



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB
Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento - ICPD

LUANA LIMA FREITAS FERREIRA

**A REPERCUSSÃO DO CONTRATO DE CRÉDITO BANCÁRIO DAS MICRO E
PEQUENAS EMPRESAS NO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO BRASILEIRO**

Brasília
2020

LUANA LIMA FREITAS FERREIRA

**A REPERCUSSÃO DO CONTRATO DE CRÉDITO BANCÁRIO DAS MICRO E
PEQUENAS EMPRESAS NO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO BRASILEIRO**

Dissertação apresentada ao programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito do UniCEUB, como requisito parcial para a obtenção do título de mestre.

Orientadora: Prof. Dra. Alice Rocha, Ph.D.

Brasília
2020

LUANA LIMA FREITAS FERREIRA

**A REPERCUSSÃO DO CONTRATO DE CRÉDITO BANCÁRIO DAS MICRO E
PEQUENAS EMPRESAS NO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO BRASILEIRO**

Dissertação apresentada ao programa de
Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito
do UniCEUB, como requisito parcial para
a obtenção do título de mestre.

Brasília, 16 de novembro de 2020.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dra. Alice Rocha, Ph.D.

Prof. Dr. Ardyllis Soares

Prof. Dr. Julio Edstron Santos

AGRADECIMENTOS

Agradeço:

a Deus, por ser o meu provedor, o meu refúgio e a minha fortaleza, por Ele e para Ele são todas as coisas.

À minha orientadora, Alice Rocha, cuja visão de mundo me mostrou que as críticas servem para impulsionar a defesa do pensamento e que a convicção é o ponto de partida para o infinito. Suas ponderações e sua paciência foram fundamentais para a concretização deste projeto.

Ao professor Daniel Amin, por me oferecer oportunidades decisivas em minhas formações intelectual e profissional e pelas lições que serão levadas comigo ao longo de toda a vida.

Aos meus colegas de curso. Não é possível citar todos, sob o risco imperdoável de desprestígio, mas não posso deixar de expressar minha gratidão pelo consolo nos tempos difíceis e por dividirem todos os anseios e angústias desta caminhada em comum.

Ao meu amor, Reinaldo, que sem o qual seria impossível realizar este sonho. Seu apoio me conduz para um porto seguro. Seu amor será sempre um dos maiores incentivos para enfrentar qualquer desafio.

Às minhas filhas, Sophia e Liza, por serem o meu maior presente de vida. Experimentaram a minha ausência, mas com doçura me fizeram prosseguir rumo a um propósito em comum: nosso futuro.

*O rico domina sobre o pobre, e o que toma
emprestado é servo do que empresta.
(Provérbios 22:7)*

RESUMO

A presente pesquisa realiza uma abordagem crítica acerca das cláusulas abusivas dos contratos de crédito bancário celebrados entre as MPEs e as instituições financeiras. A problemática pode levar as empresas ao superendividamento, impactando o desenvolvimento econômico do país, na medida em que o abuso do poder econômico dos bancos se sobrepõe aos interesses sociais e aos princípios constitucionais, como a função social das empresas. A pesquisa mostra que os contratos bancários são compostos por cláusulas que camuflam a cumulação ilegal de encargos, com a cobrança de juros abusivos sob a égide da assimetria informacional, de modo que afrontam o sistema de proteção ao consumidor e as normas constitucionais que conferem tratamento diferenciado às MPEs. Para tanto, antes de debater sobre os pontos sensíveis do tema, é realizada exposição de características e princípios gerais relativos às MPEs, como as disposições da Lei Complementar nº 123/2006. Além disso, são abordadas as cláusulas abusivas, por meio de um paralelo com as disposições normativas que permeiam o tema. Ademais, é realizada análise empírica de um contrato bancário na prática e o exame jurisprudencial acerca das decisões nas ações revisionais que buscam o reequilíbrio contratual em decorrência da onerosidade excessiva desses contratos. Por fim, são analisadas hipóteses de intervenção do Estado com a regulação do sistema bancário, relacionando o Direito do Consumidor, o Direito Econômico e o Direito Concorrencial, bem como a Constituição Federal com vistas à preservação da empresa.

Palavras-chave: Micro e pequenas empresas. Contratos bancários. Cláusulas abusivas. Revisão judicial.

ABSTRACT

This research carries out a critical approach about the unfair terms of bank credit agreements signed between MSEs and financial institutions. The problem can lead companies to over-indebtedness, impacting the country's economic development, insofar as the abuse of banks' economic power overrides social interests and constitutional principles, such as the social function of companies. The research shows that bank contracts are made up of clauses that camouflage the illegal accumulation of charges, with the charging of abusive interest under the aegis of informational asymmetry, so that they confront the consumer protection system and constitutional rules that give different treatment to MSEs. To do so, before debating on the sensitive points of the theme, general characteristics and principles related to MSEs are presented, such as the provisions of Complementary Law 123/2006. In addition, abusive clauses are addressed, in parallel with the normative provisions that permeate the theme. In addition, an empirical analysis of a bank contract is carried out in practice and the jurisprudential examination of decisions in revision actions that seek to rebalance the contract as a result of the excessive burden of these contracts. Finally, hypotheses of State intervention with the regulation of the banking system are analyzed, relating Consumer Law, Economic Law and Competition Law, as well as the Federal Constitution with a view to preserving the company.

Keywords: Micro and small companies. Bank contracts. Unfair terms. Judicial review.

LISTA DE SIGLAS

AED	Análise Econômica do Direito
AFF	Agência Financeira de Fomento
ANF	Agência Financeira de Apoio ao Desenvolvimento
BACEN	Banco Central do Brasil
BD	Banco de Desenvolvimento
BNDES	Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social
CADE	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CF	Constituição Federal
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
CMN	Conselho Monetário Nacional
DAS	Documentos de Arrecadação do Simples Nacional
DIEESE	Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos
EPP	Empresa de Pequeno Porte
FAMPE	Fundo de Aval às Micro e Pequenas Empresas
FEBRABAN	Federação Brasileira de Bancos
FCO	Fundo de Financiamento do Centro-Oeste
FNE	Fundo Constitucional de Financiamento do Nordeste
FGTS	Fundo de Garantia do Tempo de Serviço
FGC	Fundo Garantidor de Créditos
FNO	Fundo Constitucional de Financiamento do Norte
FONAJE	Fórum Nacional de Juizados Especiais
LC	Lei Complementar
MPE	Micro e Pequena Empresa
PIB	Produto Interno Bruto
SEBRAE	Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas
SELIC	Sistema Especial de Liquidação e Custódia
SFN	Sistema Financeiro Nacional
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
SUDENE	Superintendência do Desenvolvimento do Nordeste

TAC	Tarifa de Abertura de Crédito
TEC	Tarifa de Emissão de Carnê
TEA	Taxa de Empreendedores em Estágio Inicial
TST	Tribunal Superior do Trabalho

LISTA DE FIGURAS

Figura 1 – MPEs por Setor	17
Figura 2 – Motivos alegados pelos empreendedores para que a empresa deixasse de funcionar ..	46
Figura 3: Estrutura do Sistema Financeiro Nacional	143

LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1 – Número de MPEs optantes pelo SIMPLES Nacional	26
Gráfico 2 – Lucro líquido dos cinco maiores bancos Brasil – 1º semestre de 2017 e 1º semestre de 2018 (em R\$ milhões)	72

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 – Nível de risco de crédito e percentual de perdas, segundo a Resolução nº 2682 - BACEN	52
Tabela 2: Relatório Pessoa Jurídica – Capital de giro com prazo até 365 dias – 19.09.2020..	89
Tabela 3 – Projeção de rendimento dos bancos pelo capital emprestado	111

SUMÁRIO

CAPÍTULO 1 O PAPEL DAS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS NAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE DESENVOLVIMENTO SOCIOECONÔMICO NO BRASIL	16
1.1 O tratamento constitucional diferenciado e o Estatuto Nacional da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte como instrumentos do Estado na promoção do desenvolvimento	20
1.2 A desburocratização e a simplificação na criação de ambientes favoráveis às MPEs: o Simples Nacional	24
1.3 A tutela jurídica diferenciada como instrumento garantidor do Estado no acesso à justiça das MPEs	27
1.4 A participação diferenciada e favorecida das MPEs nas aquisições públicas.....	32
1.5 A viabilidade das políticas de crédito na transmutação de pequenos negócios em estruturas empresariais solidificadas.....	36
1.6 O papel do Sebrae na implantação de políticas de capacitação gerencial autossustentável dos micros e pequenos empreendedores.....	39
CAPÍTULO 2 A ESSENCIALIDADE DO CRÉDITO NAS ATIVIDADES EMPRESARIAIS DAS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS COMO UM DOS INDUTORES DO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO.....	44
2.1 A responsabilidade social das instituições financeiras no fomento da atividade empresarial econômica das MPEs	47
2.2 O processo de análise e a exigência de garantias como obstáculo na obtenção do crédito bancário	50
2.3 O contrato bancário como instrumento ratificador das atividades bancárias.....	54
2.4 Os aspectos jurídicos na abusividade das cláusulas contratuais bancárias.....	58
2.4.1 <i>A limitação na autonomia da liberdade contratual bancária pelo contrato de adesão</i>	<i>61</i>
2.4.2 <i>A assimetria informacional nos empréstimos bancários</i>	<i>65</i>
2.4.3 <i>Ilegalidade na cumulação de encargos moratórios: comissão de permanência e correção monetária</i>	<i>67</i>
2.4.4 <i>Implicações jurídicas dos juros contratuais bancários e sua capitalização ..</i>	<i>71</i>
2.4.5 <i>A abusividade embutida nos custos de transação sob o prisma do risco contratual</i>	<i>77</i>
2.4.6 <i>As tarifas bancárias como objeto de transferência dos riscos operacionais .</i>	<i>80</i>
2.4.7 <i>A prática da venda casada na concretização dos empréstimos</i>	<i>84</i>
2.4.8 <i>A taxa média do mercado como limite de fixação da taxa de juros</i>	<i>87</i>
2.5 Dados empíricos das cláusulas abusivas de um contrato bancário na prática real ...	92
CAPÍTULO 3 A PROBLEMÁTICA DO SUPERENDIVIDAMENTO DAS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS NO CONTEXTO DA ONEROSIDADE EXCESSIVA DOS CONTRATOS BANCÁRIOS.....	102

3.1	A renegociação contratual de MPEs superendividadas como medida preventiva de lides.....	104
3.2	Dados empíricos de um contrato bancário de renegociação	107
3.3	A ausência de tratamento jurídico para as MPEs superendividadas: a inviabilidade da Lei de Recuperação e Falência na reestruturação financeira das MPEs	112
3.4	A revisão judicial dos contratos bancários na manutenção da atividade das MPEs ..	116
3.4.1	<i>A vulnerabilidade das MPEs e a aplicação do Código de Defesa do Consumidor</i>	120
3.4.2	<i>A perícia econômico-financeira na demonstração de ilegalidades</i>	124
3.4.3	<i>A abusividade contratual bancária na jurisprudência do STJ</i>	127
3.5	A influência do Poder Judiciário na regulação do mercado de crédito das MPEs..	135
CAPÍTULO 4 A REGULAÇÃO BANCÁRIA NA PRESERVAÇÃO DAS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS		139
4.1	A convergência entre o Direito e a Economia no equilíbrio do contrato de crédito ...	145
4.2	A repressão ao abuso do poder econômico na preservação das MPEs para fins de desenvolvimento econômico	149
CONCLUSÃO		157
REFERÊNCIAS.....		160

INTRODUÇÃO

O empresariado nacional é ocupado majoritariamente pelas MPEs, as quais são responsáveis por mais da metade dos números relativos à geração de emprego e renda, servindo como vetores para o crescimento econômico regional, e um dos principais instrumentos de livre iniciativa e da democracia na consolidação dos princípios constitucionais da atividade econômica. Essas atividades exercem papel fundamental na inclusão das classes econômicas menos favorecidas e são indutoras do desenvolvimento socioeconômico no país.

Sob esse prisma, o crédito é elemento essencial para o alavancamento dos negócios e sua disponibilidade está condicionada às regras do mercado concentrado, que funciona à margem do regramento jurídico quando impõe suas próprias normas por meio de um instrumento contratual em que é anulada a autonomia da vontade da parte tomadora.

Os contratos bancários, quando analisados sob perspectivas técnicas, apresentam cláusulas abusivas que comprometem o seu adimplemento, transformando a relação de crédito em uma das causas do superendividamento empresarial. Assim, em situação de vulnerabilidade, as MPEs buscam a tutela do Judiciário na tentativa de reestabelecer o equilíbrio contratual, na oportunidade em que o embate entre normas e interpretações se resvalam em uma jurisprudência instável, com impactos significativos no mercado de crédito em que se origina o problema.

Nesse cenário, o Estado tem o poder-dever de intervir com a implantação de mecanismos que previnam crises sistêmicas e resguardem outros interesses protegidos pela Constituição Federal, como a preservação da empresa. Com isso, a regulação de conduta nas relações bancárias pode ser um instrumento eficiente na redução das falhas de mercado e na proteção das vulneráveis MPEs.

Entre as inspirações para a estruturação do tema está a recessão econômica de 2015, que resultou na extinção de milhares de empresas, deixando milhões de pessoas desempregadas e sem renda. A perda de capacidade de pagamento afetou nitidamente todos os setores da sociedade, ocasionando a queda do consumo e diminuindo a arrecadação, o que resultou em níveis de déficits fiscais cada vez mais altos. As MPEs foram as primeiras a sofrerem o impacto, à medida que o mercado de crédito bancário endurecia as ferramentas de execução. Tal ocasião foi vivenciada em labor pela autora na defesa dos direitos de uma MPE, o que provocou a

inquietação sobre as cobranças bancárias onerosamente excessivas, pois naqueles moldes fatalmente seriam inadimplidas pela devedora.

A constatação funcionou como mecanismo propulsor da pesquisa. Na oportunidade, verificou-se a escassez da bibliografia sobre o tema, tendo em vista que a juridicidade das relações contratuais bancárias se restringia aos debates próprios das altas Cortes, com quase nenhuma participação da sociedade. Por sua vez, há vários julgados e incidentes repetitivos, mas a jurisprudência não estava em concordância com a realidade posta. Entretanto, da união do conhecimento jurídico com o econômico, resultou um produto comprobatório robusto que converge com as lições de várias disciplinas do Direito que permeiam os contratos bancários.

Para tanto, a pesquisa foi estruturada em quatro etapas complementares, centradas na análise das cláusulas abusivas constantes em contratos de crédito celebrado pelas MPEs, que ocasionam o superendividamento, com reflexos no Poder Judiciário, impactando o desenvolvimento econômico do país.

Na primeira parte, aborda-se a função das micro e pequenas empresas no cenário econômico e social, em que são apresentados dados quantitativos em estatísticas que evidenciam a importância desses institutos como fontes de renda e de geração de emprego. Examina-se, também, as políticas públicas de fomento dessas atividades, sobretudo, com destaque à Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, que instituiu o Estatuto da Microempresa e estabeleceu normas gerais acerca do tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às MPEs.

Busca-se na análise da legislação complementar, sob o enfoque dos princípios constitucionais que consagram a atividade econômica, identificar os instrumentos concretos de proteção das MPEs, como a desburocratização e a simplificação de arrecadação tributária e a participação favorecida nas aquisições públicas, por meio de prerrogativas que asseguram direito de preferência na contratação. Verifica-se, ainda, a facilitação no acesso à justiça e no acesso ao crédito, com a instituição de linhas de crédito específicas que asseguram a participação potencializada das MPEs em um ambiente econômico mais favorável. Considera-se, também, o apoio do Sebrae ao Poder Público, na implementação de políticas públicas e articulação política junto ao meio político.

O segundo capítulo adentra no âmbito específico do crédito como elemento essencial ao funcionamento da atividade empresarial. O estudo foca na sua indispensabilidade,

discorrendo sobre o modo como as instituições financeiras negociam com limites não muito claros, deixando margem para práticas abusivas que são abordadas em suas particularidades, como os aspectos jurídicos das cláusulas contratuais que trazem no escopo a cumulação de encargos.

O exame dos contratos bancários não pode deixar de analisar as suas características, como as exigências de garantias para a obtenção do crédito e o modo como isso influencia na aferição da capacidade de pagamento das MPEs, deixando-as vulneráveis às práticas de assimetria informacional das instituições financeiras, o que pode levá-las ao superendividamento.

Ao final do segundo capítulo, é realizada uma análise empírica de um contrato de crédito bancário celebrado entre uma ME e o Banco do Brasil na obtenção de capital de giro. É possível visualizar em minúcias a aplicação de encargos abusivos, camuflados em um instrumento ininteligível.

No terceiro capítulo, é possível concluir que crises financeiras de MPEs podem ser configuradas devido a contratos de crédito eivados de cláusulas abusivas, as quais não são facilmente identificáveis pelas dificuldades que lhes são impostas no ato da contratação por intermédio do contrato de adesão. Desta feita, as empresas buscam a renegociação e se deparam com a elevação do saldo devedor, culminando no seu superendividamento. Como no capítulo anterior, é realizada a análise empírica de um contrato de renegociação.

Nesse cenário, na tentativa de evitar a extinção da atividade, as MPEs judicializam os contratos de crédito bancário, transferindo a liberdade de negociação do mercado ao Judiciário. Os precedentes judiciais se tornam indutores da alteração da estrutura de incentivo dos agentes econômicos, podendo afetar o custo e a disponibilidade do crédito diante da imprevisibilidade dessas decisões, impactando diretamente o mercado, tanto em relação às próprias empresas como às instituições financeiras.

Por fim, o quarto capítulo aborda o abuso do poder econômico pelos bancos que causam falhas de mercado, contribuindo para a sua ineficiência, de modo que o Estado, na intervenção e regulação dos comportamentos sociais contratuais e na observância dos princípios da função social e da preservação da empresas, poderia levar mais segurança jurídica por meio de atos e políticas públicas, contribuindo para melhor fluidez do mercado e, conseqüentemente, impulsionando o desenvolvimento econômico.

Assim, a partir da análise dos quatro pontos, pretende-se alcançar um caminho em que a intervenção do Estado se justificaria em defesa do bem-estar da sociedade, com a regulação de comportamentos na relação contratual bancária, desde o ato de contratação até o adimplemento, a fim de que fosse assegurada a calculabilidade exigida pelas transações econômicas. Esta intervenção pode vir a ser um redutor de risco econômico para as empresas, como um princípio de segurança, e não como limitação ou desvio dos objetivos do mercado.

A pesquisa não tem o objetivo de esgotar o tema, pelo contrário, fica cada vez mais evidente que há muitas lacunas e diversas interpretações que não condizem com a realidade dos mercados. É, sobretudo, desafiador descobrir o porquê dos comportamentos de determinados institutos e como eles influenciam no cotidiano de toda uma nação.

CAPÍTULO 1 O PAPEL DAS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS NAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE DESENVOLVIMENTO SOCIOECONÔMICO NO BRASIL

A Constituição Federal de 1988 estabelece princípios gerais da atividade econômica, dentre os quais o reconhecimento, em seu artigo 170, inciso IX¹, da necessidade de tratamento favorecido às micro e pequenas empresas (MPEs). Trata-se de um princípio constitucional impositivo, visto que solidificou-se o entendimento de que, além da obtenção de lucro, essas empresas possuem relevante papel socioeconômico perante a sociedade, fato que, conseqüentemente, demanda a promoção de políticas públicas voltadas às MPEs.

Para compreender a importância das MPEs no cenário desenvolvimentista, é necessário examinar suas funções social e econômica, uma vez que essas empresas são também instrumentos impulsionadores de promoção da dignidade, na medida em que colaboram diretamente para a redução da desigualdade social por meio da geração de empregos.

