

VETORES DA JURISPRUDÊNCIA NA INTERPRETAÇÃO DOS CONTRATOS BANCÁRIOS NO BRASIL

1

BRUNO MEYERHOF SALAMA

Doutor em Direito (JSD) pela Universidade da Califórnia em Berkeley (2007). Mestre em direito (LLM) pela Universidade da Califórnia em Berkeley (2004). Admitido a praticar Direito pela OAB-SP e o New York State Bar. Professor da Direito GV em São Paulo.

ÁREA DO DIREITO: Bancário

RESUMO: Desde 1988 três vetores tiveram um impacto decisivo na evolução da jurisprudência dos contratos bancários no Brasil: (1) a organização política trazida pelo Estado Democrático, (2) a evolução dos fatos econômicos do mercado de crédito bancário, e (3) a renovação da cultura jurídica no Brasil. Organizo minha fala a partir de uma análise que mostra como cada um desses vetores – um político, o outro econômico e o último estritamente jurídico – impactaram a grande força resultante que toma corpo nas decisões dos nossos tribunais em matéria de contratos bancários.

PALAVRAS-CHAVE: Jurisprudência – Contratos bancários – Política – Economia – Teoria jurídica.

ABSTRACT: Since 1988, three vectors have had a decisive impact on Brazilian case law on bank contracts: (1) the political organization brought about by the Democratic State, (2) the economic evolution of the credit market, and (3) the renovation of Brazilian legal culture. My speech is based on an articulation of how each such vectors – one political, the other economic and the last one strictly legal – have impacted the net force that is incarnated in the decisions of our courts on subjects relating to bank contracts.

KEYWORDS: Case law – Bank contracts – Politics – Economics – Legal theory.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. O arranjo político pós-1988 – 3. Os fatos econômicos: 3.1 Mudança macroeconômica e evolução do perfil do litígio bancário; 3.2 O alto custo do dinheiro no Brasil – 4. A renovação da cultura jurídica no Brasil; 4.1 Relativização de formas jurídicas; 4.2 Neoconstitucionalismo; 4.3 Renovação do direito civil; 4.4 Funcionalização – 5. Conclusão.

Na física, aprendemos que a força resultante é sempre obtida a partir da soma vetorial das outras forças que integram o sistema. Por exemplo, se diversos carros colidirem em um cruzamento da cidade, os carros então se arrastarão pelo pavimento em uma nova direção que resultará das forças originais de cada carro, sujeitos, ainda, às forças de gravidade e atrito. Essas ideias nos oferecem uma boa metáfora para pensarmos sobre a evolução da jurisprudência dos contratos bancários, e nos contratos de crédito em particular.

1. INTRODUÇÃO

Creio que desde 1988 três vetores tiveram um impacto decisivo na evolução dessa jurisprudência: (1) a organização política trazida pelo Estado Democrático, (2) a evolução dos fatos econômicos do mercado de crédito bancário, e (3) a renovação da cultura jurídica no Brasil. Organizo, então, minha fala a partir de uma análise que mostra como cada um desses vetores – um político, o outro econômico e o último estritamente jurídico – impactaram a grande força resultante que toma corpo nas decisões dos nossos tribunais em matéria de contratos bancários.

2. O ARRANJO POLÍTICO PÓS-1988

O fim do período militar na década de 80 marcou uma aposta no direito e nas profissões jurídicas como um mecanismo decisivo para uma transformação social pela via evolutiva, em vez da via revolucionária. Os Tribunais superiores (o STF principalmente, e o STJ em menor grau) adquiriram uma relevância política ímpar na nossa história.

Um dos desdobramentos desse quadro foi o de que o papel de árbitro dos grandes conflitos institucionais e políticos que historicamente coubera ao exército, passou a ser ocupado pelo Poder Judiciário. Ao mesmo tempo, o Poder Judiciário acabou cada vez mais desempenhando um papel relevante no delineamento das políticas públicas no Brasil – ora negativamente contrabalançando o excesso dos outros Poderes e ora positivamente contrabalançando sua inação; e nos dois casos, contribuindo decisivamente para a criação de incentivos para a atividade econômica, alguns positivos e outros nem tanto. É como se o Judiciário tivesse sido *empurrado* – muitas vezes a contragosto, mas, ocasionalmente, com certo júbilo – para a posição de ator relevante, e diversas vezes decisivo, no grande quadro institucional de formulação da política pública.

