

PODER JUDICIÁRIO E CRÉDITO: APLICAÇÃO DA TEORIA DOS JOGOS

JUDICIARY AND CREDIT: APPLICATION OF THE GAME THEORY

Uinie Caminha*
Juliana Cardoso Lima**

Resumo

O presente artigo tem como objetivo analisar a atuação do poder judiciário nas relações jurídicas que envolvam a oferta de crédito, a fim de compreender, à luz da teoria dos jogos, como o posicionamento do judiciário influencia as condutas dos tomadores de recursos e das instituições bancárias, e quais efeitos podem ser sentidos no mercado. Para tanto, parte-se de uma análise da importância do crédito e da eficiência contratual para o desenvolvimento do mercado, que possui como principal catalisador as instituições financeiras bancárias. Verifica-se, em seguida, qual é o papel do judiciário na alocação de incentivos no mercado, para, por fim, aplicar a teoria dos jogos, no intuito de demonstrar como os agentes econômicos se comportam diante das normas legais vigentes e como a interpretação das leis realizada pelo Judiciário influenciará no comportamento estratégico de cada parte. Conclui-se pela importância que as instituições legais têm na alocação de incentivos no mercado e que a interferência do Poder Judiciário nas ações revisionais de contratos creditícios, no que tange aos juros remuneratórios pactuados, de forma irrestrita, gera insegurança e incerteza à economia.

Palavras-chave: Mercado econômico. Crédito. Instituição bancária. Contrato bancário. Judiciário. Ações revisionais. Teoria dos jogos.

Abstract

This article aims to analyze the performance of Brazilian Courts in contractual relations involving the offer or credit, in order to understand, through the Game Theory, how the position of judicial decisions influences the conduct of credit takers and of financial institutions and which effects can be observed in the market. Thus, initially, an analysis of the importance of credit and of efficient contracts to economic development is made, considering banks as the main catalysts for the system. Further, the role of Judiciary in the allocation of incentives in the market is discussed and then, the game theory is used to explain how economic agents behave facing legal rules and the interpretation laws made by the Courts. The analysis leads to the conclusion that legal institutions and court decisions have strong influence in credit allocation and in the strategic behavior of each party.

Keywords: Economic market. Credit. Bank. Banking contract. Legal. Stock revision. Theory of games.

Introdução

O objetivo do presente trabalho é analisar a atuação do poder judiciário nas relações jurídicas que envolvam a oferta de crédito, a fim de compreender, à luz da teoria dos jogos, como o posicionamento do judiciário influencia as condutas dos tomadores de recursos e das instituições bancárias.

Atualmente, o Poder Judiciário exerce influência direta sobre os contratos de crédito, uma vez que é responsável por dirimir os litígios trazidos a sua apreciação, garantido, em tese, às partes, maior certeza e segurança jurídicas, uma vez que a solução dada a cada conflito possui o condão de vincular os integrantes do processo.

* Doutora em Direito pela Universidade de São Paulo. Professora Adjunta da Universidade de Fortaleza e da Universidade Federal do Ceará. Advogada.

* Mestranda em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza, Especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade Integrada do Ceará, FIC - CE, e Assessora de Gabinete do Desembargador Ernani Barreira Porto .

É, portanto, através da atividade jurisdicional que o Estado dita o sentido das leis, interpretando-as segundo os comandos constitucionais, por traduzirem os anseios de toda uma sociedade. Essa tarefa exige do aplicador da norma não apenas o conhecimento das leis, em sentido lato, como também um conhecimento interligado de outras ciências, dentre as quais se destaca a economia.

A ligação entre Direito e Economia resta incontestada, pois o direito estabelece normas aplicáveis aos fatos econômicos, e esses são objeto de estudo dos economistas. Nessa direção, o movimento do *Law and Economics* vem demonstrando o impacto que o direito exerce sobre a economia e avaliando como os instrumentos legais podem alocar incentivos e responsabilidades dentro do sistema econômico.

Dentre os pontos de conexão entre o direito e a economia, ressalta-se a influência que o poder judiciário exerce no tocante ao cumprimento ou não das obrigações contratuais creditícias e como a aplicação da norma legal, nesses casos, interfere no comportamento das partes contratantes e no desenvolvimento do mercado.