A função social das micro e pequenas empresas possui duplice caráter: posicionam-se no polo ativo em relação à sociedade, enquanto o Estado funciona como instrumento fomentador de emprego e renda; e no polo passivo, como alavancadoras de empreendedorismo e investimento, instrumentos de inovação, além de alternativas para pessoas desempregadas. É importante destacar, também, que sua existência é um dos maiores estímulos para jovens aprendizes.²

Em relação à sua função econômica, as micro e pequenas empresas ocupam o incrível número de 98,5% do empresariado nacional, respondem por 53,4% do Produto Interno Bruto (PIB) do comércio e na indústria e no setor de serviços a participação dessas empresas é de 22,5% e 36,3%, respectivamente, o que as caracteriza como as principais geradoras de riquezas no país, segundo o SEBRAE. Em 2019, as MPEs possuíam 72,3% dos empregos formais na área de serviços, com mais de 13 milhões de empresas optantes pelo Simples Nacional³.

¹BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da União**. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 08 nov. 2020. Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

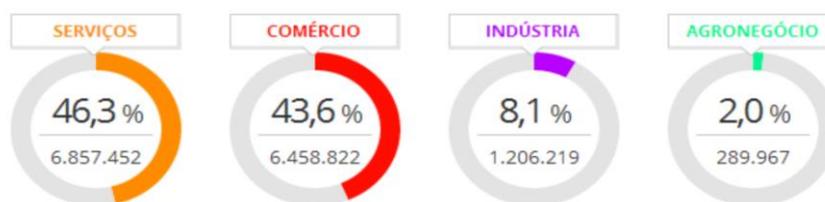
²LORGA, Marco Antonio. Direito Empresarial e desenvolvimento social: políticas públicas para micro e pequenas empresas. **Revista Jurídica Unicuriçiba**, Curitiba, v. 2, n. 29, p. 212-227, jan. 2012.

³CONSELHO FEDERAL DE ADMINISTRAÇÃO. Âncoras da economia. **Revista Brasileira de Administração - RBA**, ano 28, n. 130, p. 34-45, mai/jun. 2019.

Esses números apontam para o fato de que as MPEs se encontram em número majoritário e em crescimento vertiginoso no mercado brasileiro, tendo como principais resultados a geração de renda e emprego e, conseqüentemente, o aumento da capacidade de consumo das pessoas, bem como a contribuição em relação à aceleração do fluxo no mercado de capitais.

A partir de uma análise quantitativa de pequenos negócios no Brasil no período de 2007 a 2016⁴, é possível perceber que a importância das MPEs se traduz na representatividade dessas empresas nos principais setores do cenário econômico:

Figura 1 – MPEs por Setor



Fonte: EMPRESÔMETRO (2016).

Como característica principal das MPEs, a geração de emprego é mais recorrente nesse modelo em comparação com as grandes empresas, em virtude da maior oferta no setor de serviços, o que denota mais efetividade e explicitude no cumprimento da sua função social. Já em relação ao empreendedorismo, as MPEs são instrumentos da livre iniciativa e da democracia, estando, portanto, à disposição de qualquer cidadão que tenha a intenção de exercer o próprio negócio em uma subsistência sem barreiras. Isso, desde que o Estado proporcione um ambiente socioeconômico favorável, consolidando mais um princípio constitucional pertencente à ordem econômica e social.

Sob o ponto de vista de políticas públicas⁵, o empreendedorismo funciona como fonte raiz do crescimento econômico e do desenvolvimento regional, fato que fica evidenciado

⁴ COSTA, Alan P. N. LEANDRO, Luiz Alberto L. O atual cenário das micro e pequenas empresas no Brasil. In: XIII SIMPÓSIO DE EXCELÊNCIA NA GESTÃO E TECNOLOGIA. 31 de out. e 01 de nov. **Anais XIII**, Faculdade Dom Bosco, Resende/RJ, 2016. Para chegar às conclusões, o trabalho foi realizado a partir de uma pesquisa descritiva, com levantamento e análise de dados secundários obtidos por meio de pesquisa documental. Os dados foram obtidos de relatório e pesquisas do SEBRAE e EMPRESÔMETRO, referentes à participação das MPEs na economia após a criação da Lei nº 123/2006. A pesquisa demonstra o reflexo da criação da lei e é desenvolvida a cada dez anos, sendo essa a última disponível.

⁵ BUCCI, Maria Paula Dallari. **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 241. Políticas Públicas são programas de ação governamental visando a coordenar os meios à

empiricamente ao se cruzar a Taxa de Empreendedores em Estágio Inicial (TEA) com os números do crescimento do Produto Interno Bruto (PIB) dos países, obtendo-se a seguinte proporção: quanto maior a taxa dos envolvidos nas atividades com até três anos e meio de funcionamento, maior é o crescimento do PIB do país.⁶

Em estatísticas globais, as micro, pequenas e médias empresas representam mais de 98% de todos os negócios das economias desenvolvidas, sendo esse número responsável por 60% do total de empregos nessas economias, o que representa 50% do PIB. Nas economias menos desenvolvidas, as mesmas empresas empregam pouco mais de 30% da força de trabalho, o que representa 10% do PIB.⁷ Essas diferenças demonstram a importância do empreendedorismo em economias em desenvolvimento, gerando em seus governantes e gestores o poder-dever de promover a atividade empreendedora.

O maior desafio para os governos está em como desenvolver e disseminar políticas públicas eficientes e a que custo elas poderiam ser viabilizadas. Esse questionamento provoca a reflexão acerca do papel ativo do Estado como protagonista da estruturação institucional do país, tanto nas questões puramente públicas como no campo das atividades empresariais e sociais privadas. A forma de implementação das políticas públicas é o que vai determinar a evolução, o ganho, a inclusão, a estagnação e/ou o declínio delas. O insucesso pode ser evitado com movimentos de crescimento e com a modificação de estruturas que produzem os desequilíbrios sociais e econômicos.⁸

Outra questão de fundamental relevância a respeito das políticas públicas deve ser levantada: o objetivo e o escopo dessas iniciativas. É imprescindível fazer a distinção entre

disposição do Estado e as atividades privadas para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Políticas públicas são “metas coletivas conscientes” e, como tais, um problema de direito público, em sentido lato”.

⁶ HALL, Joshua C. e SOBEL, Russell S. *Public Policy and Entrepreneurship*. The Center for Applied Economics. **Technical Report 06-0717**. The University of Kansas: julho, 2006. Os autores realizaram pesquisa empírica para buscar explicação entre a relação do empreendedorismo com o crescimento econômico nos estados dos Estados Unidos da América. Os resultados apontaram que o crescimento econômico de um país implica a formulação de políticas que promovam a atividade empreendedora.

⁷ INTERNATIONAL FINANCE CORPORATION. **Micro, Small, and Medium Enterprises: A Collection of Published**. The USA: 2007. Disponível em: <www.ifc.org>. Acesso em: 20 jan. 2020. A *International Finance Corporation* é uma instituição financeira internacional que oferece serviços de investimento, consultoria e gestão de ativos para incentivar o desenvolvimento do setor privado nos países menos desenvolvidos. É membro do Grupo Banco Mundial e está sediada em Washington, DC, nos Estados Unidos. Foi criada em 1956 com o fim de promover o desenvolvimento econômico ao criar oportunidades para as pessoas escaparem da pobreza e melhorarem o padrão de vida, mobilizando recursos financeiros para as empresas privadas e promovendo mercados acessíveis e competitivos.

⁸ BUCCI, Maria Paula D. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 28/29.

políticas públicas para incentivar o empreendedorismo e políticas públicas para as MPEs. As primeiras visam promover políticas inovadoras e que estimulem a criação de novos cenários, o que coloca a economia em escala de crescimento. Já as direcionadas às MPEs, envolvem programas voltados para o cotidiano do empreendedor, para a viabilização e estabilização de sua atividade, resultando em um efeito macroeconômico positivo justificado pelo desenvolvimento econômico regional de uma sociedade.⁹

Nesse espectro, tem-se a Lei Complementar nº 123/2006, o Estatuto da Microempresa¹⁰, que estabelece normas gerais acerca do tratamento diferenciado direcionado às MPEs e elenca instrumentos para ajudar a fomentar as políticas públicas instituídas para regular o desenvolvimento econômico brasileiro. Esse favorecimento visa propiciar condições de competitividade, estimular o ambiente de oferta e procura pelos consumidores, ao mesmo tempo que neutraliza os efeitos nocivos de monopólios e oligopólios, e, sobretudo, permitir que as MPEs sejam instrumentos redutores de desigualdades sociais¹¹.

Por essa ótica, o fortalecimento das classes econômicas menos favorecidas, com as MPEs sendo seu maior modelo manifesto, é imprescindível para o alcance do efetivo desenvolvimento socioeconômico elencado pela Constituição, pois a omissão do Estado no fomento dessas atividades tem como uma de suas principais consequências a dominação do mercado por empresas com grande poderio econômico e, como reflexo, uma sociedade sem escolha, refém de regras unilateralmente impostas, ensejando o crescimento abrupto da desigualdade social.

Nesse contexto, e tendo como base os dados anteriormente apresentados, percebe-se que é incontroversa a importância de incentivar e qualificar as microempresas e as empresas de pequeno porte, visto que o seu fomento é um dos fatores condicionantes para o êxito de um processo de desenvolvimento socioeconômico de uma sociedade.

Por tudo isso, compreende-se que a adoção de políticas públicas voltadas para as micro e pequenas empresas é medida essencial para o crescimento da economia, tendo em vista que

⁹ SARFATI, Gilberto. Do public policies for entrepreneurship make a difference? Prospective Scenarios for Canada, Ireland, and Italy. **Futures Studies Research Journal: Trends and Strategies**, v.4, p. 116-119, 2012.

¹⁰ BRASIL. Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de pequeno porte. **Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp123.htm>. Acesso em: 07 dez. 2018.

¹¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **O Estatuto da Microempresa e as licitações públicas**. São Paulo: Dialética, 2007, p. 20.

essas são dotadas de capacidade de aceleração tanto no mercado interno quanto o externo, além de promoverem a desconcentração econômica, contribuindo para a diminuição da desigualdade social. Desse modo, não há que se falar em desenvolvimento econômico e função social sem a aplicação desse instrumento.¹²

1.1 O tratamento constitucional diferenciado e o Estatuto Nacional da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte como instrumentos do Estado na promoção do desenvolvimento

Ao disciplinar sobre a ordem econômica e financeira, a Constituição Federal consagra princípios gerais da atividade econômica, os quais são elementos essenciais para a concretização do modelo econômico e social do Estado brasileiro.

Na condução da atividade econômica, o relacionamento do Estado com os agentes econômicos é o motor do desenvolvimento capitalista e, atento à relevância das MPEs no funcionamento dessa engrenagem, o constituinte conferiu a elas tratamento diferenciado no ordenamento pátrio. Assim dispõe o artigo 170 da CF:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.¹³

¹² KINDLEBERGER, Charles Poor. **Desenvolvimento econômico**. São Paulo: MC Granwhill do Brasil, 1976, p.3. Crescimento econômico significa maior produção, enquanto desenvolvimento econômico implica maior produção e mudanças nas disposições técnica e institucional, pelas quais se chegam a esta produção. O crescimento e o desenvolvimento caminham juntos até o ponto em que a economia perde a capacidade de adaptar-se a novas condições.

¹³ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da União**. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 08 nov. 2020.

A instituição desse tratamento ocorreu principalmente pela necessidade de incrementação e desburocratização da atividade empresarial, de forma a incentivar e fortalecer a participação das MPEs no processo de desenvolvimento socioeconômico. Assim, fica claro que a política econômica tem papel fundamental no desenvolvimento e na sustentabilidade dessas empresas.¹⁴

Sob esse prisma, Lafayette Josué Petter corrobora com o entendimento acerca da necessidade de tratamento favorecido para as MPEs pautado na Constituição:

De outra banda, certo é que o tratamento jurídico favorecido às empresas de pequeno porte tem variados fundamentos a justificar sua inserção dentre os princípios da atividade econômica. Bem examinadas as disposições relativas à ordem econômica no texto constitucional – sem olvidar que ela é parte integrante e indissociável da Constituição vista em sua inteireza -, parece mesmo intuitivo que algo deveria ser feito em relação às empresas de pequeno porte. Pois são elas que mais empregam mão-de-obra, o que nos reconduz à valorização do trabalho humano como fundamento da ordem econômica.¹⁵

É indubitável que as MPEs desempenham papel fundamental na economia nacional, mas, além disso, também é importante destacar que a sua ausência pode travar o fluxo de capitais. Assim, para a proteção desse segmento, era indispensável a criação de um dispositivo que compatibilizasse as exigências da atividade empresarial com o volume de recursos movimentados por essas empresas, tendo em vista que é inexigível os mesmos moldes de uma grande companhia.¹⁶

Nesse sentido, surgiu o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte¹⁷, editado na forma da Lei Complementar nº 123/2006, também conhecida como Lei Geral ou Lei do Super Simples, na qual foram regulamentados diversos temas ligados ao funcionamento da atividade, como: definição de microempresa e empresa de pequeno porte; inscrição e baixa; tributos e contribuições; créditos; fiscalização; processo administrativo e

¹⁴ PRAZERES FILHO, Luiz Alberto. Análise da lei do estatuto nacional da microempresa e da empresa de pequeno porte à luz da análise econômica do direito. **Direito UNIFACS – Revista Eletrônica mensal**, Salvador, n. 151, p. 1-22, 2013. Disponível em: <<https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/2448/1795>> . Acesso em: 22 jan. 2020.

¹⁵ PETTER, Lafayette Josué. **Direito econômico**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013, p. 103.

¹⁶ TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário**, v.1. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 666.

¹⁷ Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de pequeno porte - **Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp123.htm>. Acesso em: 07 dez. 2018.

judicial; obrigações trabalhistas; acesso à Justiça; responsabilidades do Banco Central do Brasil; acesso aos mercados; estímulo ao crédito e à capitalização, entre outros.

Essa lei é considerada a primeira política pública de âmbito nacional voltada para os pequenos negócios no Brasil e vigora em todo o território nacional. Seu processo de criação se deu por um trabalho em conjunto envolvendo governo, parlamentares da base governista e da oposição e, ainda, a mobilização de empresários e instituições representativas e de apoio ao segmento, tendo passado por quatro rodadas de alteração até a consolidação do texto atualmente vigente (LCs nº 127/2007, nº 128/2008, nº 133/2009 e nº 139/2011).¹⁸

O tratamento favorecido às MPEs se justifica tanto por estas serem instrumentos de aceleração do crescimento econômico quanto pela ausência de outros instrumentos eficientes que conduzam para o desenvolvimento econômico. Entre seus efeitos, evidencia-se um mercado mais livre, sem o aprisionamento de monopólios e oligopólios, permitindo a entrada de novos atores no cenário econômico, como bem observa André Ramos:

O tratamento favorecido para esse conjunto de empresas revela, contudo, a necessidade de se proteger os organismos que possuem menores condições de competitividade em relação às grandes empresas e conglomerados, para que dessa forma efetivamente ocorra a liberdade de concorrência (e de iniciativa). É uma medida tendente a assegurar a concorrência em condições justas entre micro e pequenos empresários, de uma parte, e de outra, os grandes empresários.¹⁹

Sob outra perspectiva, faz-se importante esclarecer que o tratamento diferenciado e favorecido às MPEs não esbarra no princípio da isonomia, uma vez que esse se refere ao tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais. Sendo assim, ao contrário do que se possa imaginar, a instituição do tratamento favorecido fortalece a concretização do princípio da igualdade, facilitando o acesso ao mercado daqueles que não possuem iguais condições e oportunidades, de modo que se almeja por meio da norma constitucional proporcionar-lhes condições viáveis para a busca pelo sucesso.²⁰

Em razão disso, a LC nº 123/2006, em seu art. 3º, dispõe acerca das regras de enquadramento de empresas como microempresa e empresa de pequeno porte. Nesse sentido, são consideradas microempresas aquelas cuja receita bruta anual é igual ou inferior a R\$

¹⁸ COSTA. LEANDRO, Ob. cit.

¹⁹ TAVARES, André R. **Direito constitucional econômico**. 3. Ed. São Paulo: Método, 2011, p. 211.

²⁰ MAMEDE, Gladston. Microatividades e pequenas atividades econômicas beneficiárias da lei complementar n. 123/2006: o artigo 3º do Estatuto Nacional da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte. **Opinião Jurídica**, Fortaleza, ano IV, n. 8, p. 103, jul/dez. 2006.

360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) e empresas de pequeno porte aquelas cujo faturamento é igual ou inferior a R\$ 4.800.000,00 (quatro milhões e oitocentos mil reais). Em contrapartida, o § 4º do art. 3º²¹ dessa mesma lei elenca as empresas que não serão beneficiárias dessa legislação, levando em consideração aspectos como quadro societário, tipo de atividade, forma de constituição e faturamento, podendo enquadrar empresários individuais, EIRELIs, sociedades empresárias e simples desde que registradas.²²

Cumprido destacar que também se beneficia dessa legislação um novo instituto: a sociedade limitada unipessoal, criado para ajudar empreendedores que querem constituir empresa com responsabilidade limitada sem a necessidade da presença de um sócio. Essa nova natureza jurídica foi criada por meio da Medida Provisória nº 881, de 30 de abril de 2019, a qual foi convertida na Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019²³ e ficou conhecida como Lei da Liberdade Econômica.

Posto isso, a importância de haver regras para esse enquadramento reside principalmente em fatores como tributação diferenciada, tratamento tributário diferenciado, obrigações trabalhistas e previdenciárias diferenciadas, regras menos burocráticas para registro,

²¹ Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de pequeno porte - **Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp123.htm>. Acesso em: 07 dez. 2018. Art. 3º, inciso II, § 4º - Não poderá se beneficiar do tratamento jurídico diferenciado previsto nesta Lei Complementar, incluído o regime de que trata o art. 12 desta Lei Complementar, para nenhum efeito legal, a pessoa jurídica: I - de cujo capital participe outra pessoa jurídica; II - que seja filial, sucursal, agência ou representação, no País, de pessoa jurídica com sede no exterior; III - de cujo capital participe pessoa física que seja inscrita como empresário ou seja sócia de outra empresa que receba tratamento jurídico diferenciado nos termos desta Lei Complementar, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do caput deste artigo; IV - cujo titular ou sócio participe com mais de 10% (dez por cento) do capital de outra empresa não beneficiada por esta Lei Complementar, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do caput deste artigo; V - cujo sócio ou titular seja administrador ou equiparado de outra pessoa jurídica com fins lucrativos, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do caput deste artigo; VI - constituída sob a forma de cooperativas, salvo as de consumo; VII - que participe do capital de outra pessoa jurídica; VIII - que exerça atividade de banco comercial, de investimentos e de desenvolvimento, de caixa econômica, de sociedade de crédito, financiamento e investimento ou de crédito imobiliário, de corretora ou de distribuidora de títulos, valores mobiliários e câmbio, de empresa de arrendamento mercantil, de seguros privados e de capitalização ou de previdência complementar; IX - resultante ou remanescente de cisão ou qualquer outra forma de desmembramento de pessoa jurídica que tenha ocorrido em um dos 5 (cinco) anos-calendário anteriores; X - constituída sob a forma de sociedade por ações. XI - cujos titulares ou sócios guardem, cumulativamente, com o contratante do serviço, relação de pessoalidade, subordinação e habitualidade.

²² MARCOS LIMA, Emanuel; DE MORAIS LIMA, Jessica. O tratamento diferenciado dispensado às micro e pequenas empresas pela Constituição Federal do Brasil. **Interciência**, Caracas, vol. 41, núm. 1, p. 23-28, 2016. Disponível em: < <https://www.interciencia.net/wp-content/uploads/2017/10/23-LIMA-41-1.pdf> >. Acesso em: 25 jan. 2020.

²³ BRASIL. **Lei nº 13.784, de 20 de setembro de 2019**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13874.htm>. Acesso em: 25 jan. 2020.

protesto, acesso ao mercado e ao crédito, bem como tratamento jurisdicional diferenciado com destaque para o acesso das MPEs aos juizados especiais.²⁴

1.2 A desburocratização e a simplificação na criação de ambientes favoráveis às MPEs: o Simples Nacional

O tratamento diferenciado tributário se destaca como um dos aspectos mais relevantes do tratamento favorecido às MPEs, especialmente a instituição do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, o Simples Nacional.