Este quadro é particularmente claro no tocante à atuação do STF. Já não há mais, no Brasil, praticamente nenhum grande tema político que não deságue,

cedo ou tarde, em uma ação perante nossa Corte Suprema. Mas há também temas relativamente prosaicos em que a jurisprudência se viu diante de disputas sobre a política pública. Este é, em boa medida, o caso da disciplina do crédito bancário, que é o nosso tema esta manhã.

No plano da interpretação constitucional, parece-me que o exemplo mais evidente – e também, o mais absurdo, porque evidenciava o que havia de grotesco e de populista na nossa Constituição – tenha sido a discussão sobre a limitação de 12% ao ano da taxa de juros reais, conforme previsto na redação original e hoje revogada do art. 192 da CF. Um outro exemplo interessante, e marcante, pode ser encontrado na definição do arcabouço regulatório básico da atividade bancária. Em particular, parece-me que este papel político destacado do Poder Judiciário esteja bem expresso na controvérsia que vivenciamos sobre a aplicabilidade, ou não, do Código de Defesa do Consumidor à atividade bancária.

Evidentemente, aqui não estou sugerindo que o Poder Judiciário não tenha tido, antes de 1988, um papel importante na definição do regime jurídico do contrato bancário. Por exemplo, foi o Poder Judiciário que já nas décadas de 60 e 70 havia tido a prudência de entender que o limite da taxa de juros previsto no Dec.-lei 22.626/1933, popularmente conhecido como Lei da Usura, não se aplicaria aos contratos bancários (a matéria foi inclusive sumulada pelo STF em 1976). Ainda assim, parece-me indiscutível a observação de que o Poder Judiciário se tenha tornado em tempos recentes – digamo-lo de forma clara – mais poderoso, e logo mais importante.

Acredito que o Poder Judiciário, especialmente as Cortes superiores, estejam hoje mais conscientes da relevância prática das suas decisões para toda a sociedade, inclusive para o mercado de crédito. É possível, como todos sabemos, ignorar a realidade; mas não é possível ignorar as consequências de permanecer-se ignorante da realidade. Acho que, também por conta disso, os cálculos de prudência e consequência tiveram que ser cada vez mais refletidos nas decisões judiciais, inclusive em matéria de contratos bancários. É também neste sentido que me refiro ao arranjo político pós-1988 como um vetor da jurisprudência em contratos bancários no Brasil.

3. OS FATOS ECONÔMICOS

O segundo vetor a se destacar é a dinâmica macroeconômica do crédito bancário no Brasil. É comum pensar-se sobre as decisões judiciais em matéria de contratos bancários como espelhando não mais do que teorias jurídicas e doutrinas sobre conceitos como natureza dos juros, equilíbrio financeiro, e

assim por diante. Este exercício é útil, porém incompleto. Não há como compreender a evolução da jurisprudência se nos esquecermos do contexto macroeconômico em que esta jurisprudência operou.

Para introduzir esta discussão da relação entre jurisprudência dos contratos bancários e fatos macroeconômicos, faço uma observação geral que articula meu estudo e docência sobre o tema. Criei no Brasil o primeiro curso de análise econômica do direito – a popular *Law & Economics* – como matéria obrigatória no 2.º ano de um curso de graduação em direito (não foi o primeiro curso no Brasil; foi o primeiro curso como matéria obrigatória em graduação, frise-se). Isto faz cinco anos. O estudioso da *Law & Economics* olha para o direito e se pergunta: como o direito influencia a economia? É tema sobre o qual tenho pensado e escrito há alguns anos. Mas aqui desejo completar este exercício com outra perspectiva em que tenho trabalhado recentemente. Em um estudo inédito que será publicado nos Estados Unidos em novembro, intitulado *The art of law & macroeconomics (A arte do direito e macroeconomia)*, estou esboçando fundações teóricas para o percurso complementar ao da análise econômica do direito, e particularmente pertinente ao tema desta fala na manhã de hoje.

Este trabalho sobre a relação entre direito e macroeconomia surgiu menos da minha docência da análise econômica do direito, e mais da minha docência em um curso de regulação bancária, que também venho fazendo há vários anos na FGV. Sobre tal estudo, e sobre o restante da apresentação de hoje, anote-se o seguinte: não basta perguntar como o direito influencia a economia, como tem sido comum. É preciso perguntar, também, como a macroeconomia influencia o direito. A discussão que segue sobre o que estou chamando de vetor econômico da jurisprudência bancária no Brasil está intimamente ligada a esta problemática da influência do ambiente macroeconômico sobre a prática do direito.