No desenvolvimento do tema, parte-se de uma análise da importância do crédito e da eficiência contratual para a manutenção de uma economia equilibrada, possuindo como principal catalisador as instituições financeiras bancárias. Verifica-se, em seguida, qual é o papel do judiciário na alocação de incentivos no mercado quando da análise dos contratos que envolvem a oferta de crédito, para, por fim, aplicar a teoria dos jogos, no intuito de demonstrar como os agentes econômicos se comportam diante das normas legais vigentes e como a interpretação das leis realizada pelo Judiciário influencia no comportamento estratégico de cada parte.

1 A importância do crédito e da eficiência contratual para o desenvolvimento do mercado

É difícil imaginar qualquer desenvolvimento econômico que não possua ligação direta com um mercado de crédito. Para Saddi (2007, p.39), não se pode precisar o surgimento do crédito, porém, “com certeza é uma instituição milenar, já que mesmo nas épocas pré-aristotélicas há indícios de que uns, que tinham de sobra, emprestavam a outros, aquilo de que necessitavam”.

Em uma evolução histórica do comércio bancário, Abrão (2008, p.14-15) relata que desde a antiguidade, séc. VI a.c., na Babilônia, Egito e Fenícia já se concediam empréstimos. Na Grécia, os *trapezitas*, e em Roma, os *argentarii*, já desempenhavam funções como de trocas, depósitos e empréstimos. Na idade média, principalmente nas cidades italianas, as feiras propiciaram o florescimento do comércio, e as pessoas que realizavam as trocas de moedas passaram a ser denominadas *campsores* ou *cambiatores* e, posteriormente, no séc. XII, de banqueiros.

Já na Idade Média começou a se sentir uma dessas novas necessidades: a intermediação financeira. Leo Huberman ressaltou a importância dos banqueiros para o comércio e para o cidadão da época. Os senhores feudais, considerados como autoridades máximas de determinada porção de terra, permitiam e regulavam as feiras que aconteciam em seus feudos. Notadamente, não demorou para que vissem também a imprescindibilidade dos serviços dos banqueiros, senão, até aquele momento, apenas como mais uma oportunidade de arrecadar tributos. (PAIVA; CAMINHA, 2006, p.179).

Entretanto, foi na idade moderna, com o advento da Revolução Industrial, que alteraram a função dos bancos, passando a desempenhar sua função precípua, de instituição intermediadora de recursos, que é a “de tomar a crédito dos depositantes os fundos monetários por esses poupados para distribuí-los a crédito aos seus clientes”. (MOLLE, 1973, p.7).

No séc. XIX ampliam-se as atividades dos bancos, atingindo pleno desenvolvimento, tendo, inclusive, estendido seus serviços para o âmbito internacional. (ABRAÃO, 2008, p.16). Já no séc. XX, as instituições financeiras foram “as grandes responsáveis por modificações nos mercados. O chamado capitalismo financeiro transformou os bancos em grandes agentes econômicos”.

(CAMINHA, 2007, p. 5).

Em uma breve digressão histórica, é possível constatar que a oferta de crédito está diretamente associada à idéia de crescimento, de sociedade em desenvolvimento. Razão pela qual, o Estado deve atuar no sentido de ampliar o acesso ao crédito, a fim de que possa ser destinado a um número cada vez maior de brasileiros.

O crédito e sua oferta à população é combustível indispensável para se atingir níveis desejáveis de crescimento. Segundo afirma Saddi (2007, p.282), “não há qualquer possibilidade de desenvolvimento sem crédito e não há qualquer chance de um sistema democrático de crédito sem direito”. Resta claro, portanto, que o País, para ter um crescimento almejado, necessita desenvolver um mercado de crédito, buscando o equilíbrio entre os ofertantes e os tomadores de recursos, a fim de manter estável o mercado financeiro.

O crédito, basicamente, possibilita o investimento que catalisa o desenvolvimento econômico, permitindo que indivíduos saiam da linha da miséria e garantindo melhor e maior bem-estar social numa economia de mercado. (SADDI, 2007, p. 23). Para Rizzardo (2003, p.18):

O crédito é definido como toda a operação monetária pela qual se realiza uma prestação presente contra a promessa de uma prestação futura. Marca o crédito, por conseguinte, a existência de um intervalo de tempo entre uma prestação e uma contraprestação correspondente. É indispensável a confiança de parte do que fornece o crédito na solvência do devedor.

A instituição financeira¹ é a grande responsável pela oferta de crédito no mercado, exercendo o papel de intermediadora de recursos financeiros entre os agentes econômicos, utilizando de capital próprio ou dos denominados poupadores para repassar aos tomadores. Assim, “no tocante à atividade creditícia, age com recursos próprios e de terceiros, corporificados os últimos através de depósitos e conseguidos em função da confiança do público”. (RIZZARDO, 2003, p.16). Dentre as diversas funções desempenhadas pelo banco, encontra-se a função precípua de intermediação de recursos, ligada diretamente à idéia de risco, uma vez que cabe a instituição financeira avaliar se concede ou não crédito ao tomador.