O Simples Nacional abrange a participação de todos os entes federados (União, estados, Distrito Federal e municípios) e tem como propósito arrecadar oito impostos em um único documento, a ser pago mensalmente, quais sejam: imposto sobre a renda da pessoa jurídica (IRPJ); imposto sobre produtos industrializados (IPI); contribuição social sobre o lucro líquido (CSLL); contribuição para o financiamento da seguridade social (COFINS); contribuição para o programa de integração social (PIS) e para o programa de formação do patrimônio do servidor público (PASEP); contribuição previdenciária patronal (CPP); imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação (ICMS); e imposto sobre serviços (ISS).²⁵

Os assuntos relativos aos tributos e às contribuições das MPEs estão disciplinados no Capítulo IV (arts. 12 a 41) da LC nº 123/2006, a qual estabelece normas tributárias especiais que visam desburocratizar esse segmento e conseqüentemente facilitar a fiscalização e o recolhimento unificado de forma centralizada e não fragmentada. A simplificação dessas obrigações se materializa no próprio nome do regime: Simples Nacional. A respeito do tema, tem-se a análise de Lúcia Souza Bacelar:

Pode-se afirmar que o Simples Nacional é um regime tributário especial, já que excepciona o geral, e não se aplica a todo o universo de pessoas jurídicas de direito

²⁴ TOMAZZETE, Ob. cit., p. 669, 2014.

²⁵ SCHWINGEL, Inês; RIZZA, Gabriel. Políticas públicas para a formalização das empresas: lei geral das micro e pequenas empresas e iniciativas para a desburocratização. **Mercado de Trabalho: conjuntura e análise**, Brasil, núm. 54, p. 50, fev. 2013 Disponível em: < <http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/3846?mode=full> >. Acesso em: 26 jan. 2020.

privado nacional; tem o propósito de operacionalizar, na área fiscal, os princípios de tratamento diferenciado e favorecido às micro e pequenas empresas, e não se restringe apenas à desoneração financeira dos contribuintes, mas também a simplificação administrativa, tanto para os contribuintes quanto para os entes tributantes. [...] infere-se que existem características que particularizam e definem o regime, tais elementos chegam a se constituir em princípios norteadores das ações das Administrações Tributárias na operação do sistema, configurando um microsistema tributário inserido no sistema tributário geral.²⁶

As medidas protetivas tributárias delimitadas pela LC nº 123/2006 asseguram o funcionamento e a participação das MPEs no mercado com capacidade e força para que as operações se realizem de forma sustentável e contribuam para a produção de novas estratégias de consolidação, atuando nos ditames da lei e em condições de disputar espaços relevantes na prestação de serviços públicos e privados. Esse tratamento tributário fortalece as MPEs, possibilitando a potencialização na afirmação dessas organizações no cenário produtivo e econômico, em vista da perspectiva de manutenção na legalidade, tendo como resultado um retorno significativo para a sociedade.

Destaca-se também que a LC nº 123/2006 revogou o chamado Simples Federal²⁷ e o antigo Estatuto da Micro e Pequena Empresa²⁸, que já dispunha acerca do tratamento jurídico diferenciado e simplificado, em conformidade com os arts. 170 e 179 da CF. Todavia, o novo modelo previsto nessa lei foi considerado um avanço em comparação às legislações anteriores, pois até então não havia a preocupação por parte do governo em fomentar a inovação das MPEs e abrir seus mercados para as compras públicas, o que resultava em desvantagens e perdas sucessivas de espaço em relação às grandes empresas.

Em um estudo de caso realizado em uma Empresa de Pequeno Porte (EPP) com o intuito de identificar a aplicabilidade das modificações trazidas pela LC nº 123/2006 às MPEs, foi constatado que, ao migrar do sistema de tributação anterior para as regras do Simples Nacional, a empresa reduziu significativamente o pagamento de impostos, com reflexos positivos no caixa. Como exemplo, pôde-se observar que a parte patronal do INSS antes alcançava uma

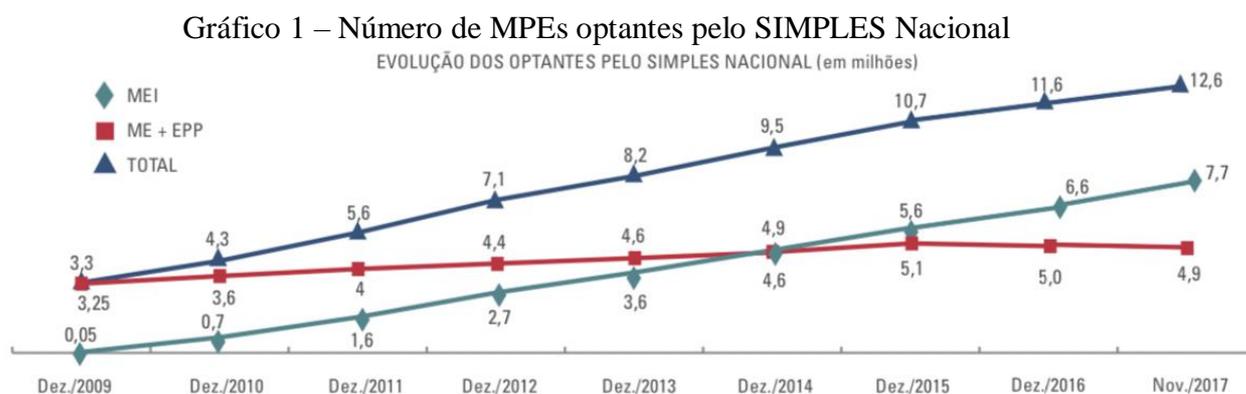
²⁶ BACELAR, Lúcia Souza. Simples Nacional: Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos. **RVMD – Revista do curso de mestrado em Direito**, Brasília, v.6, nº 2, p. 377-411, Jul-Dez, 2012.

²⁷ BRASIL. **Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9317.htm> . Acesso em: 29 jan. 2020.

²⁸ BRASIL. **Lei nº 9.841, de 5 de outubro de 1999**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9841.htm> Acesso em: 29 jan. 2020.

alíquota de 27,8% e com o sistema esse pagamento tornou-se desobrigado, aumentando a receita da empresa sobre a folha de pagamento.²⁹

Após a entrada em vigor da Lei, houve crescimento significativo quanto à adesão ao modelo do Simples Nacional. Em pesquisa realizada pelo Sebrae, tendo como fonte a Receita Federal do Brasil, é possível constatar a evolução dos pequenos negócios pelo número de optantes³⁰:



Fonte: SEBRAE (2017).

Depreende-se desses dados que, embora a burocracia seja elemento permanente no ciclo de vida das empresas, no caso das MPEs, esse é um obstáculo real de progressão e crescimento. De maneira geral, esses empresários não possuem uma assessoria jurídica e contábil com especialização em administração, contratos e tributos, o que fatalmente os coloca em situação desfavorecida na análise sobre a obrigatoriedade e legalidade dos tributos federais, estaduais e municipais. Na constância de sucessivos erros, sem o devido assessoramento, a sobrevivência das empresas fica ameaçada, o que impede o acesso ao crédito, impactando o capital de giro com o surgimento de problemas financeiros de difícil contenção.

Sob o ponto de vista social do Simples Nacional vinculado à política de emprego, o tratamento diferenciado permite que as MPEs tenham mais oportunidade de absorver mão de

²⁹ SILVA COSTA, José Ivandir. **Simples Nacional: novo modelo de tributação das microempresas e empresas de pequeno porte**. Dissertação (Mestrado em Gestão Empresarial) – FGV, Rio de Janeiro, 2010. O autor realizou pesquisa bibliográfica e documental como técnica de pesquisa adotada, tendo como objeto de estudo de caso, uma empresa do comércio varejista, no ramo de calçados em geral, considerando o faturamento, tendo como referencial a demonstração na planilha de cálculo, como fonte de coleta de dados, além de entrevistas com o diretor da empresa sobre adoção do modelo de tributação, complementada pela análise de documentos, e o estoque de mercadorias.

³⁰ SEBRAE. Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas – **Boletim de Estudos e Pesquisas**. Brasília: UGE, n. 61, 2017.

obra e viabiliza a formalização dos trabalhadores, que passam a contar com uma cobertura previdenciária, assegurando amparo no caso de eventuais acidentes de trabalho, doenças, gravidez ou aposentadoria por idade e/ou contribuição. Os pontos positivos abarcam não apenas os trabalhadores, mas as próprias empresas, que passam a ter papel significativo no desenvolvimento social do país.

Ao analisar a lei, as pesquisas na área e os dados dos mercados disponíveis nas plataformas públicas, é possível verificar que os resultados contribuem para tornar o ambiente econômico mais favorável às MPEs. Em termos práticos, tem-se os seguintes exemplos: não há incidência de INSS, somente do FGTS sobre 8% do valor bruto da folha; o recolhimento de impostos se dá por pagamento de uma única guia (DAS); há desburocratização nas obrigações acessórias na informação de dados e escrituração contábil, bastando somente informar livros de entrada, sendo facultado os livros de saída. Essa simplificação estimula o crescimento do patrimônio pela redução dos custos operacionais.

Sob essa perspectiva, é possível constatar que, dentre todos os benefícios advindos com a LC nº 123/2006, a vantagem que mais se destaca é o Simples Nacional, especialmente no que tange ao enquadramento em um regime simplificado e unificado de arrecadação, simplificando o sistema desde o registro de abertura, passando pela documentação exigida até a forma de declaração e arrecadação. De imediato, tem-se como efeito a economia de tempo e dinheiro com a concentração de vários tributos em uma única guia.

Nesse sentido, o Simples Nacional surgiu como uma política pública de favorecimento ao crescimento das MPEs, uma vez que a desburocratização com a redução de custos incorporada, estimula os micros e pequenos empresários a trabalharem melhor os recursos em benefício da manutenção da atividade. Sendo assim, os benefícios se estendem a diversas pessoas envolvidas na cadeia e que também contribuem para a arrecadação do Estado, que, por sua vez, passa a ter mais recursos para investir no bem-estar social de toda a coletividade, contribuindo para o cumprimento do princípio da dignidade da pessoa humana.

1.3 A tutela jurídica diferenciada como instrumento garantidor do Estado no acesso à justiça das MPEs

As evidências sobre a importância das micro e das pequenas empresas no cenário socioeconômico brasileiro são inúmeras e a isso também devem ser somadas as dificuldades de estabilização e preservação para compreender de maneira completa a conjuntura que as envolve. Quanto mais o tema é aprofundado, mais são encontrados subsídios que justificam o tratamento legal diferenciado.

Assim, levando em consideração a dimensão e a função social das MPEs, o sistema judicial também deve recepcionar essas empresas provendo meios adequados de tutela de seus interesses, frente aos obstáculos enfrentados por esta categoria. Sob essa ótica, o acesso à justiça, garantia constitucional fundamental prevista no artigo 5º, inciso XXXV, da CF³¹, é um dos mais importantes direitos do sistema judicial, pois, por intermédio dele, qualquer pessoa interessada poderá reivindicar ou ver cessada ameaça contra o seu direito, bem como resolver seus litígios sob a tutela do Estado.

Nesta perspectiva, devido à necessidade de igualdade material e de efetividade na prestação jurisdicional, em observância às características sensíveis das MPEs, o Estado tem o dever de propiciar o acesso à justiça de forma simplificada e facilitada, não apenas para possibilitar o acesso em si, mas para garantir a sua efetividade. Corroborando com esse entendimento, tem-se a lição clássica de Mauro Cappelletti e Bryant Garth:

Embora o acesso à justiça venha sendo crescentemente aceito como um direito social básico nas modernas sociedades, o conceito de “efetividade” é, por si só, algo vago. A efetividade perfeita, no contexto de um dado direito substantivo, poderia ser expressa como a completa “igualdade de armas” – a garantia de que a conclusão final depende apenas dos méritos jurídicos relativos das partes antagônicas, sem relação com diferenças que sejam estranhas ao Direito e que, no entanto, afetam a afirmação e reivindicação dos direitos. Essa perfeita igualdade, naturalmente, é utópica. As diferenças entre as partes não podem jamais ser completamente erradicadas. A questão é saber até onde avançar na direção do objetivo utópico e a que custo. Em outras palavras, quantos dos obstáculos ao acesso efetivo à justiça podem e devem ser atacados? A identificação desses obstáculos, conseqüentemente, é a primeira tarefa a ser cumprida.³²

Desta feita, o acesso à justiça, para ser considerado efetivo e eficaz, deve: atender às demandas do Estado, conferindo justiça em sentido amplo; dispor de normas e decisões judiciais paradigmas para casos similares; atender aos preceitos de pacificação de conflitos;

³¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da União**. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 08 nov. 2020. Art. 5º, inciso XXXV: a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

³² CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Por Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988, p. 15.

facilitar a entrada daqueles que se encontram em situação precária ou desigual em seus direitos; e possibilitar formas alternativas extrajudiciais para a resolução de conflitos.³³

Considerando esses parâmetros, destaca-se a possibilidade de as MPEs postularem perante os Juizados Especiais³⁴, partindo da premissa de que são pessoas jurídicas hipossuficientes e que necessitam ser regidas pela justiça gratuita, marcada pela oralidade, simplicidade, celeridade e economia processual, e que tem por pressuposto conciliar, processar, julgar e executar, tendo como bases princípios constitucionais, como o princípio da igualdade.³⁵

Com o advento da LC nº 123/2006, a possibilidade de acesso pelas MPEs a esse microsistema judicial como proponentes de ação foi determinada de forma expressa, tornando mais célere as resoluções das lides que poderiam se arrastar por longos períodos, sem contar com a efetividade da prestação jurisdicional do Estado. Igualmente, foi instituído dispositivo legal expresso autorizando que as MPEs figurassem como parte nos Juizados Especiais Estaduais da Fazenda Pública, que têm como competência processar, conciliar e julgar causas cíveis de interesse dos estados, do Distrito Federal, dos territórios e dos municípios até o valor de 60 (sessenta) salários mínimos.³⁶

Quanto à exigência de comprovação para direito de acesso aos Juizados Especiais, o enunciado cível 135 do FONAJE³⁷ estabelece que dependerá da comprovação de qualificação tributária atualizada e documento fiscal referente ao negócio jurídico objeto da demanda.

³³ MENDONÇA, Saulo Bichara; DUARTE, Márcia Michele Garcia. Acesso à justiça: instrumentalização em reconhecimento às especificidades das microempresas e empresas de pequeno porte. **Revista Jurídica Cesumar-Mestrado**, v. 17, n. 1, p. 81-106, 2017.

³⁴ BRASIL. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm> Acesso em: 8 nov. 2020. No tocante às MPEs aplica-se o art. 8º da Lei nº 9.099/1995 - Não poderão ser partes, no processo instituído por esta Lei, o incapaz, o preso, as pessoas jurídicas de direito público, as empresas públicas da União, a massa falida e o insolvente civil. §1º Somente serão admitidas a propor ação perante o Juizado Especial: [...] II – as pessoas enquadradas como microempreendedores individuais, microempresas e empresas de pequeno porte na forma da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006; [...].

³⁵ LÜERSEN, Eduardo Camera; SILVA, Josnei De Oliveira Da. Acessibilidade à justiça por meio da lei 9.099/95 para as pessoas jurídicas de direito privado. *In*: 6º Simpósio de Sustentabilidade e Contemporaneidade nas Ciências Sociais – 2018, Cascável-PR. **Anais do Simpósio Sustentabilidade e Contemporaneidade nas Ciências Sociais, 2018**.

³⁶ BRASIL. **Lei nº 12.153, de 22 de dezembro de 2009**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112153.htm>. Acesso em: 13 fev. 2020. Art. 5º, inciso I - Podem ser partes no Juizado Especial da Fazenda Pública: I – como autores, as pessoas físicas e as microempresas e empresas de pequeno porte, assim definidas na Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.

³⁷ FONAJE – Fórum Nacional de Juizados Especiais. Disponível em: <<https://www.amb.com.br/fonaje/?p=32>>. Acesso em: 13 fev. 2020.

No que concerne à Justiça do Trabalho, a LC nº 123/2006 contém dispositivo que minimiza a burocracia e flexibiliza o deslinde da instrução nas ações trabalhistas, facultando ao empregador de micro ou pequena empresa a presença nas audiências, sendo possível a substituição ou representação por terceiros que tenham conhecimento dos fatos, independentemente de vínculo trabalhista ou societário.³⁸

Nessa esteira, a legislação trabalhista também recepcionou o Estatuto da Microempresa, dando nova redação à Súmula nº 377 do Tribunal Superior do Trabalho³⁹, que antes dispunha que o preposto que representasse a pessoa jurídica deveria necessariamente fazer parte formalmente da empresa, independentemente de sua configuração. Assim, motivada pela necessidade de adequação à norma, a comissão Permanente de Jurisprudência e Precedentes normativos do TST propôs a alteração, passando a excepcionar as reclamações contra micro e pequenos empresários, além das hipóteses de reclamação de empregado doméstico.

Há, ainda, a possibilidade de as MPEs requererem o benefício da justiça trabalhista gratuita quando manifestamente hipossuficientes, eliminando um obstáculo de acesso ao Poder Judiciário. Nos casos de dificuldade financeira, estas também ficam isentas de custas processuais, bem como de pagamento de honorários sucumbenciais e periciais. Contudo, é necessário requerimento que demonstre sua debilidade econômica para arcar com tais despesas.⁴⁰

Além disso, em 2017, na Reforma Trabalhista⁴¹ foram elencadas duas situações de tratamento diferenciado a ser dispensado às MPEs, quais sejam: redução da multa a ser aplicada

³⁸ BRASIL Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de pequeno porte - **Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp123.htm>. Acesso em: 13 fev. 2020. Art. 54 - É facultado ao empregador de microempresa ou de empresa de pequeno porte fazer-se substituir ou representar perante a Justiça do Trabalho por terceiros que conheçam dos fatos, ainda que não possuam vínculo trabalhista ou societário.

³⁹ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 377. Disponível em: < http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_351_400.html#SUM-377>. Acesso em: 13 fev. 2020. PREPOSTO. EXIGÊNCIA DA CONDIÇÃO DE EMPREGADO (nova redação) – Res. 146/2008, DJ 28.04.2008, 02 e 05.05.2008. Exceto quanto à reclamação de empregado doméstico, ou contra micro ou pequeno empresário, o preposto deve ser necessariamente empregado do reclamado. Inteligência do art. 843, § 1º, da CLT e do art. 54 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.

⁴⁰ O Enunciado 113 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis dispõe: Na Justiça do Trabalho, o empregador pode ser beneficiário da gratuidade da Justiça, na forma do art. 98 do CPC/2015. Disponível em: < <https://institutodc.com.br/wp-content/uploads/2017/06/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf>>. Acesso em: 13 fev. 2020.

⁴¹ A Reforma Trabalhista no Brasil de 2017 foi uma mudança significativa na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) instrumentalizada pela lei nº 13.467 de 2017. O objetivo da reforma foi combater o desemprego e a crise econômica no país, que teve início em 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm>. Acesso em: 13 fev. 2020.

pelas Delegacias Regionais do Trabalho, de R\$ 3.000,00 (três mil reais) para R\$ 800,00 (oitocentos reais) para cada empregado não registrado; e redução do valor do depósito recursal para a metade, o que abrevia a onerosidade das lides processuais.⁴²

Embora as alterações na legislação trabalhista não tenham promovido grandes mudanças econômicas para as MPEs, tendo em vista que na eventual valoração dos princípios de proteção ao trabalhador e do princípio de estímulo às microempresas e empresas de pequeno porte, estas ainda estejam prejudicadas, a menção das micro e pequenas atividades pode ser considerada um pequeno avanço no resguardo de seus direitos rumo ao desenvolvimento e ao estímulo.

No que se refere à gratuidade da justiça, a concessão dos benefícios da justiça gratuita está disciplinada na Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950⁴³, que contempla os interesses das pessoas físicas, não havendo norma expressa que determine os mesmos benefícios à pessoa jurídica na esfera cível. Entretanto, o Código de Processo Civil (CPC), em seu art. 98⁴⁴, no tocante às pessoas jurídicas, estabelece de maneira geral, sem distinção de porte ou objeto social, que, no caso de insuficiência de recursos para pagar as custas as despesas processuais e os honorários advocatícios, elas têm direito à gratuidade de justiça.