Em particular, adiante destacarei dois aspectos. Primeiro, o de que as variações e solavancos do nosso contexto macroeconômico afetaram o perfil do litígio sobre o contrato bancário no Brasil. Segundo, o de que apesar das variações macroeconômicas, um tema relevante se manteve sempre presente durante nosso interstício democrático de (até aqui) 24 anos, a saber: convivemos durante todo este período com taxas de juros muito altas. A jurisprudência do contrato de crédito bancário, então, é uma jurisprudência no contexto do variável ambiente macroeconômico e do invariável juro alto. Os dois aspectos são importantes. Vejamos, então, cada um deles separadamente.

3.1 Mudança macroeconômica e evolução do perfil do litígio bancário

A vida macroeconômica da nossa breve democracia foi bastante variada. Se não podemos identificar períodos históricos propriamente ditos – uma pe-

riodização baseada em apenas 24 anos seria temerária – podemos pelo menos identificar momentos diferentes no que toca ao contato entre o sistema jurídico atinente ao crédito bancário, e a ordem econômica em que se insere o mercado de crédito. São temas intrincados que mereceriam um tratamento detalhado que aqui não tenho como conduzir. Mas é possível delinear algumas ideias gerais.

O primeiro momento a ser destacado vai do período da transição militar dos anos 80 até 1994, ano da criação do Plano Real. O traço básico deste período é a desordem monetária, epitomizada pela altíssima e crônica inflação. Os números são assustadores, e mesmo reveladores da capacidade humana de adaptação à adversidade. Na década de 80, nossa média anual de inflação foi de 330%. E entre 1990 e 1994, o problema se acentuou ainda mais e a média de inflação anual foi nada menos do que 764% ao ano! Isso, claro, apesar de termos tido diversos congelamentos de preços, todos de triste memória e fracassado destino.

Um traço marcante deste período de altíssima inflação é a recorrência dos planos econômicos, e os impactos desses planos sobre a jurisprudência são importantes, tanto direta quanto indiretamente. Diretamente, porque os planos econômicos geravam avalanches de questionamentos judiciais. Temas frequentes se relacionavam à responsabilidade das instituições financeiras por perdas de clientes em infinitas tablitais, à possibilidade de cumulação de taxas de juros de diferentes naturezas por prejuízos causados a clientes por conta de temas como modificação de índices de rendimento de investimentos (inclusive da caderneta de poupança), criação de novas moedas, congelamento de preços e extinção da correção monetária. Indiretamente, este quadro confuso impactava a jurisprudência porque acentuava a percepção de desgoverno, instabilidade das regras do jogo, e quase mesmo de um jogo de gato e rato entre o Estado e os cidadãos – sendo os contratos bancários um local onde este choque ganhava contornos dramáticos, porque lá estava uma batalha distributiva sempre com cores muito vivas.

A edição do Plano Real em 1994 pode ser considerada um divisor de águas. Ela trouxe a estabilização monetária – isto é, o fim da hiperinflação. Nem por isso, ingressamos simplesmente na absoluta normalidade econômica. Muito ao contrário, continuamos a viver de solavancos. O mais notável de todos ocorreu em 1999 em meio a uma atrapalhada passagem de um regime de câmbio fixo para um regime de câmbio flutuante. À época, havia uma autorização legal para a cobrança da variação cambial fixada em dólar para os contratos de *leasing* utilizados nos financiamentos de veículos. A repentina desvalorização da moeda brasileira ante o dólar em mais de 50% logo tornou esses contratos,

na terminologia do Código do Consumidor, “excessivamente onerosos”. Logo surgiram ações judiciais de devedores pleiteando um reequilíbrio contratual. A jurisprudência dividiu-se em três correntes: os que entenderam terem os bancos “assumido o risco do negócio”, os que defenderam a preservação do pacto contratual, e uma terceira postulando a divisão “salomônica” de perdas entre consumidores e bancos.

Decisões deste tipo passaram a cristalizar uma cultura, ou pelo menos uma prática, de intervencionismo nos contratos. A expressão *pacta sunt servanda*, que uma vez na história longínqua fora vista como a própria libertação do homem ante o arbítrio do Estado, passou a designar uma posição de magistrados descritos maldosamente como “conservadores”. Se por um lado há aqui uma página do romance neoconstitucionalista e da retórica da proteção da dignidade humana, há também um bom ensejo para fazermos uma consideração, digamos assim, mais “realista”.