Segundo Caminha (2007, p.10), “a atividade bancária em essência consiste em captar recursos pagando uma determinada remuneração e repassar esses recursos a terceiros cobrando uma taxa mais alta que aquela da captação”. Os juros são espécies de remuneração do crédito no tempo, ao passo que para estimular o crescimento do mercado o sistema financeiro deve repassar aos poupadores uma parcela dos juros cobrados, ficando com o restante do lucro como forma de pagamento à atividade desempenhada, que inclui o risco assumido.

A instituição financeira, quando da oferta de crédito, deve sempre fazer uma análise do risco da operação, a fim de que se possa averiguar, no caso concreto, a possibilidade de conceder crédito ao agente tomador. Dentre as hipóteses de não concessão do crédito é possível destacar a falta de garantias, o não preenchimento do perfil mínimo exigido para a linha de crédito, a ausência de incentivos institucionais e a escassez dos recursos em tempo de crise.

A assimetria das informações também está presente nas atividades bancária de oferta de crédito, assim como, a idéia de risco e incerteza, gerando sempre uma desconfiança nas relações formadas. Por esta razão, o direito deve atuar como um mecanismo indutor da confiança, reduzindo os efeitos oriundos da assimetria de informações entre os contratantes e desempenhando uma política de estabilidade, equidade e eficiência.

Para a liberação do crédito, as instituições bancárias utilizam do contrato bancário para a formalização do “negócio jurídico bilateral, ou plurilateral, que sujeita as partes à observância de conduta idônea à satisfação dos interesses que regularam”. (GOMES, 2008, p.11). Vale destacar,

1 “Art. 17 da Lei nº 4.595/64 dispõe: consideram-se instituições financeiras, para os efeitos da legislação em vigor, 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”.

“Parágrafo único: Para os efeitos desta Lei e da legislação em vigor, equiparam-se às instituições financeiras as pessoas físicas que exerçam qualquer das atividades referidas neste artigo, de forma permanente ou habitual”.

neste ponto, que nem todos os contratos bancários envolvem operações relacionadas com crédito. No dizer de Orlando Gomes (2008, p.397):

Distingue-se as operações bancárias em principais e acessórias. Melhor, porém qualificar as primeiras como operações típicas, para evitar-se ambigüidade. As operações acessórias não dependem das outras, existem sobre si mesmas, assim se denominando, não obstante, porque não constituem a principal atividade dos bancos sob o ponto de vista da função econômica que exercem. São operações típicas as que se realizam para o cumprimento da função creditícia dos bancos. Dividem-se em operações passivas e ativas. Nas primeiras, o banco assume a posição de devedor; nas segundas, de credor. Se recolhe capital, tornando-se devedor dos clientes, realiza operação passiva; se aplica suas disponibilidades, concedendo crédito, pratica operação ativa.

Os contratos funcionam, portanto, como mecanismos de distribuição de riscos, tendo como um dos principais objetivos, a eficiência. Com base no princípio da eficiência contratual, cada parte contratante deve buscar firmar um acordo que gere melhorias, reciprocamente, em suas situações individuais. Para Pinheiro (2005, p.125) “o contrato pode ajudar os agentes econômicos a reduzir o ônus imposto pelo risco à atividade econômica, e, dessa forma, contribuir para que se chegue a uma situação mais eficiente”.

O risco faz parte de qualquer mercado e a celebração do contrato é o meio que as partes contratantes têm para mitigá-lo, estipulando condições que impulsionem o cumprimento do acordo. Logo, “o contrato desempenha, assim, uma função econômica: reduzir e principalmente, alocar e distribuir riscos entre as partes”. (PINHEIRO, 2005, p.125).

A eficiência contratual é, portanto, aquela que possibilita a cobrança e o cumprimento da promessa, devendo a lei garantir a execução dos contratos sob pena de desestimular a concessão do crédito e, conseqüentemente, paralisar ou retroceder o crescimento econômico da sociedade.

2 O papel do judiciário na alocação de incentivos no mercado

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 192, dispõe que o Sistema Financeiro Nacional deve ser estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade. O legislador constituinte fixou, ainda, a proteção do consumidor, tendo, inclusive, o Supremo Tribunal Federal reconhecido a aplicação do Código de Defesa do Consumidor nas relações bancárias com o propósito de coibir a propagação de cláusulas contratuais abusivas.