O Superior Tribunal de Justiça, por meio da Súmula 481⁴⁵, valida o dispositivo do art. 98 do CPC, especificando que faz jus ao benefício a pessoa jurídica com ou sem fins lucrativos que demonstre a impossibilidade de arcar com os custos. Em que pese não haver dispositivo isentando as micro e pequenas empresas de pagamento de custas na justiça cível no caso de dificuldades financeiras, as exigências na documentação comprobatória são menos rígidas se

⁴² As hipóteses de tratamento diferenciado no tocante às MPEs se encontram na CLT: no artigo 47, que teve o seu texto alterado; e no artigo 899, com a inclusão do §9º. BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 (Consolidação das Leis do Trabalho). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 13 fev. 2020.

⁴³ BRASIL. **Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950**. Estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L1060compilada.htm>. Acesso em: 09 nov. 2020.

⁴⁴ BRASIL. Código de Processo Civil. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm>. Acesso em: 08 nov. 2020. Art. 98. A pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios tem direito à gratuidade da justiça, na forma da lei.

⁴⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Revista Eletrônica do STJ**. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2017_43_capSumulas481-485.pdf>. Acesso em: 13 fev. 2020. Precedentes da Súmula 481 do Superior Tribunal de Justiça.

comparadas às das médias e grandes empresas, bastando a apresentação de faturamento da renda bruta.⁴⁶

Em um ambiente de crise financeira, muitas MPEs acabam encerrando suas atividades pelos mais variados motivos, sendo os mais comuns o crescimento desgovernado do passivo e a falta de capital de giro para a manutenção do funcionamento. Como alternativa, a Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, que regula o processo de recuperação judicial, extrajudicial e falência, possui dispositivo que dispõe sobre a simplificação do procedimento de recuperação das MPEs. Trata-se de mais um tratamento legal diferenciado, uma recuperação judicial especial, tendo como um de seus benefícios a não obrigatoriedade na realização de assembleia-geral de credores e quando da análise dos requisitos legais o juiz de pronto poderá conceder a recuperação.⁴⁷

1.4 A participação diferenciada e favorecida das MPEs nas aquisições públicas

Com o advento do Estatuto da Microempresa, a participação das MPEs no ambiente licitatório obteve grande progresso, tendo sido ampliada por meio de prerrogativas legais que lhes proporcionaram tratamento diferenciado e favorecido, especialmente por ser a licitação uma política pública emanada pela lei.⁴⁸

Um dos principais benefícios estatuídos pela Lei Geral refere-se à regulamentação da contratação das MPEs nas três esferas de governo: União, estados, Distrito Federal e municípios. Tais prerrogativas estão elencadas nos artigos 42 a 49, no Capítulo V – DO

⁴⁶ VINAGRE, Ana Maria Q Ribeiro da Silva. **Acesso à justiça: tratamento diferenciado para o microempreendedor individual (MEI), microempresas (ME) e empresas de pequeno porte (EPP)**. Brasília, 2013. 20f. – Artigo (Especialização em Direito e Gestão dos Serviços Sociais Autônomos no curso de Pós-Graduação Latu Sensu do Instituto Brasiliense de Direito Público). Disponível em: <<http://hdl.handle.net/123456789/1355>>. Acesso em: 13 fev. 2020.

⁴⁷ BRASIL. **Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005**. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Na Seção V, os arts. 70 a 72 dispõem acerca do plano de recuperação judicial para microempresas e empresas de pequeno porte. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em: 13 fev. 2020.

⁴⁸ PEREIRA JUNIOR, Jessé T.; DOTTI, Marinês. R. **Políticas Públicas nas licitações e contratações administrativas**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 64.

ACESSO AOS MERCADOS, Seção I – Das Aquisições Públicas, da LC nº 123/2006, assegurando a participação mais isonômica nos processos de licitação.⁴⁹

Ao analisar os dispositivos, é possível verificar os detalhes que diferenciam as MPEs das outras empresas no que se refere às aquisições públicas. Como ponto de partida, observa-se que os artigos 42 e 43 dispõem que a comprovação da regularidade fiscal e trabalhista é exigida apenas no ato da assinatura do contrato, em vez de ser um requisito para habilitação nos certames, permitindo a sua regularização em caso de vencimento.⁵⁰ Como exemplo, caso a empresa esteja com dificuldades financeiras, não há necessidade de descapitalização prévia para a regularização das dívidas apenas para lhe dar o direito de participação, sendo obrigatória apenas se vencedora.

O artigo 44 assegura o direito de preferência na contratação de MPEs como critério de desempate. Todavia, a maior inovação do dispositivo encontra-se nos §§1º e 2º, por meio dos quais se criou uma espécie de empate ficto, configurado quando a proposta apresentada pela micro ou pequena empresa for igual ou até 10% superior à proposta mais bem classificada, ou 5% em caso de pregão, sendo as regras para tal procedimento dispostas no art. 45 da mesma lei.⁵¹

Já o artigo 46 dispõe que as MPEs que forem titulares de direitos creditórios decorrentes de empenhos liquidados por órgãos e entidades da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios e não pagos em até trinta dias contados da data de liquidação poderão emitir cédula de crédito microempresarial.

A cédula de crédito microempresarial foi criada com o objetivo de amenizar os efeitos do atraso nos pagamentos que já foram devidamente empenhados e liquidados pela União, pelos estados, pelo Distrito Federal e pelos municípios, bem como de acelerar o processo de execução

⁴⁹ A **Lei Complementar nº 155, de 27 de outubro de 2016** alterou vários dispositivos da LC nº 123/2006, entre eles os artigos 42 e 43, que começaram a produziram efeitos em 1º de janeiro de 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp155.htm>. Acesso em: 17 fev. 2020.

⁵⁰ Nos termos do art. 43 da LC nº 123, de 2006, a documentação para efeito de comprovação da regularidade fiscal deve ser apresentada para a participação do certame licitatório, ainda que haja restrição, sendo estabelecido um prazo de cinco dias para saneamento em caso de o proponente for declarado vencedor.

⁵¹ DORNAS DE CARVALHO SILVA, Pedro Henrique. Tratamento diferenciado e favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte nas aquisições públicas e sua disciplina normativa. **Revista TCEMG – Comentando a jurisprudência**, p. 162. abr/jun, 2012.

da dívida perante a Fazenda Pública, tratando-se de um título executivo extrajudicial.⁵² Na redação original, o parágrafo único do art. 46 dispunha que o Poder Público tinha 180 dias para regulamentar a cédula de crédito microempresarial, uma vez que era título de crédito regido subsidiariamente pela legislação prevista para as cédulas de crédito comercial. Entretanto, esse parágrafo foi revogado pela Lei Complementar nº 147, de 07 de agosto de 2014⁵³, retirando a obrigação do ente público de efetuar pagamentos dentro dos prazos legais, levando em consideração que a cédula assegurava a garantia do recebimento. A alegação do governo foi no sentido de que as regras para a quitação das dívidas não eram claras, o que gerava desconfortos nas contas e dificuldades de administração do saldo devedor.⁵⁴

Destarte, mesmo após a revogação do parágrafo único que minimizou a descapitalização do Estado, a cédula de crédito microempresarial continua sem regulamentação, tendo essa inércia se arrastado há treze anos, o que dá margem à fragilização das relações entre MPEs e governos, visto que o pagamento dos serviços é realizado de acordo com a conveniência do Poder Público.

Destaca-se, no entanto, que, atualmente, tramita no Senado Federal o Projeto de Lei Complementar nº 137, de 2019, de autoria do Senador Flávio Arns, que altera a LC nº 123/2006, para dispor sobre a cédula de crédito empresarial, instituindo mais uma vez o parágrafo único com a seguinte redação: “Passados quinze dias da emissão da cédula de crédito microempresarial, e não efetuado o pagamento pela administração pública, fica autorizado às micro e pequenas empresas a negociarem o título em instituições financeiras conveniadas, por meio de endosso do título”.⁵⁵ O Projeto tem como justificativa proteger o empreendedor de eventualidades que levem à administração pública a não pagar pelos bens e serviços executados, uma vez que, havendo previsão das despesas nas leis orçamentárias, no processo licitatório e a devida execução do contratado, a administração se torna obrigada a pagar seu credor, pois o pagamento é o último estágio da despesa pública.

⁵² FREITAS, Thiago. **Cédula de crédito microempresarial: o título de crédito esquecido?** Empório do Direito: out. 2016. Disponível em: <<https://emporiododireito.com.br/leitura/cedula-de-credito-microempresarial-o-titulo-de-credito-esquecido>>. Acesso em: 18 fev. 2020.

⁵³ BRASIL. **Lei Complementar nº 147, de 07 de agosto de 2014**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp147.htm#art16>. Acesso em: 18 fev. 2020.

⁵⁴ CARLOS, Cristiano. **Avança no Senado projeto que obriga governo a quitar dívidas com micro e pequenas empresas**. Agência do Rádio Mais, Brasília, 11 de junho de 2019. Disponível em: <<https://www.agenciadoradio.com.br/noticias/avanca-no-senado-projeto-que-obriga-governo-a-quitar-dividas-com-micro-e-pequenas-empresas-pind191291>>. Acesso em: 18 fev. 2020.

⁵⁵ BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei Complementar nº 137, de 2019**. Dispõe sobre a cédula de crédito microempresarial. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7956147&ts=1568136604973&disposition=inline>>. Acesso em: 18 fev. 2020.

Já os artigos 47 a 49 do Estatuto da Microempresa se referem ao processo licitatório diferenciado e favorecido, com regramento no art. 48 e vedações no art. 49. Nesses dispositivos, é possível verificar a intenção do legislador de simplificar o processo, ampliar a eficiência das políticas públicas e incentivar a inovação tecnológica.

No artigo 47, há menção expressa sobre o dever de todos os níveis de governo (administração direta e indireta, autárquica e fundacional, federal, estadual e municipal) conferirem tratamento diferenciado e simplificado às MPEs, sem abrir espaço para discricionariedade administrativa com o objetivo de promoção do desenvolvimento econômico e social nos termos da lei. Igualmente, no quesito compras públicas, o parágrafo único do referido artigo estabelece que se não sobrevier legislação estadual, municipal ou regulamento específico mais favorável às MPEs, será aplicada a lei federal. Desse modo, os entes não poderão alegar ausência de regulamentação para justificar a não concessão de benefícios às micro e pequenas empresas nos processos licitatórios.

O dispositivo que mais evidencia o tratamento dispensado às MPEs é o artigo 48. Sua redação estabelece a obrigatoriedade de ser realizado processo licitatório exclusivamente voltado para as MPEs nos itens de contratação cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais). Isso acaba por impedir a participação de empresas de porte maior que não se enquadrem nos pré-requisitos da LC nº 123/2006 e que, diante das condições, poderiam auferir mais vantagens na concorrência.

Outrossim, os incisos II e III, respectivamente, do art. 48, trazem a permissão para que a Administração Pública exija dos licitantes a subcontratação de MPEs na aquisição de obras e serviços e a sua obrigatoriedade de promover a cotização do objeto licitado, com reserva de até 25% para participação exclusiva em certames para aquisição de bens de natureza divisível. No último inciso, é possível verificar a compulsoriedade de a Administração destinar uma cota para as MPEs, evidenciando a ampliação de sua participação nos certames, não se restringindo ao processo licitatório exclusivo.

Ainda em relação à participação das MPEs nas contratações públicas, o § 3º do art. 48 dispõe sobre a prioridade de contratação de MPEs sediadas local ou regionalmente, com o pagamento de valor superior no objeto de licitação, desde que no limite máximo de 10% do melhor preço válido. A eleição do critério geográfico, ainda que não justificada pelo legislador, pode ser atrelada às características naturais das localidades, como cidades ou municípios que exploram agricultura, pecuária, ou artesanato, ou, ainda, quando da ocorrência de uma

catástrofe, pretenda adquirir produtos emergenciais, alavancando assim a economia daquele local.⁵⁶

Merece destaque o fato de que esses dispositivos legais transparecem a materialização de políticas públicas que têm por objetivo final a circulação de recursos, a fim de contribuir para a sustentabilidade econômica e social da localidade e, ainda, que tenham como meio o poder de compra governamental para ser utilizado na geração de renda, emprego e distribuição de riquezas.⁵⁷

Ademais, sabe-se que a licitação pública é um importante instrumento de fomento às MPEs, uma vez que seu processo impacta as economias locais e nacional com o estímulo do empreendedorismo. Por esse motivo, o tratamento diferenciado e favorecido nesse setor é essencial para a diminuição da disparidade entre grandes e pequenas empresas, beneficiando assim a própria Administração Pública, que tem as MPEs como aliadas na diminuição das desigualdades e na promoção do desenvolvimento socioeconômico.

1.5 A viabilidade das políticas de crédito na transmutação de pequenos negócios em estruturas empresariais solidificadas

O princípio de proteção às micro e pequenas empresas insculpido no art. 170 da Constituição Federal tem como escopo o dever imposto ao Estado brasileiro de instituir mecanismos que protejam os organismos empresariais dirigidos pelos micros e pequenos empresários.

As desproporcionais condições de competitividade com as grandes empresas exigem que as MPEs tenham tratamento creditício favorecido, a fim de promover o equilíbrio do mercado com efeitos positivos na economia e na sociedade. Esses mecanismos se transvestem nas políticas públicas de fomento e incentivo às MPEs, nas quais se encontram as políticas de

⁵⁶ BOTTESI, Claudine. C. L. **Lei Complementar 147/14: o fortalecimento do tratamento diferenciado dispensado às microempresas e às empresas de pequeno porte nas compras públicas**, 2015. p. 27. Disponível em: <http://www4.tce.sp.gov.br/sites/default/files/20150708_-_artigo-claudine_-leicomplementar147-14.pdf>. Acesso em: 19 fev. 2020.

⁵⁷ SANTANA, Jair. **Novo estatuto da ME e EPP – Lei complementar nº 147 de 7 de agosto de 2014. Essencialidades e Orientações**. Belo Horizonte: R. Santana Consultoria, 2014, p. 32.

facilitação de acesso ao crédito, as quais são fundamentais para a criação de ambientes adequados para que os empreendimentos se proliferem e se desenvolvam.

Em 2006, Muhammad Yunus⁵⁸, conhecido como idealizador do microcrédito e dos negócios sociais, venceu o Prêmio Nobel da Paz por estabelecer um sistema de crédito eficaz para que a população de baixa renda da Índia pudesse montar seu próprio negócio. Nesse sistema, não havia a necessidade de garantias e as exigências tradicionais dos bancos comerciais, tendo resultado em mais distribuição de renda e diminuição da taxa de desemprego entre as classes mais pobres.⁵⁹ Por meio desse exemplo, é possível vislumbrar que as políticas de crédito direcionadas às MPEs devem ser permanentes e uniformes, a fim de evitar que as grandes companhias se sobreponham aos menores e dominem o mercado de maneira intangível. Em prol da competitividade, é necessário que essas políticas de fomento estejam inseridas na estrutura institucional do Estado e que não sejam apenas medidas transitórias que dependem dos governos instaurados.

É importante destacar que, em uma conjuntura recessiva, a economia desaquece, acarretando a diminuição de vendas com quedas nos lucros pela baixa no consumo, o que tem como fatalidade a diminuição da oferta de emprego e o conseqüente fechamento de estabelecimentos comerciais. Isso também se deve ao custo de capital, pois, em épocas de crise, ele se torna mais seletivo e escasso e menos ofertado às empresas de pequeno porte pelo risco de inadimplência atribuído a elas. O mesmo não ocorre com as grandes empresas que gozam de prerrogativas financeiras junto ao sistema bancário.⁶⁰

Corroborando com esse entendimento, o artigo 57, no Capítulo IX, da LC nº 123/2006, impõe:

O Poder Executivo Federal proporá, sempre que necessário, medidas no sentido de melhorar o acesso das microempresas e empresas de pequeno porte aos mercados de crédito e de capitais, objetivando a redução do custo de transação, a elevação da

⁵⁸ Muhammad Yunus, nasceu em Bangladesh e se tornou Ph.D em economia na Universidade de Vanderbilt nos EUA, em 1969. Foi convidado pelo secretário-geral das Nações Unidas, Ban Ki-moon, a atuar como defensor dos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio. Faz parte do Conselho de Administração da Fundação das Nações Unidas, e foi escolhido pela Wharton School of Business como uma das “As 25 Pessoas Mais Influentes de negócios dos últimos 25 anos”, entre outros 50 títulos Honoris, 112 prêmios de 26 países, incluindo honras de Estado de 10 países. Além do Nobel da Paz, foi apontado pela revista Time como um dos 12 maiores líderes empresariais em “60 anos de Heróis asiáticos”. Disponível em: <
<https://www.yunusnegociossociais.com/muhammad-yunus> >. Acesso em: 4 fev. 2020.

⁵⁹ BATISTA, Vanessa Oliveira. Os princípios constitucionais e a microempresa na ordem econômica brasileira. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**, Fortaleza, v.27, 2007, p. 317-326.

⁶⁰ EVERTON JUNIOR, Antonio. **MPE: avanços importantes para as micro e pequenas empresas 2017-2018**. Rio de Janeiro: Confederação Nacional de Bens, Serviços e Turismo, 2017. p. 44.

eficiência alocativa, o incentivo ao ambiente concorrencial e a qualidade do conjunto informacional, em especial o acesso e portabilidade das informações cadastrais relativas ao crédito.

A LC, nesse capítulo, dispõe acerca do estímulo ao crédito e à capitalização e determina diretrizes para a manutenção de linhas de crédito, entre atribuições e responsabilidades aos bancos públicos e múltiplos públicos com carteira comercial e aos bancos privados.⁶¹ Tal disposição instrui a implementação da política pública de inclusão das MPEs no mercado de crédito, oportunizando a esses empreendimentos um caminho para sua solidificação no ambiente empresarial.

O mercado de crédito bancário dispõe de diversas opções de linhas específicas, em variados bancos, sendo possível: usar para capital de giro; adquirir máquinas e equipamentos; realizar obras civis de implantação e modernização; fazer um novo projeto de investimento em ampliação; e realizar desenvolvimento e inovação tecnológica.⁶² Dentre essas linhas, a fim de promover o desenvolvimento regional, foram criados Fundos Constitucionais de Financiamento, que destinam recursos para os setores produtivos das regiões Centro-Oeste, Norte e Nordeste, e municípios dos estados de Minas Gerais e do Espírito Santo que estejam incluídos na área de atuação da SUDENE, sendo o FCO, FNO e FNE operados por diferentes instituições financeiras.⁶³

Por outro lado, as políticas de facilitação de acesso ao crédito devem estar acompanhadas de diretrizes informativas acerca da necessidade de conscientização do empresário sobre seu papel na economia, assim como das hipóteses ferramentais de produtividade e de como um comportamento direcionado pode contribuir para a melhoria do

⁶¹ BRASIL Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de pequeno porte - **Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp123.htm >.

Acesso em: 13 fev. 2020. Art. 58 - Os bancos comerciais públicos e os bancos múltiplos públicos com carteira comercial, a Caixa Econômica Federal e o Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES manterão linhas de crédito específicas para as microempresas e para as empresas de pequeno porte, vinculadas à reciprocidade social, devendo o montante disponível e suas condições de acesso ser expressos nos respectivos orçamentos e amplamente divulgados. §1º As instituições mencionadas no *caput* desse artigo deverão publicar, juntamente com os respectivos balanços, relatório circunstanciado dos recursos alocados às linhas de crédito referidas no *caput* e daqueles efetivamente utilizados, consignando, obrigatoriamente, as justificativas do desempenho alcançado. §2º O acesso às linhas de crédito específicas previstas no *caput* desse artigo deverá ter tratamento simplificado e ágil, com divulgação ampla das respectivas condições e exigências. [...].

⁶² SEBRAE. **Orientações de linhas de crédito para às micro e pequenas empresas e o microempreendedor individual**. Amapá: Revitalização do Atendimento, out. 2014. Disponível em: <<https://www.sebrae.com.br/Sebrae/Portal%20Sebrae/UFs/AP/Anexos/Cartilha%20de%20linhas%20de%20credito%20para%20MPEs%20e%20MEI.pdf>> Acesso em: 05 fev. 2020.

