 225-269, dez. 2008.

_____. PGBC-44/2006. **Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central**, Brasília: BCB, v. 1, n. 1, dez. 2007.

BANCO MUNDIAL. .Net. <<http://data.worldbank.org>>. Acesso em: 01 nov. 2014.

BARBOSA, Livia. **Sociedade de consumo**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.

BAUMAN, Zygmunt. **Vida para Consumo: a transformação das**

peessoas em mercadoria. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BOURDIEU, Pierre. **Economia das trocas simbólicas**. Org. Sergio Miceli. São Paulo: Perspectiva, 1974.

CATALAN, Marcos. O crédito consignado no Brasil: decifra-me ou te devoro. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: **Revista dos Tribunais**, n. 87, p. 125-148, maio/jun. 2013.

COSTA FILHO, Adonias Evaristo; ROCHA, Fabiana. Como o mercado de juros futuros reage à comunicação do Banco Central? **Economia Aplicada**, Ribeirão Preto: EDUSP, v. 14, n. 3, p. 265-292, jul./set., 2010.

DEL PERCIO, Enrique M. **La Condición Social**: Consumo, poder y representación en el capitalismo tardío, 2. ed. Buenos Aires: Jorge Baudino Ediciones, 2010.

DESCARTES, René. **Discurso do método**. Trad. Maria Ermantina Galvão, São Paulo: Martins Fontes, 2001.

DONIZETTI, Elpídio. A jurisprudência do STJ e a taxa média de mercado: agora os juros ficaram do jeito que o diabo gosta. **.Net**, jul. 2011. Disponível em: <<<http://www.migalhas.com.br>>>. Acesso em: 22 jun. 2014.

EFING, Antônio Carlos; GIBRAN, Fernanda Maria. A comprovação da onerosidade excessiva nos contratos bancários: uma nova reflexão a partir da realidade brasileira. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 63, p. 27-51, jul./set. 2007.

FREITAS, Graça Maria Borges de. A reforma do Judiciário, o discurso econômico e os desafios da formação do magistrado hoje. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**, Belo Horizonte, v. 42, n. 72, p. 31-44, jul./dez. 2005.

HALL, Robert E.; TAYLOR, John B. **Macroeconomia**: teoria, desempenho e política. Trad. José Ricardo Brandão Azevedo. Rio de

Janeiro: Campus, 1989.

IBGE. **Pesquisa de orçamentos familiares 2008-2009**: despesas, rendimentos e condições de vida. Rio de Janeiro: IBGE, 2010

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KERN, Christoph A. A proteção do consumidor pelos tribunais: desafios dos fenômenos de massa. Trad. Lisiane Maria Giordani. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 83, p. 223-237, jul./set. 2012.

LEAL, Rogério Gesta. **Impactos econômicos e sociais das decisões judiciais**: aspectos introdutórios. Brasília: ENFAM, 2010.

MARQUES, Claudia Lima; ALMEIDA, João Batista de; PFEIFFER, Roberto A. C. (Orgs.). **Aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos Bancos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MINISTÉRIO PÚBLICO DE MINAS GERAIS. Consumidores e Instituições Financeiras. **.Net**, jan. 2013. <www.mpmg.mp.br>. Acesso em: 18/12/2013 às 11:36h.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ações coletivas na Constituição Federal de 1988. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 16, n. 61, p. 187-200, jan./mar. 1991.

OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebiades de; BORBA, Mauro. Novas reflexões sobre a impossibilidade de conhecimento de ofício, pelo juiz, de cláusulas nulas em contratos bancários. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 84, p. 129-147, out./dez. 2012.

OLIVEIRA, Andressa Jarletti Gonçalves de. REsp repetitivo 973.827/RS e a questão da capitalização nos contratos de crédito ao consumidor: um julgamento sem precedentes. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 89, p. 231-300, set./out. 2013.

PASSOS, J.J. Calmon de. **Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam.** Rio de Janeiro: Forense, 2000.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**, v. 2, Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade.** São Paulo: Cortez, 2000.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. **Juros no direito brasileiro.** 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito e Economia no Brasil.** São Paulo: Atlas, 2012.