O quadro jurídico instalado após a promulgação da Carta Política de 1988 propulsiona mudanças diretas no Sistema Financeiro Nacional. No tocante à atividade bancária de oferta de crédito, tem-se como resultado um número elevado de processos a serem examinados e julgados pelo judiciário, no claro intuito de se ver aplicada a melhor “medida”, quando da análise das cláusulas contratuais pactuadas, dos princípios da igualdade e da defesa do consumidor, bem como, da livre iniciativa e da liberdade de contratar.

Do estudo das manifestações dos magistrados, nos processos de ações revisionais de contrato bancário, é possível verificar os impactos que as decisões proferidas vêm gerando no comportamento dos agentes econômicos, demonstrando cada vez mais ser imprescindível realizar uma análise jurídica conjunta com uma análise econômica.

Em uma análise da ordem jurídica e econômica, Ronald Coase apresentou um estudo pautado na existência ou não do custo de transação nas relações econômicas, uma vez que “a inserção dos custos de transação na Economia e na Teoria das Organizações implica a importância do Direito na determinação de resultados econômicos”. (SZTAJN, 2005, p.1).

Na definição de custo de transação, cinco atividades são observadas, a obtenção de informação, o ato de negociar, a concretização e formalização dos contratos, o acompanhamento do cumprimento contratual pelas partes e a aplicação do contrato. A realização de acordos entre agentes econômicos dentro do mercado imputa na observância dos custos que a atividade demande.

No Teorema desenvolvido por Coase, apenas em um mundo hipotético poderia se cogitar na

inexistência de custos de transação, situação em que as instituições legais não influenciariam no desempenho do sistema econômico. Como Coase (1990, p.14) demonstrou em seu ensaio, “*The problem of social cost*”, na ausência de custos de transação, não importa a previsão legal, uma vez que as pessoas sempre podem negociar sem custo para adquirir, dividir e combinar direitos.

Em contrapartida, em uma análise do mundo real, Coase concluiu serem positivos os custos de transação e, portanto, por existirem, sofrerão impactos advindos da aplicação de comandos legais, atuando diretamente sobre o comportamento dos agentes econômicos. Para Sztajn e Zylbersztajn (2005, p.3):

A análise econômica deve, então, considerar o ambiente normativo no qual os agentes atuam, para não correr o risco de chegar a conclusões equivocadas ou imprecisas, por desconsiderar os constrangimentos impostos pelo Direito ao comportamento dos agentes econômicos.

Não restam dúvidas, portanto, que o judiciário atua como instrumento de alocação de incentivos na economia, mormente quando segundo a Teoria das Organizações:

Se a ‘firma’ pode ser entendida como um nexo de contratos, então problemas de quebras contratuais, de salvaguardas, de mecanismos criados para manter os contratos e, especialmente, mecanismo que permitam resolver problemas de inadimplemento, total ou parcial, dos contratos, sejam tribunais ou mecanismos privados, passam a ter lugar de destaque na Economia (SZTAJN; ZYLBERSZTAJN, 2005, p.7).

Como se vê, o judiciário deve ser o meio utilizado para que as relações desenvolvidas dentro do sistema econômico sejam cumpridas, tal como a concessão de crédito bancário mediante cobrança de juros. Todavia, o que se constata do exame dos julgamentos das ações revisionais é que, em sede de instância singular e tribunais “*ad quem*”, a grande maioria dos magistrados são favoráveis à redução das taxas de juros pactuadas nos contratos creditícios, sob o entendimento generalizado de tratar-se excessiva e onerosa, sem, contudo, apreciar os demais aspectos do contrato, bem como suas especificidades.

Diante desse quadro, os agentes econômicos tomadores de recursos são estimulados a descumprir acordos, muitas vezes motivados pelo oportunismo negocial. A possibilidade de reforma do contrato, com o conseqüente arbitramento da taxa de juros pelo judiciário, faz com que sejam firmados contratos de crédito bancário sem que se atente para as peculiaridades de cada linha de crédito. Os juros são menores ou maiores dependendo do tipo de crédito ofertado e das características informadas por cada contratante.