⁶³ SEBRAE NACIONAL. **Fundos constitucionais de financiamento**, out. 2018. Disponível em: <<https://www.sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/artigos/fundos-constitucionais-de-financiamento,88db347ea5b13410VgnVCM100000b272010aRCRD>>. Acesso em: 05 fev. 2020.

ambiente de negócios no Brasil. Vale destacar que as políticas monetárias por meio da diminuição da taxa de juros têm como efeito a redução do custo de capital, servindo como estímulo à oferta do crédito, além de incentivarem os investimentos e o consumo, maximizando com isso o crescimento da economia.

1.6 O papel do Sebrae na implantação de políticas de capacitação gerencial autossustentável dos micros e pequenos empreendedores

Na dinâmica de um mundo globalizado, no qual as transformações econômicas e tecnológicas acontecem de maneira extremamente veloz, as empresas necessitam cada vez mais de conhecimento apurado em relação aos métodos de gestão para o alcance do desenvolvimento e da sustentabilidade. Além dos impostos, da escassez de crédito e dos altos encargos embutidos neles, a falta de capacitação em gestão, planejamento estratégico, administração contábil e gerenciamento de *marketing* estão entre as maiores razões para a falência das micro e pequenas empresas no Brasil.

Nesse panorama, o Poder Público necessita de auxílio para a implementação das políticas públicas de apoio às MPEs, do mesmo modo que essas empresas precisam que haja articulação junto ao meio político. O Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (Sebrae) tem desempenhado essa função, além de diversas outras formas de atuação em prol do fortalecimento dos micros e pequenos negócios.⁶⁴

O Sebrae é uma instituição de direito privado, sem fins lucrativos, coordenado por representantes da iniciativa privada e do setor público, com o objetivo de capacitar e promover o desenvolvimento econômico e a competitividade das micro e pequenas empresas, estimulando o empreendedorismo no país.⁶⁵ É ainda integrante do chamado Sistema S⁶⁶, termo

⁶⁴ RALIO, Vanessa. R.Z.; DONADONE, Julio César. Estudo sobre o histórico de atuação do Sebrae na consultoria para micro e pequenas empresas brasileiras. **GEPROS. Gestão da Produção, Operações e Sistemas**, Bauru, Ano 10, nº 2, p. 33-47, abr-jun/2015.

⁶⁵ MARTINELLI, Dante Pinheiro. **As Políticas Públicas de Apoio às Micro, Pequenas e Médias Empresas (MPME): o caso de um município no interior de São Paulo**. Disponível em: <
http://issbrasil.usp.br/artigos/gso_8.pdf>. Acesso em: 06 fev. 2020.

⁶⁶ Fazem parte do sistema S: Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial (Senai); Serviço Social do Comércio (Sesc); Serviço Social da Indústria (Sesi); e Serviço Nacional de Aprendizagem do Comércio (Senac); Serviço Nacional de Aprendizagem Rural (Senar); Serviço Nacional de Aprendizagem do Cooperativismo (Sescoop); Serviço Social de Transporte (Sest); Serviço Nacional de Aprendizagem do Transporte (Senat) e Serviço de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (Sebrae). Fonte: Agência Senado.

que define o conjunto de organizações das entidades corporativas voltadas para treinamento profissional, assistência social, consultoria, pesquisa e assistência técnica, que, além de terem seu nome iniciado com “S”, têm raízes comuns e características organizacionais similares. O Sistema S foi instituído com base no art. 149 da Constituição Federal⁶⁷ e é de competência exclusiva da União.⁶⁸

Fundado em 1972, o Sebrae tem desenvolvido diversos programas voltados para as MPEs, sendo a consultoria empresarial o serviço de maior destaque. Sua atuação abrange todo o território nacional, direcionando estratégias e projetos de acordo com a realidade regional de cada unidade da federação. Essa entidade desempenhou papel fundamental na articulação da aprovação da LC nº 123/2006, tendo participado ativamente na sua formulação junto ao Congresso Nacional e à Presidência da República. Destaca-se a realização de eventos na promoção das MPEs, com envolvimento das Confederações da Indústria e do Comércio, entre outras instituições ligadas à área, criando a “Frente Empresarial”⁶⁹, que mobilizou milhares de empresários no país para o avanço da aprovação da lei.⁷⁰

Com a aprovação da LC nº 123/2006, o Sebrae se reinventou ao assumir a maior parte da responsabilidade por implantar políticas públicas de desenvolvimento econômico. Além disso, modernizou-se com o uso da tecnologia e passou a disponibilizar, além dos serviços ofertados nas unidades físicas, trabalhos educativos em uma plataforma eletrônica descomplicada⁷¹, com dados e pesquisas que podem servir como ferramentas de auxílio na tomada de decisão em inúmeras situações do cotidiano empresarial.

⁶⁷ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da União**. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 08 nov. 2020. Art. 149 - Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, [...].

⁶⁸ SENADO FEDERAL. **Glossário Legislativo**. Disponível em:

<<https://www12.senado.leg.br/noticias/glossario-legislativo/sistema-s>>. Acesso em: 06 fev. 2020.

⁶⁹ Em abril de 2005 foi criada a Frente Empresarial pela Lei Geral, apoiada pelo Sebrae e integrada pelas Confederações Nacionais da Indústria (CNI), do Comércio (CNC), da Agricultura (CNA), dos Transportes (CNT) e de Dirigentes Lojistas (CNDL), além de Associações Comerciais e Empresariais do Brasil (CACB), dos Jovens Empresários (CONAJE), das Entidades de Micro e Pequenas Empresas (CONEMPE) e da Federação Nacional das Empresas Contábeis e das Empresas de Assessoramento, Perícias, Informações e Pesquisas (Fenacon). Disponível em: <<https://m.sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/artigos/historico-da-lei-geral,8e95d6d4760f3610VgnVCM1000004c00210aRCRD>>. Acesso em: 07 fev. 2020.

⁷⁰ LAVAL SILVA, Cláudio Henrique. **Avanços e limites da lei geral da micro e da pequena empresa (LC 123/2006) – 2006 a 2013**. Dissertação (Mestrado em Desenvolvimento e Planejamento Territorial – PUC, Goiânia, 2014).

⁷¹ Vide: www.sebrae.com.br

Nessa página da web, é possível acessar trabalhos qualitativos com bom nível de detalhamento e também dados quantitativos. O sítio é dividido por seções, como: empreendedorismo, apresentando como acontece no Brasil e a metodologia empregada; conjuntura econômica, apresentando estudos de faturamento e pesquisas sobre o índice de confiança das MPEs no Brasil.⁷² Igualmente, há pesquisas sobre o mercado e relatórios de participação na economia nacional, bem como a sobrevivência das empresas, retratada por intermédio de estudos e trabalhos pelos quais é possível verificar a eficácia das políticas públicas na capacitação com a mudança para melhor no perfil dos proprietários/empreendedores.

Após a entrada em vigor do Estatuto da Microempresa, o Sebrae atuou nos estados e nos municípios com o objetivo de apoiar a sua regulamentação, levando conhecimento por meio da criação de Fóruns Estaduais das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, em consonância com o Fórum Permanente das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, do antigo Ministério do Desenvolvimento Indústria e Comércio Exterior (MDIC), que foi incorporado pelo superministério da Economia. Vale ressaltar que o Sebrae também ofereceu apoio técnico e esclarecimentos junto às câmaras municipais para a aprovação da Lei Municipal da MPE, auxiliou na desburocratização da abertura e do fechamento de empresas nas capitais dos estados, além de ter promovido diversos cursos de capacitação para a aplicação da LC nº 123/2006.⁷³

O avanço mais visível na atuação do Sebrae no ambiente das MPEs se refere ao processo de mudança de comportamento e de cultura de seus dirigentes, com a redução da informalidade em decorrência do acesso facilitado à informação. É importante destacar que a transformação da visão desse segmento contribuiu para o processo de inclusão de minorias, como no caso do aumento da participação feminina no empreendedorismo nacional, o que impacta positivamente todo o cenário socioeconômico do país.

Outra importante iniciativa do Sebrae é o Projeto Capital Empreendedor. Trata-se de um projeto que visa a captação de recursos para a realizar planos e projetos de longo prazo. Nesse tipo de financiamento, um investidor, denominado investidor de risco, aporta recursos no negócio em troca de participação societária de uma empresa de capital fechado, com o objetivo de vender essa participação, decorrido algum tempo, com valor superior ao do

⁷² EVERTON JUNIOR, Antonio. Ob. cit. p. 40.

⁷³ LAVAL SILVA, Cláudio Henrique. Ob. cit. p. 20-21.

investimento. O Sebrae conduz todo o processo de orientação, oferecendo informações sobre a lógica dos mercados de investimento de risco a empreendedores e investidores, incluindo a mentoria comportamental e dos negócios, aproximando os agentes do ecossistema de capital. O processo envolve a participação de investidores-anjo, aceleradoras, plataformas de *crowdfunding* de investimentos, fundos de investimento, empresas investidas e assessores jurídicos, contribuindo de forma significativa com a melhora do ambiente de negócios, descentralizando o mercado e promovendo o desenvolvimento econômico.⁷⁴ Embora os termos se remetam a uma *startup*, o projeto abarca processos inovadores independentemente do modelo de negócio.

Cumprе esclarecer que necessariamente em sua gênese uma *startup* é uma micro ou pequena empresa, tendo como diferencial os objetivos de negócio. As *startups* focam nas receitas para alavancamento com potencial crescimento, enquanto as MPEs perseguem a rentabilidade e a estabilidade do negócio a longo prazo.

Ainda no ambiente creditício, o Sebrae, em 22 de novembro de 2019, assinou um acordo de cooperação técnica com o Banco do Nordeste, com o objetivo de fortalecer as MPEs dessa região e da região norte dos estados de Minas Gerais e Espírito Santo, no qual 2 mil municípios foram atendidos em ações coordenadas, envolvendo capacitação gerencial, educação financeira e ampliação do acesso ao crédito.⁷⁵

Nesse panorama, é possível verificar que as políticas financeiras idealizadas pelo Sebrae têm sido fundamentais na perpetuidade das empresas, especialmente no tocante à intermediação de um crédito sustentável, o que reduz consideravelmente o risco de inadimplência. O trabalho de conscientização do empresário antecedendo a tomada do crédito, tem como um de seus principais benefícios mais segurança jurídica para os contratos de empréstimo, tanto para as empresas que não ficam expostas à assimetria informacional quanto para os ofertantes que passam a ter mais proximidade com o seu cotidiano real.

⁷⁴ SEBRAE. **Capital Empreendedor” prepara dono do pequeno negócio para buscar investimentos de risco.** mar. 2019. Disponível em: <<http://www.agenciasebrae.com.br/sites/asn/uf/NA/capital-empreendedor-prepara-dono-de-pequeno-negocio-para-buscar-investimentos-de-risco,3b09190f394c9610VgnVCM1000004c00210aRCRD>>. Acesso em: 07 fev. 2020.

⁷⁵ BANCO DO NORDESTE. **BNB e SEBRAE assinam acordo que beneficia micro e pequenas empresas, com aval do Ministério da Economia.** Disponível em: <https://www.bnb.gov.br/noticias/-/asset_publisher/x8xtPijhdmFZ/content/bnb-e-sebrae-assinam-acordo-que-beneficia-micro-e-pequenas-empresas-com-aval-do-ministerio-da-economia/50120?inheritRedirect=true>. Acesso em: 10 fev. 2020.

Ademais, outro grande entrave no financiamento bancário é a exigência de garantias reais e de avalista/fiadores. Nesse pré-requisito, o Sebrae tem prestado serviços de garantias de crédito para os pequenos negócios, por intermédio de instituições financeiras conveniadas, tornando-se avalista complementar por meio do Fundo de Aval às Micro e Pequenas Empresas (Fampe), que pode garantir até 80% do financiamento, dependendo do porte empresarial e da modalidade de financiamento.⁷⁶

Dessa forma, o Sebrae tem se consolidado cada vez mais como uma instituição que apoia e viabiliza as políticas públicas voltadas para as micro e pequenas empresas, além de desenvolver projetos que auxiliam na sustentabilidade dessas atividades. Sua maior contribuição recai sobre a diminuição das dificuldades burocráticas e creditícias na consolidação de seus negócios e no fomento das atividades por meio de projetos que envolvem as empresas, o Estado e as instituições financeiras, impactando significativamente o espaço socioeconômico nacional.

⁷⁶ SEBRAE. **Fundo de Aval do Sebrae oferece garantia para os pequenos negócios**. Disponível em: <<https://www.sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/sebraeaz/fundo-de-aval-do-sebrae-oferece-garantia-para-os-pequenos-negocios,ac58742e7e294410VgnVCM2000003c74010aRCRD>>. Acesso em: 11 fev. 2020.

CAPÍTULO 2 A ESSENCIALIDADE DO CRÉDITO NAS ATIVIDADES EMPRESARIAIS DAS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS COMO UM DOS INDUTORES DO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO

A concretização dos planos de investimentos de agentes econômicos empreendedores depende do montante de recursos financeiros por eles captados. Para as empresas, é vital a captação de recursos necessários à implementação de novos projetos, de modo a alavancar a atividade, bem como para se manterem em períodos de baixa liquidez. Essa engrenagem impõe o ritmo de desenvolvimento e de crescimento de um sistema capitalista econômico padrão.

O acesso ao crédito é uma das principais ferramentas para o desenvolvimento econômico de um país. Sem a obtenção de recursos, as empresas diminuem sua capacidade produtiva e de investimento e reduzem os patamares de faturamento e de geração de emprego e renda, o que acaba contribuindo para o aumento da mortalidade.⁷⁷

Nessa realidade, é importante destacar que a teoria clássica do desenvolvimento econômico assinala sobre a indispensabilidade do crédito em um sistema econômico equilibrado. Nesse raciocínio, no percurso da teoria do desenvolvimento capitalista, Joseph Alois Shumpeter⁷⁸ conceitua:

Nesse sentido, portanto, definimos o cerne do fenômeno do crédito da seguinte maneira: o crédito é essencialmente a criação de poder de compra com o propósito de transferi-lo ao empresário, mas não simplesmente a transferência de poder de compra existente. A criação de poder de compra caracteriza, em princípio, o método pelo qual o desenvolvimento é levado a cabo num sistema com propriedade privada e divisão do trabalho. Através do crédito, os empresários obtêm acesso à corrente social dos bens antes que tenham adquirido o direito normal a ela. Ele substitui temporariamente, por assim dizer, o próprio direito por uma ficção deste. A concessão de crédito opera nesse sentido como uma ordem para o sistema econômico acomodar aos propósitos do empresário, como um comando sobre os bens de que necessita: significa confiar-lhes forças produtivas. É só assim que o desenvolvimento econômico poderia surgir

⁷⁷ ZICA, Roberto M. F.; MARTINS, Henrique C.; CHAVES, Alessandro F. B. **Dificuldades e perspectivas de acesso ao sistema financeiro nacional pelas micro e pequenas empresas**. São Paulo: Egepe Mackenzie, 2008. Disponível em:

<http://redegartias.com/archivos/web/ficheros/Articulos_Marinho/Artigo_Dificuldades_e_Perspectivas_de_Acesso_ao_Sistema_Financeiro_Nacional_pelas_Micro_e_Pequenas_Empresas.pdf>. Acesso em: 05 dez. 2018.

⁷⁸ Shumpeter foi precursor da teoria do desenvolvimento capitalista. Ofereceu uma importante contribuição à economia contemporânea, especialmente no estudo dos ciclos econômicos. Austríaco, foi advogado de um tribunal internacional do Cairo, conselheiro econômico de uma princesa egípcia, criador de cavalos, ministro da fazenda da Áustria, filósofo social e poeta do progresso. Graduou-se em Direito e Economia na Universidade de Viena. Em um período antecedente à II Guerra Mundial, emigrou-se para os Estados Unidos, passando a lecionar na Universidade de Harvard até a sua morte, ocorrida em 1950.

a partir do mero fluxo circular em equilíbrio perfeito. E essa função constitui a pedra angular para a moderna estrutura de crédito.⁷⁹

Assim, quanto maior o volume de crédito, maior é o crescimento e o desenvolvimento da economia. Ao exemplo, no sistema financeiro brasileiro, o volume global de crédito representou em novembro de 2015 o correspondente a 53,8% do Produto Interno Bruto (PIB), que, sendo um volume creditício baixo se comparado a outros países como Chile (70% do PIB), Índia (78% do PIB), China (128% do PIB) e EUA (187% do PIB).⁸⁰

As políticas públicas desenvolvidas no âmbito das microempresas, entretanto, apresentam complicações que limitam o acesso ao crédito por conta das exigências impostas, como o excesso de burocracia e de impostos, e das dificuldades de acesso à tecnologia e ao conhecimento, o que constitui uma contradição em relação ao disposto na CF. Para estimular o empreendedorismo, é necessário propiciar condições para criar e manter o próprio negócio, isso significa eliminar a burocracia, facilitar o acesso ao crédito, reduzir taxas de juros e capacitar os agentes.

Em pesquisas realizadas pelo Sebrae junto a instituições de apoio e financeiras, foi constatado que empresas de médio e maior porte têm mais facilidade em acessar linhas de crédito, pois o faturamento é um fator relevante para comprovação de renda e futuras garantias de satisfação de débito, além de serem as que dispõem de mais recursos humanos para atender à burocracia e elaborar os projetos necessários para o acesso a esses créditos.⁸¹ A capacidade de inovação tecnológica e social de micro e pequenas empresas depende, portanto, das condições institucionais que são geradas em uma dada região, com base em modelos de desenvolvimento não apenas atrelados ao crescimento econômico, mas a um sistema de cooperação institucional que envolva Estado, mercado e sociedade civil.

No que concerne à essencialidade do acesso ao crédito para o desenvolvimento econômico e social de um país, tem-se que, na sua concessão, é possibilitado o aumento de compras para as empresas a preços mais baixos, caso as taxas sejam reduzidas, como: a quitação de débitos; a oportunidade de negociar com fornecedores; mais facilidade de compra;

⁷⁹ SCHUMPETER, Joseph Alois. **Teoria do desenvolvimento econômico: uma investigação sobre lucros, capital, crédito, juro e ciclo econômico**; tradução de Maria Sílvia Possas, 3. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1988. p. 74.

⁸⁰ TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: títulos de crédito**, v.2. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 4.

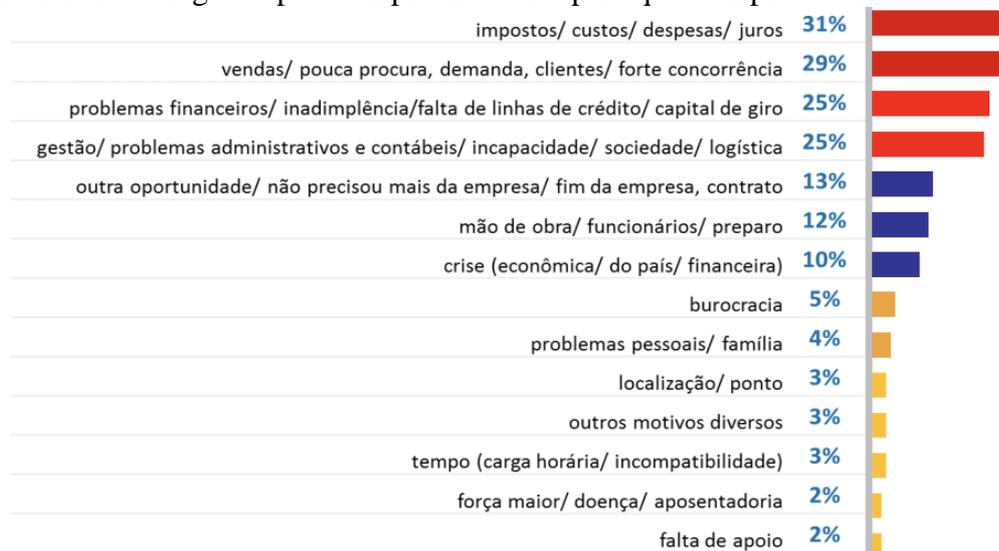
⁸¹ O Sebrae classifica como microempresa aquela que ocupa até 9 (nove) pessoas nos setores de comércio e serviços; ou até 19 (dezenove) pessoas, nos setores de indústria e construção. Pequena empresa é considerada aquela que ocupa de 10 (dez) a 49 (quarenta e nove) pessoas nos setores de comércio e serviços; ou de 20 (vinte) a 99 (noventa e nove), na indústria e construção.

oportunidade de comprar à vista; tranquilidade para administrar a empresa; crescimento da própria empresa; reformas e melhorias na infraestrutura; aquisição de novos equipamentos; ampliação do negócio; implementação de novos negócios e novos produtos; auxílio em tempos de crise; aceleração e crescimento; além de flexibilidade nos prazos e nas formas de pagamento.⁸²

Nesse contexto, é de fundamental importância destacar que a manutenção do capital de giro é um dos maiores responsáveis pela busca por crédito bancário por parte das MPEs, visto que se trata de elemento essencial para a sobrevivência da atividade no mercado. O crédito possibilita a criação de novos empregos, tendo por efeito a geração de mais impostos, que, por sua vez, ciclicamente, retornam ao Poder Público e podem ser aplicados em melhorias para a população.