Os sistemas interpretativos rígidos são o deleite dos filósofos do direito, mas os juízes são criaturas práticas porque convivem no seu dia a dia com o fardo de terem que decidir (os filósofos podem se dar ao luxo de tratar a decisão como um mero detalhe dos seus sofisticados sistemas mentais). Em momentos de crise econômica, os juízes são, por causa disso, quase que inevitavelmente impelidos a buscarem soluções de compromisso baseadas naquela que talvez seja a mais velha das virtudes, a prudência. E por antiestéticas que sejam, as decisões “salomônicas” popularizadas nos casos de *leasing* de 1999 têm a grande virtude de serem prudentes.

Mas esta busca da solução judicial flexível e prudente tem uma outra face. Ela pode instigar um outro tipo de litígio que tem origem não em circunstâncias econômicas extraordinárias, mas na inclinação humana ao oportunismo. Tenho aqui um bom exemplo. Na safra 2003/2004, produtores de soja venderam seu produto antecipadamente em média a US\$10, mas no momento da entrega a cotação chegou a US\$17. Diante da possibilidade de lucrar mais, alguns produtores foram ao Judiciário pleitear a revisão contratual. Diante disso, inúmeras decisões judiciais concluíram que “a teoria contratual pauta-se não mais pela rigidez do princípio *pacta sunt servanda*, mas sim, pelos princípios da função social do contrato, da boa-fé e do equilíbrio econômico”.

É deste modo que, sob a capa das mais belas aspirações humanas, a retórica do desequilíbrio contratual – até mesmo nos contratos futuros – passou a dar guarida ao oportunismo contratual (é bem verdade que, até onde tenho conhecimento, o STJ não tem recentemente reconhecido a possibilidade de revisão dos contratos futuros de soja em razão da alteração do preço em desfavor do produtor, e nisso age muito bem). De qualquer forma, é fato que nesta última

década a negatória à cobrança de dívidas em financiamentos bancários com base em temas como a *dignidade da pessoa humana* não fez senão aprofundar o problema do uso da retórica dos direitos constitucionais favorecendo o oportunismo contratual.

3.2 O alto custo do dinheiro no Brasil

Como dissemos, a discussão da dinâmica macroeconômica do crédito no Brasil como um vetor da jurisprudência se complementa com um segundo tema, o da persistência do alto custo do dinheiro no Brasil. Um problema fundamental é o das altas taxas de juros básicos. O outro problema igualmente importante é o do alto *spread* bancário. Tomados em conjunto, esses problemas ilustram um ponto inequívoco: a estabilidade monetária (ou seja, o fim da hiperinflação) não bastou, no Brasil, para trazer a desejada normalização do mercado de crédito. Ou, em outras palavras, não há mercado de crédito normalizado em um país em que o dinheiro custa tão caro.

É difícil descrever exatamente como os juros altos impactam a jurisprudência, mas vou tentar adiantar três hipóteses – melhor talvez fosse dizer, três especulações. Embora elas não estejam ainda bem desenvolvidas, acredito que possam pelo menos ser instigantes.

Em primeiro lugar, acredito que deva ser bem diferente julgar um contrato de crédito bancário com juros de 12% ao ano *versus* um contrato de crédito com juros de 12% ao mês. Independentemente do que prescrever o texto de lei – e digamo-lo de modo claro, nossa legislação sobre o tema dos juros é confusa – há uma intuição humana mais favorável ao credor no primeiro do que no segundo caso. A interpretação jurídica é em parte técnica, mas em parte é desdobramento das convicções pessoais do intérprete. Se lembrarmos-nos que os discursos normativos da religião e da moral estão cheios de restrições à cobrança de juros, e que a noção de dívida precedeu historicamente a noção de crédito, então já teremos alguns elementos para especularmos sobre por que, à medida que os juros aumentam, o Judiciário tende a aceitar argumentos mais favoráveis aos devedores.