Ao judiciário compete ter uma visão global de todo o quadro apresentado, pois são diversos os interesses a serem apreciados. Em uma triangulação, apresentam-se, primeiro, em uma ponta, as instituições financeiras, tidas como entidades capitalistas fortes e ricas, de outro lado, o consumidor tomador de recurso, tido como parte fraca, que necessita do crédito para melhorar sua situação econômica e, por fim, o consumidor poupador de recurso, muitas vezes esquecido, porém, de grande importância para a continuidade do mercado financeiro e de crédito. Ter uma visão restrita, resultante de um posicionamento pessoal dos próprios magistrados dá margem ao fenômeno da “politização”, que de acordo com Pinheiro (2005, p.264-265):

Esse posicionamento pode traduzir uma tentativa de favorecer grupos sociais mais fracos, como trabalhadores e pequenos devedores, ou simplesmente a visão política do juiz sobre a questão em disputa. [...] A ‘politização’ é bem mais freqüente em casos envolvendo operações de crédito do que em outras transações comerciais, o que ratifica a visão de que o mercado de crédito é particularmente afetado por esse posicionamento dos juizes. A ‘politização’ também resulta, como observado anteriormente, da tentativa de alguns magistrados de favorecer certos grupos sociais vistos como a parte mais fraca nas disputas levadas aos tribunais.

Ao contrário do que se pode imaginar, nas ações revisionais de contratos bancários que envolvam a oferta de recursos, a morosidade da justiça não é o principal fator de descrédito do

judiciário, mas sim a falta de previsibilidade das decisões judiciais. A excessiva “politização”, dos juízes, que se tornam parciais, gera incerteza e insegurança jurídicas.

Os contratos bancários, que teriam o condão de diminuir o risco da operação de crédito, vêm sendo desconsiderados e alterados pelo judiciário, que ao invés de alocar incentivos para o seu cumprimento, vem impulsionando o seu descumprimento. Tornam-se incertos os contratos e, conseqüentemente, elevam-se os riscos das transações econômicas.

Com o aumento da inadimplência contratual, a tendência é que as taxas de juros aumentem, as ofertas de crédito sofram diminuições e maiores restrições, interferindo diretamente no desenvolvimento do país, e que os repasses pelas instituições bancárias aos agentes poupadores de recursos também diminuam. O que, inicialmente, poderia parecer uma proteção ao consumidor pode trazer inúmeros problemas para esta classe, que se encontrará diante de um mercado de crédito temeroso, instável e escasso.

Diante das decisões prolatadas pelo poder judiciário nos processos de revisionais de contratos bancários é possível fazer uma aplicação da Teoria dos Jogos, demonstrando como a atuação jurisdicional está agindo sobre o comportamento dos contratantes e como a economia está suportando a interferência do direito no mercado.

3 Aplicação da teoria dos jogos nas ações revisionais de contratos creditícios

A teoria dos jogos é muito utilizada nos ramos da matemática e economia, porém, demais áreas como computação, sociologia, biologia, ciências políticas, direito, já estudam a sua aplicabilidade dentro do seu campo de atuação. Pela definição de Carvalho (2007, p.215):

A teoria dos jogos é um método utilizado para representar e compreender as decisões tomadas por agentes que interagem entre si. Também é correto afirmar que, a partir dessa compreensão, constitui um meio para a adoção da melhor escolha nos casos de interação estratégica.

Dentre os seus principais precursores encontram-se o francês Emile Borel, que em 1921 já havia publicado “*la théorie du jeu*”, Von Neumann e Oskar Morgenstern, que em 1944 publicaram o livro “*The Theory of Games and Economic Behavior*” e John Nash, 1951, com os artigos “*Non-cooperative games*”, “*The bargaining problem e two-person cooperative games*”. Sobre o panorama histórico da teoria dos jogos, Russel (2004, p.623) escreve:

As raízes mais antigas da teoria dos jogos podem ser localizadas em propostas feitas no século XVII por Christiaan Huygens e Gottfried Leibniz para estudar interações humanas competitivas e cooperativas de forma científica e matemática. Ao longo do século XIX, vários economistas importantes criaram exemplos matemáticos simples para analisar casos específicos de situações competitivas. Os primeiros resultados formais em teoria dos jogos se devem a Zermelo (1913) (que, no ano anterior, sugeriu uma forma de busca de minimax para jogos, embora ela estivesse incorreta). Emile Borel (1921) introduziu a noção de uma estratégia mista. A colaboração de Von Neumann com o economista Oskar Morgenstern levou à publicação em 1944 do volume *Theory of Games and Economic Behavior*, o livro definitivo sobre teoria dos jogos [...]. Em 1950, com 21 anos de idade, John Nash publicou suas idéias relativas a equilíbrios em jogos gerais. Sua definição de uma solução de equilíbrio, embora se originasse do trabalho de Cournot (1838), ficou conhecida como equilíbrio de Nash.