Salienta-se que as empresas que não obtêm empréstimos em bancos estão mais propensas ao fechamento. Em pesquisa realizada pelo Sebrae, foram consultadas 2.000 (duas mil) empresas que encerraram suas atividades, na qual os empreendedores deveriam citar três motivos determinantes para que a empresa deixasse de funcionar. Essa pesquisa obteve os seguintes dados⁸³:

Figura 2 – Motivos alegados pelos empreendedores para que a empresa deixasse de funcionar



Fonte: Sebrae (2016).

⁸² AOKI, Vanessa C. G, BADALOTTI, Rosana. Dificuldades e perspectivas no acesso de micro e pequenas empresas a linhas de crédito públicas: o caso de Chapecó. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, p. 1321, set./out. 2014.

⁸³ SEBRAE. **Sobrevivência das Empresas no Brasil. 2016**. Disponível em: <<https://m.sebrae.com.br/Sebrae/Portal%20Sebrae/Anexos/sobrevivencia-das-empresas-no-brasil-relatorio-apresentacao-2016.pdf>>. Acesso em: 06 fev. 2020.

Ao analisar os dados, é possível verificar que problemas financeiros gerados pela escassez de crédito é o terceiro maior motivo de mortalidade empresarial no país, o que evidencia claramente o papel essencial do crédito na sustentabilidade das micro e pequenas empresas. Nesse sentido, os fatores capazes de promover o desenvolvimento econômico de uma região ou país são a adoção de inovações, a boa utilização do crédito e a ação de empresário inovador. As inovações podem ser entendidas como a introdução de um novo processo de produção, de um novo produto, a abertura de um novo mercado ou a descoberta de uma nova matéria-prima. Será a inovação a responsável pelo desenvolvimento e é por meio do crédito que o empresário terá a oportunidade de executá-la.⁸⁴

Assim, não resta dúvida sobre a indispensabilidade do crédito bancário como fonte de financiamento dos empreendimentos, especialmente das micro e pequenas empresas, que reconhecidamente possuem papel fundamental na promoção do desenvolvimento econômico do país ao empregarem milhões de pessoas e, por consequência, movimentarem grandes quantias, participando ativamente na geração de renda e fazendo cumprir a sua função social ao manter todos esses aspectos.

2.1 A responsabilidade social das instituições financeiras no fomento da atividade empresarial econômica das MPEs

Na atual sociedade globalizada, a responsabilidade social surge como condutora na mudança de paradigmas éticos e na gestão empresarial, o que repercute tanto na própria área de gestão como no processo produtivo em si.

No ambiente econômico, esse novo campo obrigacional tem como um de seus objetivos induzir as instituições financeiras à corresponsabilidade pelo combate às desigualdades socioeconômicas. Nesse sentido, a responsabilidade social empresarial pode assim ser conceituada:

Responsabilidade social empresarial é a forma de gestão que se define pela relação ética e transparente da empresa com todos os públicos com os quais ela se relaciona e pelo estabelecimento de metas empresariais compatíveis com o desenvolvimento sustentável da sociedade, preservando recursos ambientais e culturais para gerações

⁸⁴ CHIEZA, Rosa Angela, ORTIZ, Julia. **A importância do crédito na visão Shumpeteriana e a experiência gaúcha na busca de alternativas à ampliação do acesso ao crédito para empresas de menor porte.** Disponível em: < <https://www.fee.rs.gov.br/3eeg/Artigos/m09t03.pdf> > Acesso em: 07 dez. 2018.

futuras, respeitando a diversidade e promovendo a redução das desigualdades sociais.⁸⁵

Desse modo, espera-se que as instituições financeiras reconheçam que seus objetivos não devem ser concentrados unicamente na maximização dos lucros a qualquer custo, sem considerar os impactos ambientais, econômicos e sociais. Qualquer tomada de decisão corporativa também deve estar acompanhada de consciência sobre a sua função social, uma vez que essas instituições são detentoras de volumoso capital.

Nesse contexto, vale destacar o papel do Sistema Nacional de Fomento (SNF) da economia brasileira. Esse sistema é formado pelo conjunto de instituições públicas, bancárias (bancos de desenvolvimento e bancos com carteira comercial ou múltipla), não bancárias (agências de fomento), e privadas (cooperativas, organizações de microfinanças) voltadas para o financiamento de setores e atividades prioritárias ou estratégicas para o desenvolvimento, bem como de segmentos da população e de regiões que não conseguem obter recursos no sistema financeiro privado. Um SNF eficiente propulsiona o investimento e incentiva a inovação, atua nas falhas de mercado, aumenta a capilaridade do sistema financeiro nacional, age como um braço para as ações das políticas públicas, direciona e democratiza o crédito, além de operar com políticas contracíclicas.⁸⁶

Igualmente, as Instituições Financeiras de Desenvolvimento (IFDs) são ferramentas importantes para o provimento de recursos a longo prazo, além de serem instrumentos para a execução de políticas públicas. As principais são as agências financeiras de fomento (AFFs), os bancos de desenvolvimento (BDs)⁸⁷ e as agências financeiras de apoio ao desenvolvimento (ANFs).

⁸⁵ ETHOS – INSTITUTO ETHOS DE EMPRESAS E RESPONSABILIDADE SOCIAL; AKATU – INSTITUTO AKATU PELO CONSUMO CONSCIENTE. **Responsabilidade social das empresas: percepção do consumidor brasileiro – pesquisa 2010**. São Paulo: Ethos; Akatu, 2010. Disponível em: <http://www.akatu.org.br/Content/Akatu/Arquivos/file/10_12_13_RSEpesquisa2010_pdf.pdf>. Acesso em: 16. jan. 2018.

⁸⁶ CUNHA, André. M; PRATES, Daniela. M; CARVALHO, Carlos E. O Sistema Nacional de Fomento: Formato Atual e Propostas de Reforma. **Análise Econômica**. Porto Alegre, ano 34, n. 65, p. 270, mar. 2016.

⁸⁷ Segundo o Banco Central os bancos de desenvolvimento são instituições financeiras controladas pelos governos estaduais, e têm como objetivo precípuo proporcionar o suprimento oportuno e adequado dos recursos necessários ao financiamento, a médio e a longo prazo, de programas e projetos que visem a promover o desenvolvimento econômico e social do respectivo estado. As operações passivas são depósitos a prazo, empréstimos externos, emissão ou endosso de cédulas hipotecárias, emissão de cédulas pignoratícias de debêntures e de Títulos de Desenvolvimento Econômico. As operações ativas são empréstimos e financiamentos, dirigidos prioritariamente ao setor privado. Devem ser constituídos sob a forma de sociedade anônima, com sede na capital do estado que de- tiver seu controle acionário, devendo adotar, obrigatória e privativamente, em sua denominação social, a expressão “Banco de Desenvolvimento”, seguida do nome do estado em que tenha sede (Resolução CMN 394, de 1976).”

O Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico (BNDES)⁸⁸, como principal órgão de fomento da economia brasileira, tem papel fundamental dentro do SNF junto às MPEs, haja vista que essas são instrumentos estratégicos de geração de emprego e renda no Brasil. Todavia, o excesso de concentração física do banco e seu baixo contato direto com essas atividades, impede que haja efetividade na promoção do aumento da competitividade e na execução de políticas públicas voltadas para esse segmento.⁸⁹

No que diz respeito às linhas de crédito para as MPEs, há a disponibilização de linhas que possibilitam a compra de bens de produção e serviços, como o financiamento de máquinas e equipamentos novos, inclusive ônibus e caminhões de fabricação nacional, e também financiamento para aquisição de *softwares* e serviços correlatos. Quanto ao capital de giro, ressalta-se o programa de microcrédito para microempresas com receita bruta anual de até R\$ 240 mil e outras variadas linhas para as pequenas empresas voltadas para setores específicos da economia e considerados importantes para o desenvolvimento nacional.⁹⁰

No entanto, na prática, são poucas as empresas que conseguem acessar as boas linhas de crédito fornecidas pelo BNDES, principalmente pela dificuldade de enquadramento nos padrões exigidos de liquidez, garantias e ausências de restrições. Geralmente, apenas as grandes empresas possuem essa qualificação.⁹¹ Essas linhas de crédito são intermediadas em grande parte pelos bancos públicos, na maioria dos casos pelo Banco do Brasil e pela Caixa Econômica Federal. Essas instituições possuem a discricionariedade para ofertar o crédito a quem oferecer menos risco, visto que também possuem participação nos lucros e nos prejuízos. Assim, as empresas que possuem menos garantias, ou que não possuem, acabam sendo preteridas em relação ao acesso ao crédito, e devido às suas peculiaridades, as MPEs são as mais vulneráveis nesse cenário.

⁸⁸ Segundo o Banco Central: O BNDES é um órgão vinculado ao Ministério da Economia e tem como objetivo apoiar empreendimentos que contribuam para o desenvolvimento do país. Suas linhas de apoio contemplam financiamentos de longo prazo e custos competitivos, para o desenvolvimento de projetos de investimentos e para a comercialização de máquinas e equipamentos novos, fabricados no país, bem como para o incremento das exportações brasileiras. As linhas de apoio financeiro e os programas do BNDES atendem às necessidades de investimentos das empresas de qualquer porte e setor, estabelecidas no país.

⁸⁹ FUCHSLOCH, Andrea Varela R. Uma visão sobre o Sistema Nacional de Fomento e a participação do BNDES. Sistema Nacional de Fomento, financiando o desenvolvimento. **Coletânea de Trabalhos. ABDE**, pg. 43-44.

⁹⁰ Disponível em: < www.bndes.gov.br >. Acesso em: 18 jan. 2019.

⁹¹ Os financiamentos do BNDES podem ser concedidos de duas maneiras, direta, em que a empresa capta os recursos diretamente do banco, sem intermediário, ou de maneira indireta, por meio de instituições financeiras credenciadas como o Banco do Brasil e a Caixa Econômica Federal.

Destaca-se que o BNDES, segundo uma pesquisa realizada pelo DIEESE⁹², em 2011, liberou R\$ 49,8 bilhões para micros, pequenas e médias empresas. Esse montante representou apenas 36% do total de desembolsos feitos pelo banco. Os bancos privados, por sua vez, possuem programas de financiamento próprios e executáveis de acordo com seu interesse lucrativo, sem a exigibilidade do compromisso social em sobrepesar os efeitos desenvolvimentistas de suas ações.

Nesse sentido, a responsabilidade social das instituições financeiras no compromisso com o desenvolvimento econômico das atividades empresariais ainda carece de incentivos e fiscalização. Uma regulamentação que esclarecesse os objetivos e o alcance dessa matéria poderia trazer mais efetividade na consecução dos projetos que já existem na área de financiamento, ofertando e distribuindo o crédito de forma equitativa e, assim, proporcionando um ambiente econômico mais equilibrado e, conseqüentemente, com menos riscos.

Nessa conjuntura, resta o crédito bancário comum para a grande maioria das micro e pequenas empresas, que acabam acessando esse crédito mesmo com altas taxas de juros, prazos curtos e linhas de crédito de socorro imediato, o que torna evidente a dificuldade para pagamento diante das condições impostas na contratação, ou seja, o crédito bancário atualmente disponível no mercado é aquele de altíssimo custo e baixa eficiência empresarial.

2.2 O processo de análise e a exigência de garantias como obstáculo na obtenção do crédito bancário

A intermediação de capital é a atividade precípua das instituições financeiras e, para que essa engrenagem se materialize, a lei as autoriza a receber recursos públicos e privados e os disponibilizar, por intermédio de empréstimo bancário, aos seus clientes. O ordenamento jurídico brasileiro não disciplina as modalidades de contratos bancários nem exemplifica de forma clara as características atinentes aos pactos dessa natureza. Observa-se, na prática, os modelos negociais adesivos e padronizados que dificultam a interpretação do tomador do

⁹² O Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos (DIEESE) é uma entidade criada e mantida pelo movimento sindical brasileiro. Foi fundado em 1955, com o objetivo de desenvolver pesquisas que subsidiassem as demandas dos trabalhadores. Disponível em: <<https://www.dieese.org.br/materialinstitucional/quemSomos.html>>. Acesso em: 24 fev. 2020.

crédito, colocando-o em posição hipossuficiente em relação ao imensurável poderio econômico das instituições financeiras.

Nesse ambiente econômico, as MPEs buscam crédito para o fomento da sua atividade, mas acabam esbarrando no primeiro obstáculo, que é a exigência de garantias reais e pessoais em um patamar acima do necessário para a liberação de crédito inferior ao valor do bem empenhado. No Direito brasileiro, a garantia pode ser definida como o meio para assegurar o direito de outrem contra qualquer lesão resultante da inexecução de uma obrigação, ou seja, é a proteção que a ordem jurídica dispensa à pessoa ou ao direito de cada um.⁹³

As exigências foram evoluindo e culminaram em dois tipos de garantias: as pessoais, ou fidejussórias; e as reais. Nas garantias fidejussórias, uma terceira pessoa se compromete perante o credor a adimplir o eventual débito do devedor, subdividindo-se em fiança e aval. Já as garantias reais, figuram-se em bens que pertençam ao devedor ou a terceiro que possua valor suficiente de ressarcimento ao credor em caso de não cumprimento das obrigações. Elas subdividem-se em penhor, caução, hipoteca, alienação fiduciária e anticrese.⁹⁴

A realidade das MPEs contempla, na maior parte das vezes, a inexistência de garantias reais, devido a suas características enquanto atividade empresarial, aliadas ao faturamento limitado e à ausência de pessoas com baixo grau de risco de inadimplência que se dispõem a avalizar dívidas de outrem. Assim, a ausência desses mecanismos reflete no aumento do grau de incerteza por parte das instituições financeiras, razão pela qual as barreiras do acesso ao crédito maximizam-se e o torna indisponível para uma porcentagem significativa do micro e pequeno empresariado brasileiro. O risco de crédito é avaliado pelos gerentes de crédito que analisam cinco fatores: caráter, capacidade, capital, garantia e condições de pagamento, atribuindo peso subjetivo a cada fator, que, por sua vez, formará a decisão pela concessão ou não do crédito.⁹⁵

⁹³ NEVES, Iedo Batista. **Vocabulário enciclopédico de tecnologia jurídica e de brocardos latinos**. Rio de Janeiro: Forense, 1997. v. 2. p. 1.083.

⁹⁴ SOUZA, Sylvio Capanema de. Considerações sobre a cumulação das garantias pessoais e reais, na alienação fiduciária. **Jus navigandi**. Ano 6, n. 56, Teresina, abr. 2002. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/2910/consideracoes-sobre-a-cumulacao-das-garantias-pessoais-e-reais-na-alienacao-fiduciaria>>. Acesso em: 7 jul. 2020.

⁹⁵ SAUNDERS, Anthony. **Medindo o risco de crédito. Novas abordagens para value et risk**. 10. ed. Rio de Janeiro: QualityMark, 2002. p. 45.

A Resolução nº 2682 do Banco Central do Brasil⁹⁶ dispõe sobre os critérios de classificação das operações de crédito e as regras para a constituição de provisão para créditos de liquidação duvidosa, determinando, em seu art. 1º, a classificação das operações de crédito, em ordem crescente de risco, nos seguintes níveis, conforme a Tabela 1:

Tabela 1 – Nível de risco de crédito e percentual de perdas, segundo a Resolução nº 2682 - BACEN

Níveis	AA	A	B	C	D	E	F	G	H
% Provisão	0	0,5	1	3	10	30	50	70	100

Fonte: A autora (2020)

Os percentuais equivalem às perdas prováveis na realização dos créditos, admitindo-se a reclassificação para a categoria de menor risco quando houver amortização significativa da operação ou quando fatos novos relevantes justificarem a mudança do nível de risco. Essa classificação também pode ser conhecida como *rating* e caracteriza-se por ser uma nota que os analistas de crédito julgam a respeito da capacidade das empresas de honrar compromissos financeiros assumidos. As taxas de juros obtidas nos títulos da dívida geralmente estão correlacionadas com os *ratings* concedidos pelas agências.⁹⁷

As operações creditícias exigem garantias assecuratórias em caso de inadimplência, mas essas garantias não substituem o pagamento, servem de fato como instrumento colateral para minimizar a perda. As garantias são bens escassos, principalmente as reais, que são as mais qualificadas, o que coloca as MPEs em situação precária no momento em que buscam a obtenção de crédito.

A exigência de garantias pode ser considerada uma forma de discriminar comportamentos mais ou menos arriscados, atribuindo ao maior garantidor o comportamento de maior risco. Entretanto, essa interpretação mercadológica contribui para o engessamento da economia, fortalecendo o mercado de monopólios e oligopólios e desfavorecendo o empreendedor com menos recursos que tem as suas oportunidades de prosperidade e crescimento diminuídas, ou até mesmo cessadas.

⁹⁶ BANCO CENTRAL DO BRASIL. Resolução nº 2682, de 21 de dezembro de 1999. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br>>. Acesso em: jul. 2020.

⁹⁷ DAMASCENO, Danilo L., ARTES, Rinaldo; MINARDI, Andrea M. A. F. Determinação de rating de crédito de empresas brasileiras com a utilização de índices contábeis. **Revista de Administração**, São Paulo, v. 43, n. 4, p. 344-355 out./nov./dez. 2008.

Nessa esteira, constata-se que a minimização ou eliminação das barreiras impostas pela demasiada exigência de garantia é possível, por meio de mecanismos que forneçam informações complementares, qualitativas e eficazes, oportunizando às empresas que não possuem bens ou garantias fidejussórias a contratação de operações de crédito. Esses mecanismos já vêm sendo empregados em âmbito mundial, com o objetivo de integrar as MPEs ao sistema financeiro formal, sob melhores condições de juros e prazo.

Em agosto de 1995, o Conselho Monetário Nacional (CMN) autorizou, por meio da Resolução nº 2.197, de 31 de agosto de 1995, a constituição de entidade privada, sem fins lucrativos, destinada a administrar mecanismos de proteção a titulares de créditos contra instituições financeiras. Surgiu, então, o Fundo Garantidor de Crédito (FGC), garantindo o pagamento ao credor caso a instituição financeira coberta pelo fundo não consiga honrar com os compromissos.⁹⁸

O FGC tem como objetivo a manutenção da confiança dos investidores no mercado para que possam aplicar sem receio de perder o seu capital. Esse fundo é mantido por meio de contribuições das instituições financeiras brasileiras, que depositam mensalmente 0,0125% do total dos valores transacionados por elas nos produtos cobertos pelo fundo. Assim, realizam-se os pagamentos das garantias cobrindo perdas.⁹⁹

Especificamente em relação às MPEs, os principais fundos destinados a ampará-las são: o Fampe, que é o Fundo de Aval para as Micro e Pequenas Empresas, que o Sebrae disponibiliza aos bancos conveniados como complemento de garantias; o Funproger, que é o Fundo de Aval para a Geração de Emprego e Renda, o qual avaliza pessoas físicas e jurídicas para obtenção de crédito por meio do programa Proger Urbano, do Banco do Brasil; o FGO, Fundo de Garantia de Operações, que assegura crédito para capital de giro e investimento das MPEs e médias empresas; e o FGI, Fundo Garantidor de Investimentos, que disponibiliza garantias às linhas de crédito oferecidas pelo BNDES, como capital de giro e aquisição de máquinas e *softwares*.¹⁰⁰

Nessa realidade, é evidente que o fomento aos sistemas garantidores de crédito é a medida mais recomendável para que as MPEs tenham acesso ao crédito sem que esbarrem no

⁹⁸ CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL. **Resolução nº 2.197, de 31 de agosto de 1995**. Disponível em: <<http://www.fgc.org.br>>. Acesso em: jul. 2020.