Não digo isso para defender o tabelamento de juros, para endossar a revisão judicial indiscriminada dos contratos de crédito com base em critérios de equidade, nem muito menos para dizer que nossos juízes estejam substituindo (ou devam substituir) intuições jurídicas por intuições idiossincráticas, religiosas ou morais. Quero apenas mostrar que o contexto de juros altos é vetor da jurisprudência, no sentido de que impacta as decisões concretas dos magistrados. Rudolf von Ihering, autor do clássico *A luta pelo direito*, declarou

no século 19 que: “o devedor, em minha consciência, encontra-se na mesma linha do ladrão, procura cientemente defraudar-me do que é meu; na sua pessoa existe a injustiça consciente que se dirige contra o meu direito”. Fico a me perguntar se sua conclusão teria sido a mesma se a Prússia convivesse à época com as taxas de juros bancários que vigoram no Brasil. Insisto no ponto. Há um estudo empírico muito conhecido, baseado em entrevistas, em que expressiva parcela dos juízes dizia-se disposta a substituir disposição contratual por suas intuições de Justiça. Fico a me perguntar se a resposta às entrevistas teria sido a mesma se vivêssemos em um contexto de juros bancários baixos. Eu acho que não seriam.

Um segundo ponto é o de que os altos juros bancários se relacionam com a jurisprudência em uma relação dinâmica. Explico: quanto mais incerteza houver a respeito da recuperação do crédito, tanto maior tendem a ser os juros bancários. Ou seja, não estamos aqui diante de um Poder Judiciário que simplesmente *reage* aos juros bancários. Estamos, sim, diante de um Poder Judiciário que também *afeta* os juros bancários. Ou, em outras palavras: os efeitos das decisões do Poder Judiciário não são apenas interpartes e retroativos. São também prospectivos, porque criam incentivos para toda a sociedade.

O problema é complicado, mas não precisa ser nem super, nem subdimensionado. Por um lado, é bem certo que o preço do dinheiro esteja correlacionado com a segurança e prestação com que se consegue executar as garantias bancárias. Isto já foi demonstrado pela comparação das taxas de juros cobradas em empréstimos com garantias mais seguras (por exemplo, o crédito consignado e a alienação fiduciária) e com menos seguras (a hipoteca, o penhor etc.). Ou seja, qualquer que seja a intuição de Justiça de um integrante do Poder Judiciário ante o fenômeno dos juros altos, é fato que dar cumprimento aos contratos permanece sendo uma boa razão de prudência, ao menos como regra geral.

Por outro lado, não está demonstrado que os juros altos sejam função principalmente de incerteza judicial no Brasil. Os economistas vêm se digladiando há bastante tempo sobre as causas das altas taxas de juros básicos no Brasil. Há na literatura macroeconômica nada menos do que cinco grandes teorias explicando os altos juros básicos no Brasil. Cito-as apenas, sem explicá-las, para não me alongar. Há a tese da fragilidade das contas públicas; a tese da reduzida eficácia da política monetária; a chamada hipótese Bresser-Nakano; a teoria do efeito-convenção; e, finalmente, a tese da incerteza jurisdicional.

Comento esta última teoria. A tese da incerteza jurisdicional postula que o mercado financeiro interno de longo prazo é pequeno porque as pessoas têm medo de investirem sua poupança em instrumentos financeiros de longo prazo sujeitos à jurisdição brasileira. Trocando em miúdos, o argumento é o de que

nossos problemas do mercado de crédito estejam relacionados intimamente ao receio de que os contratos não sejam respeitados – seja por conta de intervenção do governo, por causa de um alegado viés anticredor do Poder Judiciário ou simplesmente porque a demora do Poder Judiciário beneficia os devedores. Mas essa tese não está cabalmente demonstrada e, a bem da verdade, tem perdido prestígio nos últimos anos. Isso quer dizer que não há como tomar como verdade a tese de que o viés pró-devedor (se é que o viés pró-devedor realmente existe) seja causa dos altos juros básicos no Brasil. Mas tampouco quer dizer que a tese seja necessariamente falsa.

Problema semelhante surge no tocante aos altos spreads bancários. Por que as taxas cobradas pelos bancos nos seus contratos de financiamento continuam muito altas, mesmo com a queda dos juros básicos? Sabe-se que a alta tributação direta e indireta dos bancos, o baixo nível de poupança no Brasil, talvez a falta de concorrência bancária, os problemas operacionais da lei de falências, um percebido viés inflacionista da nossa atual política econômica e, finalmente, a baixa efetividade dos mecanismos de garantias nos financiamentos – todos são fatores relevantes para a determinação dos *spreads*. Mas, novamente, há bastante dissenso entre os economistas sobre o peso de cada fator na composição dos nossos altos *spreads*.