Através do estudo da teoria dos jogos é possível detectar qual é a melhor opção a ser tomada por um jogador quando diante de uma dada situação, devendo os agentes econômicos seguir determinada estratégia tendo sempre como base a estratégia do outro. Segundo Pinheiro (2005, p.165), estratégias “são decisões ou comandos que indicam as linhas de ação que um jogador pode adotar durante o jogo, parte dele ou mesmo antes de ele começar”. Russel (2004, p.610) afirma que:

A teoria dos jogos é usada em muitas situações sérias de tomadas de decisões, inclusive relatórios de falência, leilão de espectros de frequência sem fios, decisões sobre desenvolvimento e cotação de produtos e defesa nacional, situações que envolvam bilhões

de dólares e centenas de milhares de vidas.

A escola de direito e economia utiliza a teoria dos jogos para analisar como as “empresas interagem, dadas as normas legais, e para entender como elas influenciam seu comportamento estratégico como agentes econômicos ou como partes em litígios de diversos tipos”. (PINHEIRO, 2005, p.157). A teoria dos jogos possui como elementos constitutivos os jogadores ou agentes econômicos, as ações ou estratégias e os resultados.

Nos contratos de crédito bancário, aparecem como jogadores, de um lado a instituição financeira e do outro os consumidores, poupadores e tomadores de recursos. As estratégias dos agentes econômicos são influenciadas pela aplicação da norma legal, que interferirá no resultado. Assim, para a Teoria dos Jogos, “os comportamentos não são ditados, mas sim influenciados pela norma legal, visto que, em certas circunstâncias, pode ser racional ir contra ela”. (PINHEIRO, 2005, p. 157).

No sistema financeiro a instituição bancária aparece como jogador 1 e o tomador de recurso como jogador 2. Nas ações revisionais manejadas perante o judiciário, diversos são os comportamentos que poderão surgir. Por conta disso, “instala-se um conflito de interesses, o que obriga a que cada participante do jogo escolha a melhor estratégia para si, mas considerando, também, a melhor estratégia para cada um dos demais jogadores”. (CARVALHO, 2007, p. 215). Nesse quadro, é possível afirmar que o objetivo de cada jogador é o de maximizar o resultado, que deve se apresentar da melhor forma, levando em consideração conceitos que versam sobre racionalidade, cooperação, informação perfeita e informação imperfeita, a fim de que o jogador se posicione tendo em vista a decisão tomada pelo outro jogador. O resultado almejado está ligado à estratégia adotada por um jogador que se baseia no movimento realizado pelos outros jogadores.

Ocorre que, de acordo com a teoria dos jogos, nem toda estratégia tida como racional trará resultados positivos, pois, em alguns casos, necessitará de que as instituições legais criem incentivos para o seu cumprimento. Muitas vezes, indivíduos racionais, baseando-se em comandos normativos, são conduzidos a um comportamento irracional. Para Fiani (2006, p.11):

O problema, então, muitas vezes não é um comportamento irracional dos jogadores, mas as instituições que regulam suas decisões, as quais podem ser reformadas. A teoria dos jogos pode, dessa forma, ser um importante instrumento de análise e reforma institucional.

Como exemplo, dentro do sistema financeiro, tem-se os contratos de créditos em que se discute em juízo os juros remuneratórios pactuados no momento da contratação. Uma primeira hipótese se dá quando o judiciário se posiciona favorável a manutenção da taxa de juros pactuada no contrato. Nessa situação, o jogador 1 é estimulado a aumentar a oferta de crédito junto ao mercado e melhorar as vantagens concedidas aos investidores, e o jogador 2 é estimulado a pagar em dia o financiamento, evitando qualquer restrição ao crédito, tornando-se, inclusive, mais criterioso quanto à aquisição do financiamento, pois buscará no mercado uma instituição financeira que lhe ofereça crédito com menor custo e melhor condição.

E uma segunda hipótese se dá quando o judiciário se posiciona, genericamente, favorável à abusividade e onerosidade das taxas de juros pactuadas no contrato, sem levar em consideração o tipo de linha de crédito que foi contratado, as características do tomador de recurso, as informações concedidas, o tempo, dentre outros fatores. Nessa situação, o jogador 1, ora temeroso, diminui a oferta de crédito, eleva a taxa de mercado e restringe o acesso àqueles tomadores que possuam maiores garantias e, quanto ao jogador 2, acaba por estimular o inadimplemento do contrato e a propositura de novas ações revisionais.