⁹⁹ FUNDO GARANTIDOR DE CRÉDITOS. Disponível em: <<http://www.fgc.org.br>>. Acesso em: jul. 2020.

¹⁰⁰ CONSELHO NACIONAL DA INDÚSTRIA (CNI). **FGO e FGI – Fundos garantidores de risco de crédito (Como as micro e pequenas empresas podem se beneficiar)**. Brasília, Núcleo de Acesso ao Crédito (NAC), 2020. Disponível em: <<http://www.portadaindustria.com.br>>. Acesso em: 2 jul. 2020.

obstáculo da exigência de garantias para sua concessão. Esta seria, portanto, uma forma de contribuição para a redução de obstáculos impostos pela insuficiência de garantias, contribuindo para a diminuição de abusos na instrumentalização dos acordos de crédito.

2.3 O contrato bancário como instrumento ratificador das atividades bancárias

Os contratos bancários podem ser conceituados como instrumentos reguladores que documentam os negócios jurídicos realizados em operações bancárias, cumprindo destacar que esse conceito pode ter contorno amplo devido à ausência de normas específicas que delimitem seu alcance e conteúdo.

Sobre o tema, vale destacar que, por exemplo, na Itália, os contratos bancários estão positivados por regramentos específicos que possibilitam a celebração de contratos entre pessoas que não sejam instituições financeiras, sendo norma devidamente reconhecida pela doutrina e jurisprudência italiana. A doutrina daquele país caracteriza os contratos a partir de dois critérios: o objetivo, em que o elemento característico é a concessão de crédito; e o subjetivo, em que basta ser celebrado por um banco.¹⁰¹

No Brasil, a Lei nº 4.595/1964, que regulamenta o Sistema Financeiro Nacional (SFN), dispõe, em seu art. 17, que são consideradas instituições financeiras pessoas jurídicas públicas ou privadas que tenham como atividade principal ou acessória a coleta, a intermediação ou a aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor de propriedade de terceiros, podendo as pessoas físicas serem equiparadas caso exerçam qualquer dessas atividades de forma permanente ou eventual.¹⁰² Nesse sentido, pode-se inferir que, se as tipologias banco ou instituição financeira estão presentes no polo contratual, isso basta para caracterizar o contrato como bancário, independentemente de autorização do Banco Central do Brasil.

No ensinamento profícuo de Ruy Rosado de Aguiar Júnior, tem-se o conceito de contrato bancário:

¹⁰¹ SALOMÃO NETO, Eduardo. **Direito bancário**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 184.

¹⁰² BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Lei nº 4.595 de 31 de dezembro de 1964**. Disponível em: < <https://www.bcb.gov.br/pre/leisedecretos/Port/lei4595.pdf> >. Acesso em: 21 jul. 2020.

Para a classificação do contrato bancário, são conhecidas as posições que levam em conta o elemento subjetivo (é bancário o contrato realizado por um banco, ou mais precisamente, no caso do Brasil, pelas instituições financeiras) ou o objetivo (é bancário o contrato que realiza a finalidade específica do banco, de intermediar o crédito indireto). Banco é a empresa que, com fundos próprios ou de terceiros, faz da negociação de crédito sua atividade principal. No Brasil, devemos considerar as instituições financeiras mencionadas na Lei nº 4.595/94. Não basta, porém, que participe da relação um banco, pois, como sujeito, a empresa bancária pode firmar contratos alheios à sua atividade principal; nem por isso deixa de ser banco, nem o contrato pode ser incluído na espécie dos contratos bancários. Na verdade, é preciso reunir os dois aspectos assinalados pelas correntes antagônicas (objetivistas e subjetivistas) para concluir que o contrato bancário se distingue dos demais porque tem como sujeito um banco, em sentido amplo (banco comercial ou instituição financeira, assim como definido no artigo 7º da Lei nº 4.595, i.e., caixa econômica, cooperativa de crédito, sociedade de crédito, banco de investimento, companhia financeira, etc.) e como objeto a regulação da intermediação de crédito.¹⁰³

A doutrina conceitua e especifica os elementos que identificam os contratos bancários e estabelece critérios que os diferenciam de um pacto comum, como o pacto civil ou empresarial. Trata-se de um instrumento híbrido, pois é regido pelo Direito Civil, mas tem como uma das partes uma instituição financeira ou um banco que realiza operações bancárias, sendo essas operações típicas de um direito especial, qual seja, o Direito Bancário.¹⁰⁴

Sérgio Carlos Covello adota os critérios subjetivo e objetivo. O primeiro considera bancário o contrato que tenha um banco como parte. Já o segundo, compreende como contrato bancário aquele que tem por objeto a intermediação do crédito. Ele define o contrato bancário como um acordo entre banco e cliente, no qual é criada, regulada ou extinta relação que tenha por objeto a intermediação do crédito¹⁰⁵

Já para Fábio Ulhoa Coelho, os contratos bancários podem ser definidos como veículos jurídicos da atividade econômica de intermediação monetária, encontrados tanto no polo da captação de superavit como no fornecimento de cobertura de deficit. Dando prosseguimento, o doutrinador aponta para a impossibilidade de definir a natureza bancária contratual unicamente pela presença de um banco como contratante, pois há pactos celebrados por essas instituições em que o crédito não é objeto, como, por exemplo, um contrato de locação de um espaço ocupado por uma agência bancária.¹⁰⁶

¹⁰³ ÁGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. Os contratos bancários e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. **Informativo jurídico da biblioteca Ministro Oscar Saraiva**, v. 15, n.1, p. 1-148, jan. jun. 2003.

¹⁰⁴ GOMES, Orlando. **Contratos**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 323-337.

¹⁰⁵ COVELLO, Sérgio Carlos. **Contratos bancários**. 4. ed. São Paulo: Universitária de Direito, 2001. p. 23.

¹⁰⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. 10. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. V. 3, p. 127.

No objetivismo de Orlando Gomes, contratos bancários é a expressão designada para negócios jurídicos que têm como uma das partes uma empresa autorizada a exercer atividades próprias dos bancos. Nas lições de sua doutrina, os esquemas contratuais comuns, quando inseridos na atividade própria dos bancos, sofrem modificações sob o aspecto técnico, as quais determinam alterações em sua disciplina, surgindo daí a necessidade de regulá-los em direito especial, embora as regras a que se subordinam não lhes alterem a causa.¹⁰⁷

O contrato bancário é integrado pelos elementos sujeito: banco e clientes; objeto: prazo, confiança, segurança, risco; e causa. A atividade precípua dos bancos é a intermediação do crédito, que, por sua vez, insere-se no campo das operações bancárias, sendo o contrato o instrumento ratificador desse negócio jurídico.

Operações bancárias é uma expressão advinda do campo econômico cujas práticas se dão em massa, sendo um termo mais usual, enquanto o termo contratos bancários advém do ordenamento jurídico, com características especiais, próprias, com destaque à autonomia relativa de vontade exteriorizada no instrumento de adesão.

As principais características dessa modalidade contratual são: a comutatividade, o sigilo; o dirigismo contratual; contabilização rígida; contrato de adesão; e pecuniaridade. Essas características serão elucidadas a seguir.

De acordo com a comutatividade, as partes na pactuação têm conhecimento acerca do sacrifício e das vantagens que o negócio comporta, não se sujeitando à aleatoriedade contratual, na qual está presente o desconhecimento de quantidade de prestações, bem como a existência de eventuais sacrifícios que terão ou não de sofrer.¹⁰⁸

O sigilo se refere ao fato de banco deter informações confidenciais depositadas pelo cliente para a liberação de crédito, cadastro ou operação, sendo obrigado a manter a discrição. Ressalta-se que sigilo bancário é expressão da garantia constitucional à intimidade, sendo o banco o prolongamento da residência, portanto, inviolável por disposição constitucional. Todavia, o artigo 1º da Lei Complementar nº 105/2001¹⁰⁹ dispõe que as instituições financeiras

¹⁰⁷ GOMES, Orlando; atualizadores Edvaldo Brito; Reginalda Paranhos de Brito. **Contratos**. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 328.

¹⁰⁸ OLIVEIRA, Celso Marcelo de. **Manual de direito bancário**. São Paulo: IOB Thonsom, 2006, p. 399.

¹⁰⁹ BRASIL. **Lei Complementar nº 105, de 10 janeiro de 2001**. Dispõe sobre sigilo das operações de instituições financeiras e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp105.htm>. Acesso em: 09 nov. 2020.

conservarão o sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados, mas que este pode ser quebrado em casos excepcionais, por ordem do Poder Judiciário ou de comissão parlamentar de inquérito.¹¹⁰

O dirigismo contratual, por sua vez, diz respeito à regulamentação pelo Estado da estrutura das operações e dos contratos por intermédio de resoluções, normativos, leis complementares, portarias, etc. Embora o contrato possa ser livremente pactuado, o banco não possui total liberdade para estipulações contratuais e oferta de produtos, passando-se para o campo da autonomia relativa. O Estado intervém na ordem econômica com o objetivo de estabelecer o equilíbrio das relações contratuais, evitando com isso a onerosidade que exceda os limites aceitáveis e se desdobre em prejuízos para todos.¹¹¹

Já a contabilização rígida, deve-se ao fato de esses contratos terem como objeto valores que requerem a comprovação imediata das operações realizadas com a escrituração contendo o vencimento, os encargos e as condições de amortização. Os bancos, sempre que solicitados, devem fornecer ao juiz os elementos do negócio realizado, pois é ele o detentor da prova. A ação judicial de exibição de documentos tem servido de instrumento efetivo nos casos em que as instituições financeiras se negam a apresentar os documentos.

O contrato de adesão refere-se à aderência direta e impassível de questionamento por parte daquele que contrata. As cláusulas são estipuladas pelo banco de maneira massiva, com a obrigação de obedecer às normas, instruções e regulamentos e de acordo com as condições do mercado financeiro que também se autorregula.

Por fim, a pecuniaridade se apresenta por essa modalidade contratual envolver sempre dinheiro, em razão de ser seu objeto o crédito. A atividade bancária consiste em receber elevados números de depósitos, ao passo que concede múltiplos empréstimos, financia bens, etc., por intermédio das operações em massa, sendo esse o principal mecanismo de lucro dos bancos.¹¹²

¹¹⁰ COVAS, Silvânio. Contratos bancários. **Revista Brasileira de Direito Comparado**. n. 18, p. 163-170, jan. 2000.

¹¹¹ PEREIRA, Mariah R. ARDENGHI, Régis S. A flexibilização do *pacta sunt servanda* nos contratos bancários diante dos princípios focados no dirigismo contratual. **Revista da ESMESC**. V. 21, n. 27, p. 278-280, 2014.

¹¹² TOLOMEI, Fernando S. Linhas gerais sobre contratos bancários. **ETIC - ENCONTRO DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA DO CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE PRUDENTE** v. 5, n. 5, 2009. Disponível em:

<<http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/view/2124/2272>>. Acesso em: 24 jul. 2020.

Destaca-se, também, que os contratos bancários têm como fins econômicos o crédito e o serviço. Os principais contratos, tipos ou espécies são: contrato de moeda e crédito, depósito e financiamento; contrato misto, de crédito e serviços (intermediação bancária); contrato de serviços (garantia, custódia, cofre, penhor, etc.), alienação fiduciária, *leasing*, antecipação, etc.

Assim, vale salientar que os contratos, ora operações bancárias, podem ser subdivididas em “passivas” – as que têm por objeto a procura e provisão de fundos, significando um ônus e obrigações para o banco, tornando-se ele um devedor na relação jurídica com o cliente, como, por exemplo, o depósito, as contas-correntes e o redesconto – e “ativas” – que visam a colocação e o emprego dos fundos arrecadados por meio de operações em que o banco se torna credor do cliente, ao exemplo dos empréstimos, financiamentos, aberturas de crédito, descontos, antecipações etc.¹¹³

Portanto, o contrato bancário é o instrumento de operação do crédito que assume características próprias, que envolvem: confiança, pois de um lado o banco averigua a vida do cliente e de outro deve haver rígido controle do Poder Público sobre a instituição financeira; prazo, ou seja, o tempo que percorre a prestação e a contraprestação; juros e risco, seja risco particular pertinente à pessoa ou à operação, ou risco geral que envolve acontecimentos externos, imprevisíveis ou inesperados, acometendo toda uma nação ou até várias nações, como viradas políticas, pandemias ou mudanças climáticas que afetem todo um território ou setor.

Nesse entendimento, é possível compreender o contrato de crédito bancário dentre as inúmeras possibilidades de espécies existentes. Esse instrumento está em constante mutação, devido às alterações do mercado, sendo impossível a sua limitação em rol taxativo. Além disso, pode se sujeitar a diferentes tipos de normas jurídicas que impliquem inserção e análise sistemática e teleológica do ordenamento jurídico, além da própria jurisprudência evidenciada pelo grande número de súmulas existentes sobre o assunto.

2.4 Os aspectos jurídicos na abusividade das cláusulas contratuais bancárias

No que se refere à natureza jurídica das cláusulas abusivas de modo geral, tem-se que são cláusulas ilícitas, ou seja, em desacordo com o Direito e com reflexos negativos no

¹¹³ Schonblum, Paulo Maximilian W. Mendlowics. **Contratos bancários**. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 54.

ordenamento jurídico, os quais violam direitos ou causam prejuízos a terceiros, dando-se causa à obrigação de reparar. Nessa seara, o Código de Defesa do Consumidor (CDC) assevera que a cláusula abusiva pode ser decretada de ofício pelo magistrado, tendo em vista que suas normas são de ordem pública.

O crédito bancário ofertado para a grande maioria das micro e pequenas empresas é disponibilizado por intermédio do contrato de adesão, o qual contém condições contratuais bancárias que geralmente apresentam cláusulas abusivas¹¹⁴, nas quais efetivamente se revestem dessa roupagem quando os seus reflexos começam a respingar no mundo jurídico.

Dentre os “abusos”, destacam-se os encargos lançados nos contratos, tais como cláusulas leoninas de vencimento antecipado de dívidas¹¹⁵, cumulação de comissão de permanência com outros encargos moratórios¹¹⁶, capitalização de juros moratórios diários que ultrapassam o limite de 12% ao ano¹¹⁷, em desconformidade com a Lei nº 10.931/2004¹¹⁸, que

¹¹⁴ Cláusula abusiva é aquela que viola o equilíbrio material que deve existir entre as prestações, sendo um conceito aberto, com conteúdo semântico flexível, a ser topicamente preenchido pelo julgador à luz das variáveis concretas. BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Manual de direito do consumidor à luz da jurisprudência do STJ**. Salvador: Edições Juspodivm, 2009. p. 268.

¹¹⁵ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. AI nº 70051625861 RS. Relator: Roberto Sbravati, Data de julgamento: 22/10/2012. 14ª Câmara Cível. Data de publicação: Diário da Justiça, 23/10/2012. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. PURGA DA MORA. CLÁUSULA DE VENCIMENTO ANTECIPADO DA DÍVIDA. PURGA DA MORA. [...] **CLÁUSULA DE VENCIMENTO ANTECIPADO. A cláusula que prevê o vencimento antecipado da dívida independentemente de qualquer notificação judicial ou extrajudicial é nula, pois é abusiva, contrariando o disposto no artigo 54, § 2º, do CDC. Agravo de instrumento negado.**

¹¹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 472. **Jurisprudência em teses**. n. 48, dez., 2015. Disponível em:

<http://www.stj.jus.br/internet_docs/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprudência%20em%20teses%2048%20-%20Bancário.pdf> Acesso em: 14 jun. 2018. É possível a cobrança de comissão de permanência durante o período da inadimplência, à taxa média de juros do mercado, limitada ao percentual previsto no contrato, e **desde que não cumulada** com outros encargos moratórios.

¹¹⁷ Em matéria correspondente no STJ, o Relator Min. Raul Araújo negou o seguimento de Recurso Especial interposto pelo Banco Safra. "APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO DE CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO com garantia de alienação fiduciária. Ação de busca e apreensão. TAXA DE JUROS REMUNERATÓRIOS. Juros remuneratórios contratados de acordo com a taxa média de mercado fixada pelo Banco Central para a época do contrato. Jurisprudência consolidada do STJ – Resp. 1.061.530. CAPITALIZAÇÃO DOS JUROS. Inexistindo previsão legal da capitalização diária no Código Civil Brasileiro, admite-se a capitalização mensal de juros nos contratos de cédula de crédito bancário, de acordo com a Lei no 10.931/2004. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. Válida, desde que pactuada. Entretanto, não poderá ultrapassar a soma dos encargos remuneratórios e moratórios previstos no contrato, ou seja: a) juros remuneratórios à taxa média de mercado, não podendo ultrapassar o percentual contratado para o período da normalidade; b) juros moratórios até o limite de 12% ao ano e c) multa contratual limitada a 2% do valor da prestação. Paradigma do STJ. RESP 1.058.114-RS. Inviabilidade da cumulação da comissão de permanência com correção monetária, juros remuneratórios e demais encargos moratórios. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 472. Recurso Especial nº 1.415.762 - RS (2013/0365394-7). Relator: Min. Raul Araújo. Julgamento: 27/02/2015.

¹¹⁸ BRASIL. **Lei nº 10.931, de 2 de agosto de 2004**. Dispõe sobre o patrimônio de afetação de incorporações imobiliárias, Letra de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Bancário, altera o Decreto-Lei nº 911, de 1º de outubro de 1969, as Leis nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964, nº 4.728, de 14 de

trata da Cédula de Crédito Bancário, e com o entendimento dos tribunais no que concerne ao tema.

Nessa realidade, há ainda a cobrança de juros de modo excessivo, que extrapola as praxes de um saudável mercado, principalmente quando renegociações são realizadas. Tais disposições contratuais bancárias revelam-se não somente abusivas em dada interpretação, mas eivadas de ilegalidade quando vigoram à margem do direito positivo e da jurisprudência consolidada. Está presente a ilegalidade quando há cobrança de encargos além do pactuado no contrato, ou de maneira camuflada, em detrimento da falta de conhecimento técnico-específico do contratante sujeito comum, o que pode ser claramente constatado na análise de grande parte dos contratos de crédito bancário empresarial firmados pelos bancos brasileiros.

É importante destacar que as próprias características dos contratos bancários explicitam a postura dominante dos bancos¹¹⁹, pois oferecem certas peculiaridades que os distinguem de outras figuras contratuais, como, por exemplo, sua adesividade. Quem contrata com um banco só tem a possibilidade de aceitar em bloco as condições impostas ou recusá-las em sua totalidade, deixando de celebrar o contrato. Não há a possibilidade de discussão ou modificação.¹²⁰ Nesse contexto, veja-se o posicionamento de Nelson Abrão:

A abusividade de cláusulas e os reflexos da onerosidade contratual, sem sombra de dúvida, refletem nas operações bancárias, de modo a causar desequilíbrio na relação entre as partes, fazendo com que a instituição financeira se sobreponha ao predicado da legalidade estrita, na obediência ao comando, resvalando na isonomia do padrão que se coaduna com a estipulação entabulada entre os interessados.¹²¹

Dessa forma, deflagra-se o desequilíbrio contratual, visto que de um lado estão os bancos, com demonstrações crescentes de lucros obtidos por meio de intermediações financeiras e, por outro, o aderente, a micro ou pequena empresa hipossuficiente dessa relação contratual, que não possui a liberdade de discussão das cláusulas a serem pactuadas, apenas podendo aderir às condições e taxas unilateralmente impostas.

julho de 1965, e nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/110.931.htm>. Acesso em: 09 nov. 2020.