Se essas teses econômicas são de fato controversas, pergunto: por que mencioná-las aqui, em um contexto de discussão dos vetores da jurisprudência? Respondo: porque há juízes que se sensibilizam com o argumento de que é preciso proteger o crédito, ou então o mercado de crédito jamais se normalizará. *E adiante: faz sentido pensar assim. Se por um lado há dúvida sobre a extensão dos efeitos imediatos da proteção do crédito para o florescimento do mercado de crédito, por outro lado parece-me que o intervencionismo exagerado nos contratos seja antes de tudo uma forma de agir pouco prudente.* Isto é claro, exceto diante de grandes solavancos macroeconômicos – explosões inflacionárias, por exemplo – porque nesses casos temíveis a ação pragmática da busca pela solução de compromisso se torna quase que inescapável.

Em terceiro lugar, o alto custo do dinheiro no Brasil é proveitosamente pensado como vetor da jurisprudência porque está ligado ao aumento da litigiosidade. O ponto é sutil e convém esmiuçá-lo um pouco. Dissemos que os economistas se digladiam para explicar as causas das altas taxas de juros no Brasil. Mas se há dissenso sobre suas causas, há razoável consenso sobre alguns de seus efeitos. As altas taxas de juros no Brasil causam o que se chama de *seleção adversa* entre as empresas tomadoras de crédito. Isto é, apenas aquelas empresas voltadas para atividades mais arriscadas (e, por conseguinte, potencialmente mais rentáveis) acessam o mercado de crédito bancário. Empresas cujos retornos são menos arris-

cados (e, por isso, menores) ficam de fora. Em outras palavras: à exceção do crédito subsidiado (repasse do BNDES, por exemplo), os tomadores mais arriscados ficam dentro do mercado de crédito bancário; os menos arriscados ficam fora.

Para a jurisprudência bancária isso redundou, concretamente, em aumento da litigiosidade do crédito bancário. Por um lado, em alguns casos (hoje, bem menos do que há alguns anos) a administração judicial de dívidas bancárias pode ser uma estratégia negocial atraente. Por outro, pode impulsionar uma estratégia redacional maximalista para os bancos, em que se tenta incluir no contrato uma quantidade de proteções cuja legalidade é sabidamente duvidosa. Com isso, ganha força a discussão sobre o que seriam cláusulas que, na terminologia do Código de Defesa do Consumidor, “estabeleçam obrigações iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade”.

E isto não é tudo. Aguçam-se também as pretensões políticas de credores e devedores que buscam influenciar não apenas a jurisprudência, mas também o Poder Legislativo, de modo a incluir, aqui e acolá, dispositivos que casuisticamente possam favorecer este ou aquele grupo, ainda que em prejuízo da segurança, transparência e estabilidade do sistema creditício como um todo. Isso quer dizer que a bagunça e profusão de leis disciplinando as taxas de juros no Brasil talvez não sejam mera coincidência. Também por isso, seria bom se nossas Cortes superiores fossem um dia capazes de dar respostas concretas sobre quais são, afinal, as regras a vigor no jogo do crédito bancário.

Todo este quadro nos mostra, então, que os vaivens e marolas da economia, aliados ao persistentemente alto custo do dinheiro no Brasil, são vetores da jurisprudência; mas que esses vetores tem levado a jurisprudência em direções bastante variadas e incertas.

4. A RENOVAÇÃO DA CULTURA JURÍDICA NO BRASIL

Com isso chegamos ao terceiro vetor da evolução da jurisprudência em contratos bancários no Brasil que aqui desejo discutir, a saber, a renovação da nossa cultura jurídica. O tema é novamente bastante amplo, e sem ambição de ser completo é pelo menos possível enfatizar alguns tópicos marcantes. Destaco quatro deles.

4.1 Relativização de formas jurídicas

O primeiro tópico é uma tendência à relativização de formas jurídicas. A democratização pós-1988 parece ter marcado o anoitecer do pensar jurídico

conceitualista que anteriormente parecia predominar. Na esteira, foi-se a aspição do ordenamento jurídico a uma plenitude lógica e sem contradições, e assim também reduziu-se a crença em um certo tipo de pensar que nas profissões jurídicas se convencionou chamar de *formalista*. É claro que a queda do formalismo não marcou – nem deveria marcar – a desvinculação do decisor ao texto da lei. Na concepção ocidental, a noção de Estado de Direito pressupõe que todas as ações (estejam elas dentro ou fora do sistema bancário) possam ser justificadas com base em uma norma estatal. Ou seja, não há Estado de Direito sem vinculação ao texto de lei. Mas o que estou chamando a atenção é para o fato de que, pouco a pouco, o eixo de análise do magistrado se foi deslocando do raciocínio exclusivamente silogístico e subsuntivo, para uma certa forma de *realismo jurídico* em que as circunstâncias fáticas, as finalidades e as funções do direito paulatinamente ganhavam crescente importância.