Em uma terceira situação, se dá quando o judiciário se posiciona, de forma específica, favorável à abusividade e onerosidade das taxas de juros pactuadas no contrato, por restar inconteste que houve cobrança indevida da taxa de juros pactuada, vício de informação ou má-fé. Nessa situação, o jogador 1 é estimulado a melhorar internamente o seu sistema, evitando a ocorrência de uma das hipóteses descritas, sem que, contudo, seja necessário diminuir a oferta de crédito ou restringir o acesso ao crédito a um grupo restrito. Quanto ao jogador 2, somente os que

estiverem enquadrados nas hipóteses apresentadas é que ingressarão com uma ação revisional de contrato com o intuito de ver corrigida a taxa de juros remuneratório cobrada, evitando a atuação de tomadores de recursos oportunistas, que possuem o único desejo de não pagar o financiamento anuído.

Como se vê, o poder judiciário é o responsável direto por alocar incentivos no mercado, fazendo com que as estratégias dos agentes econômicos sofram variações de acordo com o posicionamento apresentado nas decisões judiciais. A forma de julgamento das ações revisionais de contratos, certamente, influenciará no comportamento dos jogadores.

3.1 Análise de julgamentos do superior tribunal de justiça nas ações revisionais de contratos creditícios

Atualmente, o Superior Tribunal de Justiça é a Corte que direciona o posicionamento dos magistrados de 1ª e 2ª instâncias em processos que discutem as cláusulas de contratos creditícios. Em recente análise da Ministra Nancy Andrighi no julgamento do Recurso Especial 1.061.530-RS, após instauração de incidente de processo repetitivo em ações que versam sobre contratos de mútuo bancário, buscou-se uniformizar alguns pontos frequentemente apreciados nos recursos interpostos, tais como capitalização de juros, mora, comissão de permanência, inscrição do nome do devedor em cadastros de proteção ao crédito e, em destaque, os juros remuneratórios.

Quanto aos juros remuneratórios, definiu-se, como regra, a possibilidade de livre pactuação, que acabou acarretando na inaplicabilidade às instituições financeiras da limitação dos juros remuneratórios previstos na Lei de Usura², decreto nº 22.626/33, bem como a possibilidade de estipulação de juros remuneratórios superiores a 12% (doze por cento) ao ano³. Além disso, foi vedada a utilização da taxa Selic (Sistema Especial de Liquidação e Custódia) como parâmetro de limitação de juros remuneratórios.

Ultrapassadas essas questões iniciais, há muito se vem discutindo sobre a possibilidade do judiciário exercer um controle sobre as taxas de juros remuneratórios pactuadas nos contratos que envolvam a oferta de crédito. Firmou-se o entendimento de que em situações que são evidentes à abusividade dos juros deve-se aplicar o Código de Defesa do Consumidor, art.39, inciso V, e art.51, inciso IV.

Segundo a posição adotada, para a caracterização da abusividade é necessário comprovar que a taxa anuída discrepa, substancialmente, da taxa média do mercado na praça do empréstimo, levando em conta, inclusive, a época da assinatura do contrato⁴. Ocorre que os magistrados para constatar a existência ou não de abusividade não podem se olvidar de apreciar que cada caso concreto envolve um tipo de encargo, ou seja, prefixado, pós-fixado, taxas flutuantes e índices de preços, bem como categorias distintas de tomadores de recursos, pessoa física ou jurídica, e, por fim, modalidades distintas de oferta de empréstimos, tais como capital de giro, crédito pessoal, cheque especial, aquisição de bens etc.

O certo é que, a aplicação da teoria dos jogos nas ações revisionais de contratos creditícios, demonstra que a interferência do judiciário na liberdade de contratar, fazendo com que haja redução da taxa de juros remuneratórios pactuados, gerará um aumento das taxas praticadas no mercado, que necessitará repassar esse custo para as operações seguintes.

Vê-se, ainda, que o próprio conceito de taxa média é flutuante e mutável. Demonstra-se, portanto, a grande dificuldade de se demonstrar a abusividade da taxa, uma vez que, por se basear

2 Súmula 596 STF: “as disposições do Decreto nº 22.626/33 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”.
Precedentes: REsp 680.237/RS, REsp 1.036.474/RS, AgRg no Ag 921.983/RJ, AgRg no Ag 888.492/SP.

3 Precedentes: AgRg no REsp 913.609/RS, REsp 715.894/PR, REsp 1.042.903/RS.

4 Precedentes: REsp 407.097/RS, REsp 420.111/RS, REsp 915.572/RS, AgRg no REsp 935.231/RJ, AgRg no REsp 939.242/RS, REsp 327.727/SP.

na taxa média de mercado, sofrerá mudanças verificáveis mensalmente, fazendo com que uma taxa declarada abusiva pelo judiciário hoje, não o seja nas relações futuras.