Muita tinta já foi gasta sobre o tema, e há tratados eruditos que o destrincham com elegância e rigor. Mas acredito que um depoimento cômico do Min. Luiz Fux, com o qual me deparei casualmente navegando na Internet, seja uma das mais emblemáticas ilustrações do que sejam os novos tempos na nossa prática judicial. *In verbis*: “Como magistrado, primeiro procuro ver qual é a solução justa. E depois, procuro uma roupagem jurídica para essa solução. Não há mais possibilidade de ser operador de direito aplicando a lei pura. Nós aprendemos assim por força de um engessamento levado pela política de repressão, e que hoje não existe mais”. Não acredito que este tipo de pensar seja exclusividade do Min. Fux. E certamente não é difícil encontrar seus reflexos na jurisprudência dos contratos bancários.

4.2 Neoconstitucionalismo

O segundo tópico é o neoconstitucionalismo. Inaugurado pelas contribuições teóricas de Robert Alexy e Richard Dreier no final dos anos 1980, no contexto dos debates sobre o papel do Tribunal Constitucional alemão, o neoconstitucionalismo talvez seja um dos temas mais difundidos e debatidos do direito contemporâneo da Europa continental. Hoje, no entanto, a expressão ganhou um sentido mais amplo, abarcando uma série de orientações teóricas bastante díspares. De um modo geral, para os teóricos do novo constitucionalismo, regras e princípios não se distinguiriam por critérios de fundamentalidade, generalidade ou abstração: sua distinção seria dada por critérios *qualitativos* ou *lógicos*. Mas o que quer dizer isso concretamente?

Quer dizer que ambos, regras e princípios, devem ser tomados como espécies de normas. As regras valem ou não valem; os princípios, diversamente,

têm maior ou menor peso em sua aplicação a casos concretos. O princípio que não tiver prevalência, desta forma, não deixa de valer ou de pertencer ao ordenamento jurídico. Difundida no Brasil, esta concepção provocou uma verdadeira reviravolta no modo pelo qual a doutrina e a jurisprudência brasileiras encaravam os princípios jurídicos. Antes vistos como orientações não vinculantes direcionadas apenas ao legislador, os princípios passam a ser encarados como algo plenamente aplicável a casos concretos.

4.3 Renovação do direito civil

Tudo isso nos conduz a um terceiro tópico importante ainda na seara da renovação da cultura jurídica brasileira, que é uma renovação do direito civil e comercial. Em boa parte, esta renovação pode ser atribuída a reformas legislativas. De particular relevância foi a promulgação do Código de Defesa do Consumidor e do novo Código Civil, e também a revogação quase completa do Código Comercial. É verdade que códigos não mudam, por si, uma cultura jurídica; mas também é verdade que sua edição tem um papel simbólico, expressivo ou comunicativo que não pode ser negligenciado. A edição de novos diplomas pode oxigenar não apenas seu campo de aplicação, mas também o campo de matérias relacionadas.

Na esteira desses novos diplomas legais, a jurisprudência foi reconhecendo (ora explícita e ora veladamente) certa função regulatória do direito civil. O tema ganhou importância principalmente por conta das privatizações e parcial mudança do nosso modelo econômico. Este ponto está ligado a uma nova configuração, ainda cinzenta, de regimes tradicionalmente *públicos* aos quais passa a ser aplicado, um tanto quanto abruptamente, um regime de *direito privado*. Também por conta disso, temas que tradicionalmente estiveram sujeitos a um pensar típico de direito privado passam a ser tratados, em muitos aspectos, a partir de uma lógica que historicamente fora mais comumente aplicada ao direito administrativo. Neste contexto, passou a ser comum encontrar decisões judiciais que discutem, na mesma penada, temas típicos do direito civil como a boa-fé objetiva e a abusividade contratual lado a lado com temas típicos do direito administrativo como a discussão da prevalência do interesse público sobre o privado.

4.4 Funcionalização

Esta espécie de “publicização” do direito bancário nos conduz, então, a uma quarta e última característica importante nisto que estou chamando de renovação da cultura jurídica brasileira. A saber, trata-se da funcionalização do

direito bancário. A “funcionalização” é a visão de que o direito sirva para atingir a fins coletivos específicos. Ninguém questionaria o argumento de que o direito é uma construção humana que serve para atingir fins humanos – a Justiça e a ordem pública, por exemplo. Mas é muito diferente dizer-se que o direito se presta a fins mais abstratos, como a Justiça, e a fins nitidamente concretos, como a difusão do crédito, o fortalecimento do sistema financeiro, a proteção da poupança popular ou a proteção de hipossuficientes e consumidores. Quanto mais concretude se dá às concepções sobre a finalidade do direito ou de institutos ou regras específicas, tanto mais o direito se funcionaliza, porque tanto mais o direito passa a ser visto como ferramenta, instrumento, meio.

No Brasil, o processo histórico de funcionalização do direito privado é antigo, mas parece ter sido impulsionado no campo jurídico quando, logo no início do governo militar, o chamado *Estatuto da Terra* passou a tratar da função social da propriedade da terra. O tema é retomado no direito societário uma década depois quando, ainda sob o regime militar, a Lei das Sociedades Anônimas tratou da *função social* da companhia. A discussão da função, no entanto, realmente ganhou força com a inserção na Constituição Federal da noção de *função social da propriedade e da empresa pública*, e, logo a seguir, com a inserção no novo Código Civil da *função social do contrato*.

Seria possível dizer que expressão “função social” não tem em si própria, nenhum sentido específico. Afinal, qualquer *função* poderia, em última análise, ser entendida como *social*. Mas isto não quer dizer a inserção da expressão “função social” na Constituição e no Código Civil tenha sido irrelevante. Ao contrário, a qualificação da propriedade e do contrato como tendo uma *função social* abriu uma porta, por assim dizer, para uma releitura (e na esteira, também uma maior politização) na esfera judicial a respeito do que constitua o cumprimento dessa função. A politização, então, significa na prática uma maior abertura para que as judicaturas reinterpretem doutrinas assentes à luz de concepções ideológicas sobre o que seja o interesse coletivo.

5. CONCLUSÃO

Iniciei esta minha fala fazendo referência ao conceito de força resultante da física. Empreguei-o como uma metáfora para ilustrar como a jurisprudência dos contratos bancários pode ser tratada como se fosse uma força resultante de outras forças, particularmente de três delas: nossa organização política após 1988, certos fatos econômicos e uma nova cultura jurídica que se vai pouco a pouco gestando no Brasil. Gostaria agora de concluir com outra alegoria a partir da física. Conta-se que certa vez Einstein definiu sua teoria da relativida-

de da seguinte forma: *coloque sua mão em um fogão quente por um minuto, e vai parecer durar uma hora; sente-se para conversar com uma mulher bonita por uma hora, e parecerá ter passado apenas um minuto.*

A Constituição de 1988 tem por base a premissa explícita (ao invés de velada ou implícita) de que as regras jurídicas concretizam opções distributivas. Em um Estado de Exceção, algo que o Brasil experimentou sob orientações razoavelmente diversas, estas opções cabem, grosso modo, ao Executivo. Em um Estado Democrático, elas caberão também ao Legislativo e ao Judiciário. Isso ajuda a explicar a atualidade de regras editadas ou formuladas há várias décadas. Ainda que os textos não mudem, mudam as leituras, e mudam, sobretudo, os leitores. *Com um certo toque de humor poderíamos então lembrar da metáfora de Einstein e dizer que ter uma Constituição é algo relativo.*

De fato, a atribuição (deliberada) de escolhas distributivas aos juízes é algo novo no Brasil. É claro que o Judiciário sempre exerceu um papel distributivo na organização social brasileira, especialmente quando reduzimos a ideia de distribuição à alocação de recursos controvertidos. A novidade, neste ponto, é a consciência de que tal papel não reproduz a “vontade do legislador” ou “as necessidades do regime”: o juiz é, por assim dizer – e dentro, é claro, de certos limites –, o senhor de suas escolhas. Uma análise contemporânea e séria da jurisprudência dos contratos bancários passa, necessariamente, por esta constatação.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Anotações sobre contratos bancários, de José Reynaldo Peixoto de Souza – RDB 27/293;
- Contratos bancários em tempos pós-modernos – Primeiras reflexões, de Claudia Lima Marques – RDC 25/19; e
- Os contratos bancários e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, de Ruy Rosa-do de Aguiar Júnior – RT 811/99.