O ideal, segundo a teoria dos jogos, é que o poder judiciário aloque incentivos no sentido de que o contrato de crédito seja cumprido, fazendo com que o mercado se mantenha estável, evitando que se restrinja o crédito e que se eleve a taxa média de juros praticada no mercado, o que prejudicaria uma parcela maior de consumidores tomadores de recursos.

Conclusão

É indiscutível a importância que o crédito tem na sociedade moderna. Inúmeras são as pessoas, físicas ou jurídicas, que dependem do acesso ao crédito para impulsionar suas atividades econômicas. Sendo, portanto, indissociável de um Estado capitalista à oferta de recursos financeiros.

Ocorre que a intermediação de recursos realizada principalmente pelas instituições bancárias, possui como exteriorização formal do negócio jurídico pactuado, os contratos bancários, que têm o condão de diminuir o risco da operação de crédito.

Diante da proteção estendida pela Constituição Federal de 1988 aos consumidores, inclusive no que tange à matéria envolvendo as instituições bancárias, o Poder Judiciário passou a se deparar com a interposição de inúmeras ações revisionais de cláusulas contratuais bancárias, a fim de submeterem a julgamento questões como a abusividade dos juros pactuados pelas partes.

A alegação de onerosidade e excessividade das taxas de juros remuneratórios entram em pauta de discussão. O Superior Tribunal de Justiça firma o entendimento que a abusividade, para restar cabalmente caracterizada, deve ter como parâmetro a taxa média praticada no mercado, divulgada pelo Banco Central.

Ocorre que, a mutabilidade e variação são características inerentes ao conceito de “média”, pois se leva em consideração a situação presente da economia. Pela teoria dos jogos o Estado, através das instituições legais, deve atuar no intuito de incentivar o cumprimento do contrato, ressalvados, apenas, os casos em que fique comprovado o erro de cobrança, o vício de informação e a má-fé. Fora dessas hipóteses, os juros remuneratórios deveriam permanecer tais como pactuado, por representarem a livre contratação.

Conclui-se, ao final de todo o exposto, pela importância que as instituições legais têm na alocação de incentivos no mercado e que a interferência do Poder Judiciário nas ações revisionais de contratos creditícios, no que tange aos juros remuneratórios pactuados, de forma irrestrita, gera insegurança e instabilidade à economia.

Referências

ABRÃO, Nelson. **Direito bancário**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

ARAÚJO, Luis Nelson. **O risco na atividade bancária**. São Paulo: Revista Trevisan, 2000.

CAMINHA, Uinie. **Securitização**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CARVALHO, José Augusto Moreira de. Introdução à teoria dos jogos no Direito. **Revista de direito constitucional e internacional**, São Paulo, v. 15, n. 132, p. 213-234, abr./jun. 2007.

COASE, Ronald Harry. **The firm, the market, and the law**. Chicago: University of Chicago Press, 1990.

COVELLO, Sérgio Carlos. **Contratos bancários**. 3. ed. São Paulo: Leud, 1999.

DAVIS, Morton David. **Teoria dos jogos: uma introdução não técnica**. São Paulo: Cultrix, 1970.

FIANI, Ronaldo. **Teoria dos jogos**: para cursos de administração e economia. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MOLLE, Giacomo. **I contratti bancari**. Milão: [s.n.], 1973.

PAIVA, Arthur Farache; CAMINHA, Unie. Bancarização por meio de correspondentes bancários. **Revista de Direito Mercantil**: industrial, econômico e financeiro, São Paulo, v.45, n. 143, p. 179-187, jul./set. 2006.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

PINHEIRO, Armando Castelar. Magistrados, Judiciário e Economia no Brasil. In: SZTAJN, Rachel; ZYLBERSZTAJN, Decio. **Direito e economia**: análise econômica do direito e das organizações. Rio de Janeiro: Campus, 2005. p.244-282.

RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos de crédito bancário**. 4. ed. São Paulo: RT, 2003.

RUSSELL, Stuart J.; RUSSEL, Peter Norving. **Inteligência artificial**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

SADDI, Jairo. **Crédito e judiciário no Brasil**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

SZTAJN, Rachel; ZYLBERSZTAJN, Decio. **Direito e economia**: análise econômica do direito e das organizações. Rio de Janeiro: Campus, 2005.