¹¹⁹ CUÉLLAR, Leila. **Estudos de direito econômico**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 41. Entende-se por posição dominante a situação fática que uma ou mais empresas possuam em determinado mercado relevante, permitindo – que atuem independentemente, sem ter em conta as outras empresas, e – que influenciem o comportamento das demais e/ou dos consumidores.

¹²⁰ COVELLO, op. cit., p. 54.

¹²¹ ABRÃO, Nelson. **Direito bancário**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 469.

Nesse contexto, a vulnerabilidade consumerista da pessoa jurídica deve ser demonstrada no caso concreto, ao contrário da presunção que recai sobre a pessoa física. Entretanto, tem-se claro que não há paridade no contrato interempresarial entre instituição financeira e as MPEs. A vulnerabilidade reside principalmente sobre o aspecto da dependência econômica, diante de um grande poderio econômico que resvala na desigualdade material entre elas.¹²²

O abuso do poder econômico é exposto na definição final da relação custo x benefício da operação de crédito. Para que seja benéfico para a empresa, o custo pago pelo crédito deve ser menor que a rentabilidade gerada pela injeção de capital. Por sua vez, o custo é determinado pelo banco, que tem como primazia a maior possibilidade de lucro independente do impacto socioeconômico que esse movimento pode gerar. Quando o produto da engrenagem creditícia é o insucesso, as empresas, no caso em tela as MPEs, acionam a contratação de novos empréstimos para suportar as despesas antes contratadas, potencializando assim o endividamento.¹²³

A complexidade do tema reside na aplicabilidade das normas quando é identificada a abusividade bancária. As atividades financeiras estão pautadas nas normas de direito público, enquanto as instituições financeiras possuem as suas operações estruturadas em contratos que estão pautados pelas normas de direito privado, baseado na Constituição Federal, no Código Civil, no Código de Defesa do Consumidor, na legislação bancária e nas resoluções do Banco Central do Brasil.

2.4.1 A limitação na autonomia da liberdade contratual bancária pelo contrato de adesão

É sabido que os contratos bancários assumem contornos próprios devido às suas características técnicas que os diferem de outras figuras contratuais. São instrumentos de acordo entre banco e cliente para criar, regular ou extinguir uma relação que tenha por objeto a intermediação do crédito. São contratos comutativos, que podem envolver operações passivas

¹²² BATISTA, Neimar. AMORIM, Ana Rosa T. A vulnerabilidade no direito privado: Do conceito às aplicações. **Revista Tuiuti: Ciência e Cultura**, dossiê FACJUR, n. 57, c.5. Curitiba, p. 69-101, 2018.

¹²³ JARLETTI, Andressa. **Defesa judicial do consumidor bancário**. 2014. 80/81 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014.

ou ativas, são contabilizados, não estando circunscritos a sistemas tradicionalmente adotados em matéria civil ou comercial, são sigilosos e sua quebra constitui crime.¹²⁴

No entanto, as características dos contratos bancários não se exaurem à medida que vão surgindo novas formas de contratação pelas instituições financeiras que buscam se amoldarem às mudanças que o mercado impõe aos seus agentes. Dentre várias, destaca-se uma característica que traduz a limitação da autonomia da vontade das partes no ato da contratação: o contrato de adesão.

O contrato de adesão bancário se caracteriza pela ausência de negociação prévia, apresenta-se, geralmente, sob a forma de condições gerais ou individuais, estabelecidas unilateralmente pelas instituições financeiras. Esse tipo de contrato representa uma oposição à ideia do contrato paritário, pois enquanto este significa igualdade entre as partes, naquele há aparência de imposição de vontade. Há a liberdade de contratar, porém de forma limitada, visto que não existe a livre manifestação de vontade, ficando a vontade do aderente restrita à vontade do predisponente.¹²⁵

A característica rígida das cláusulas é o desdobramento mais relevante quando se leva em consideração que o contrato não poderá ser alterado por nenhuma das partes após a assinatura, visto que o seu conteúdo é uniforme e pré-estabelecido, sendo possível encontrar no seu escopo a liberdade viciada. A predeterminação das condições em observância à necessidade de agilidade nas operações bancárias ratifica a ausência de autonomia contratual.

Para Sérgio Carlos Covello, quem contrata com um banco só tem a possibilidade de aceitar em bloco as condições impostas ou recusá-las em sua totalidade, deixando de celebrar o contrato. Ou adere às condições ou não contrata, não pode, portanto, modifica-las ou pretender discuti-las.¹²⁶ Ao consenso, Celso Marcelo de Oliveira sustenta:

Enquanto que os contratos individuais se caracterizam pela discussão das cláusulas que compõem o seu conteúdo, os contratos financeiros, bancários e de cartões de crédito são contratos por adesão dos clientes ou consumidores, que não discutem as suas cláusulas como sucederia nos contratos isolados. A predisposição de cláusulas contratuais uniformes transcende o contrato singular para encontrar a sua justificação em razões de ordem econômica e prática relacionadas à exigência de uniformidade no âmbito de todas as relações das quais é parte a empresa.¹²⁷

¹²⁴ COVELLO, Op. cit., p. 53.

¹²⁵ OLIVEIRA. **Código de defesa do consumidor e os contratos bancários**. Campinas: LZN Editora, 2002, p. 57-60.

¹²⁶ COVELLO, Op. cit., p. 54.

¹²⁷ OLIVEIRA. **Limite constitucional dos juros bancários: doutrina e jurisprudência**. Campinas: LZN Editora, 2001. p. 64-65.

A adesividade contratual bancária transpõe uma ideia de hierarquização da relação econômica entre o banco e a empresa contratante, não havendo espaço para a discussão das condições creditícias e debitórias, de modo que fica clara a material posição hipossuficiente que as MPEs ocupam na relação processual.

Sob esse prisma, é evidente que a liberdade contratual é viciada, pois a liberdade de contratar é substituída pelas necessidades do tráfico mercantil de agilização, com conseqüente padronização e predeterminação das condições, e pela pressão realizada pelos hierarquicamente superiores. O elemento volitivo é válido, mas é alterado pela falta de autonomia na liberdade da contratação.¹²⁸

Com efeito, as cláusulas abusivas geralmente estão nos contratos bancários de adesão, pois o privilégio de incluir cláusulas que sejam desfavoráveis ao aderente é do elaborador ofertante do crédito. Este, por sua vez, dotado de capacidades técnica e econômica superiores para travestir a linguagem do instrumento contratual, impossibilita a identificação de ilegalidades ou abusividades ao sujeito comum.

Nesse sentido, o que se observa é que o princípio da transparência estampado no art. 4º do Código de Defesa do Consumidor¹²⁹ não é incorporado na redação dos contratos bancários, os quais são redigidos propositalmente de maneira ininteligível para que a compreensão do alcance das cláusulas seja dificultada. Esses contratos são compostos por letras diminutas, sem destaque dos termos ou observações importantes, deixando as empresas consumidoras de crédito à mercê das imposições econômicas ditatoriais das instituições financeiras.¹³⁰

O dever de informação é imprescindível para validar uma relação contratual equilibrada, sem o qual, no Direito do Consumidor, é impossível atingir os objetivos de consumo consciente

¹²⁸ MANDELBAUM, Renata. **Contratos de adesão e contratos de consumo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 153.

¹²⁹ BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm> Acesso em: 8 nov. 2020. Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a **transparência** e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: [...]. BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm>. Acesso em: 09 nov. 2020.

¹³⁰ Visando coibir os abusos praticados no mercado, o Congresso Nacional alterou por meio da Lei n. 11.785, de 2008, o §3º do art. 54 do CDC, passando a vigor com a seguinte redação: “Os contratos de adesão escritos serão redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, cujo tamanho da fonte não será inferior ao corpo doze, de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor”.

e seguro. No campo do dever de informar é que se visualiza a posição de inferioridade técnica do consumidor bancário, do micro e pequeno empresário comum, que desconhece os termos técnicos demasiadamente camuflados que violam o dever de transparência necessária em todas as fases do negócio, seja na fase pré-contratual, contratual e pós-contratual.

Ademais, o pressuposto de clareza contido nos arts. 30 e 31¹³¹ do CDC é absoluto e decorre do princípio da boa-fé objetiva, não estando presente nesses contratos de adesão. Esse princípio é uma regra de conduta que cria no contratante a expectativa de padrões éticos de comportamento e objetiva limitar o abuso do direito, integrando o contrato na criação de direitos e deveres que se relacionam.

Uma peculiaridade importante no campo dos contratos bancários é a essencialidade do dever de informar durante toda a sua execução para que o princípio da boa-fé objetiva esteja evidentemente permeando essa relação. Na fase pós-contratual, descobrem-se muitos riscos antes encobertos, havendo a necessidade de alerta, de informação e de cooperação na cobrança de dívidas por meio de bancos de informação.¹³²

Assim, na relação contratual entre bancos e MPEs, tem-se que estas são consumidoras do crédito daqueles, que têm o dever de informar as complexidades com explicações razoáveis e compreensíveis. Todavia, o que se vê na prática é a apresentação de disposições contratuais com cálculos inteligíveis, acompanhados por siglas que consomem a atenção do homem médio, sendo esse o que geralmente está à frente das micro e pequenas empresas no Brasil.

¹³¹ BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm> Acesso em: 8 nov. 2020. Art. 30 Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado. Art. 31 do CDC. A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar **informações corretas, claras, precisas, ostensivas** e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.

¹³² MARQUES, Claudia Lima. **Boa-fé nos serviços bancários, financeiros, de crédito e securitários e o Código de Defesa do Consumidor: informação, cooperação e renegociação**. Versão atualizada da Conferência apresentada no 6º Congresso Brasileiro de Direito do Consumidor e 2º Encontro Nacional do Ministério Público do Consumidor: Serviços Bancários, Financeiros, de Crédito e Securitários, Função Social, Boa-fé e Responsabilidade, organizado pelo Brasilcon e Associação Nacional do Ministério Público do Consumidor, em Maceió, de 29 a 31 de maio de 2002. Texto original e formado por extratos da 4ª edição do livro *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, RT, São Paulo, 2002. p. 47-83.

2.4.2 *A assimetria informacional nos empréstimos bancários*

Muitas são as dificuldades enfrentadas pelas empresas perante o mercado financeiro de consumo de crédito, dentre as quais se destaca a assimetria de informação presente na completude do instrumento contratual bancário. A necessidade empresarial no uso do crédito coloca as empresas em situação de vulnerabilidade diante das condições impostas pelas instituições bancárias.

A vulnerabilidade jurídica¹³³ das micro e pequenas empresas corresponde à falta de conhecimentos específicos, jurídicos, contábeis ou econômicos de seus titulares e se traduz nas dificuldades enfrentadas na compreensão dos custos e riscos enquanto consumidoras de crédito.¹³⁴

A assimetria informacional nos contratos bancários celebrados com o micro e pequeno empresariado decorre do fato de que o alto poder econômico dos bancos impõe as regras pelas quais o mútuo deva se dar, de modo que essas instituições controlam a aparência dos negócios jurídicos forjando a confiabilidade de que a empresa tomadora do crédito necessita adquirir.¹³⁵

O problema da assimetria reside quando o banco, detentor da melhor informação técnica, aproveita-se dela para modificar ou manobrar de forma significativa a repartição dos lucros conjuntos que as partes imaginam obter ao término do prazo contratual, ou seja, as

¹³³ BGHZ 93.264 (1984), BGH-NJW-RR 1986, 205 e comentários em Schmelz, p. 1.219 (NJW maio 1991). MARQUES, Cláudia Lima. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 155-156. “A vulnerabilidade jurídica do consumidor foi identificada pela Corte Suprema da Alemanha, que reconheceu a necessidade de proteção nos contratos de empréstimo bancário e financiamento, pelo fato do consumidor não ter suficiente “experiência ou conhecimento econômico, nem a possibilidade de recorrer a um especialista”.

¹³⁴ No âmbito jurisprudencial, a subordinação da regulação bancária às normas do Código de Defesa do Consumidor é entendimento já consolidado pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 2.591/DF, em acórdão assim sintetizado em sua ementa: ART. 3º, § 2º, DO CDC. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. ART. 5º, XXXII, DA CB88. ART. 170, V, DA CB88. INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. SUJEIÇÃO DELAS AO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADA IMPROCEDENTE. 1. As instituições financeiras estão, todas elas, alcançadas pela incidência das normas veiculadas pelo Código de Defesa do Consumidor. 2. “Consumidor”, para os efeitos do Código de Defesa do Consumidor, é toda pessoa física ou **jurídica que utiliza, como destinatário final, atividade bancária, financeira e de crédito**. 3. Ação direta julgada improcedente. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 2591 ED**. Relator (a): Min. EROS GRAU. Tribunal Pleno, julgado em 14/12/2006, DJ 13-04-2007.

¹³⁵ MACKAAY, Ejan, ROSSEAU, Stéphane, tradução Rachel Sztajn. **Análise econômica do direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 411.

instituições sonégam as informações que deveriam instruir adequadamente a utilização do crédito. Tais comportamentos oneram a empresa menos informada e com menos recursos em detrimento do comportamento oportunista dos gigantes do mercado. Como exemplo, tem-se o aumento de limites de cheque especial e cartão de crédito sem a solicitação prévia, além de ausência de informação clara e precisa acerca das condições contratuais e valores finais das dívidas financiadas.

Outra questão se refere ao fato de que os contratos devem ser redigidos em termos claros, com caracteres ostensivos e legíveis e com tamanho de fonte adequada aos parâmetros confortáveis de visão, a fim de facilitar a compreensão pelo consumidor. As cláusulas que impliquem limitação nos direitos do contratante devem ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão. No campo fático, esse comando não é aplicado pelas instituições financeiras, que seguem políticas internas que priorizam a maximização dos lucros e, portanto, qualquer detalhe que venha a obstruir suas metas é cuidadosamente manipulado e contabilizado como risco ou prejuízo, prevalecendo o custo benefício da não divulgação da informação.

Nesse sentido, a divulgação da informação não é sob o ponto de vista racional uma rentável alternativa, levando em consideração que os benefícios são ultrapassados pelos custos na obtenção dessa informação sobre o negócio jurídico. Esse é o entendimento de Makkaay e Rosseau:

A teoria econômica prediz que os agentes racionais, para minimizar acidentes de percurso na celebração e execução dos contratos, dada a probabilidade de sua ocorrência, adotarão todas as precauções cujo custo seja inferior ao dos inconvenientes que permitam evitar.¹³⁶

Nessa esteira, a análise econômica do direito aponta que todos os contratos são incompletos pelo fato de ser impossível antever todos os eventos e acontecimentos que podem ocorrer na constância da execução contratual. As condições contratuais podem ser alteradas por quaisquer fatos relativos à volição dos agentes, que, no ato da celebração do contrato, não possuíam todas as informações necessárias e hipotéticas de casos eventuais futuros. Por isso, podem surgir conflitos imprevistos entre as partes em virtude da incompletude contratual.¹³⁷

Sob essa ótica, a assimetria informacional é flagrante, pois o contratante da micro ou da pequena empresa certamente não tem as informações técnicas capazes de aferir todas as possibilidades que envolvem a relação bancária entabulada e os custos de obtenção da informação

¹³⁶ Ibidem, p. 414.

¹³⁷ PINHEIRO, Armando Manuel da Rocha Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 117.

na concretização do pacto. Um contrato completo deveria descrever todos os riscos possíveis, mais os custos de transação que envolvem a taxa de todos os eventos possíveis, com alta ou baixa probabilidade, o que torna a completude inviável.

Assim, as instituições financeiras se aproveitam dessa estratégia para escolher alguns termos ou evitar outros, valendo-se da assimetria de informação.¹³⁸ Por outro lado, se a obtenção da informação completa incorre em elevados custos de transação, a concretização do negócio jurídico pode ser afetada pela onerosidade. Nessa hipótese, a ignorância pode ser considerada como um elemento racional para não ensejar a ineficiência da contratação.

No tocante às MPEs, a contratação de crédito bancário tem como destaque a presença de altos custos de transação pelo risco que a operação oferece na ausência de garantias reais, o que potencializa a assimetria de informações na execução. Essa realidade evidencia o quão difícil e custoso é o acesso ao crédito pelas MPEs. A assimetria de informação, por sua vez, interfere sobremaneira no mercado de crédito à medida que os bancos detêm informações superiores ao que está sendo celebrado, restando às empresas correr o grande risco do superendividamento. Por consequência, os problemas gerados impedem o funcionamento eficiente da economia com reações visíveis no mercado financeiro.

2.4.3 Ilegalidade na cumulação de encargos moratórios: comissão de permanência e correção monetária

A comissão de permanência é uma técnica de recomposição financeira da moeda, em razão de sua desvalorização decorrente de inflação. Trata-se de uma atualização monetária do capital emprestado, mais especificamente, a correção monetária do saldo devedor. Esta recomposição é cobrada com base na Lei nº 4.595/1964, que, dentre seus objetivos, dispõe sobre as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias. Essa taxa é cobrada pelas instituições financeiras quando há atraso nos pagamentos.

Na definição de Fabiano Jantalia:

¹³⁸ POSNER, Eric. A. Análise econômica do direito contratual após três décadas: sucesso ou fracasso? (Primeira Parte). **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**. Belo Horizonte, ano 6, n. 23, p. 75-108, jul./set. 2008. p. 79.

A comissão de permanência é encargo estabelecido em contratos celebrados no âmbito do mercado financeiro que incide exclusivamente em caso de mora ou inadimplemento do tomador de recursos, e que tem por objetivo compensar o credor pelos custos em que teve ou terá que incorrer em razão da impontualidade de pagamento do tomador.¹³⁹

Em 2010, foi firmada tese pelo STJ, no julgamento de recursos repetitivos, nos quais se buscava entendimento e consolidou-se jurisprudência acerca da comissão de permanência (seu conceito, cumulações, cálculos, incidências, validade e eficácia nos contratos bancários, com ênfase no inadimplemento contratual do devedor). Tornou-se clara e expressa a dificuldade de identificar com precisão a definição com rigor técnico o que integra o conceito de comissão de permanência, considerando a obscuridade das informações colhidas. O BACEN, convidado a se manifestar por meio da sua Procuradoria Geral, manifestou expressamente desconhecer os encargos que compunham a comissão e reconheceu que não era possível afirmar a quais custos as instituições financeiras estariam sujeitas para recompor a liquidez da inadimplência do devedor, visto que isso variava de instituição para instituição. A FEBRABAN, por sua vez, de forma imprecisa, aduziu um conceito genérico, tendo destacado que os custos correspondiam à captação de taxas e custos administrativos e fiscais decorrentes da intermediação financeira.¹⁴⁰

Assim, foi consolidado que a cobrança da taxa de comissão de permanência cumulada com demais encargos moratórios é vedada em caso de inadimplência, sendo passível apenas a incidência de multa moratória e juros de mora, nos termos das Súmulas nº 30 e 296 do Superior Tribunal de Justiça¹⁴¹, que exaltam a inacumulabilidade dos dois institutos.

Além disso, o Superior Tribunal de Justiça já disponibilizou mais de 607 acórdãos sobre a cobrança da comissão de permanência. Em um dos julgamentos, a 3ª turma da Corte esclareceu que a comissão de permanência é formada por juros remuneratórios, moratórios até

¹³⁹ JANTALIA, Fabiano. **Juros bancários**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 77.

¹⁴⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. TEMA 52/STJ. DIREITO COMERCIAL E BANCÁRIO. CONTRATOS BANCÁRIOS SUJEITOS AO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. VALIDADE DA CLÁUSULA. VERBAS INTEGRANTES. DECOTE DOS EXCESSOS. PRINCÍPIO DA CONSERVAÇÃO DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS. ARTIGOS 139 E 140 DO CÓDIGO CIVIL ALEMÃO. ARTIGO 170 DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO. Acórdão em Recurso Especial nº 1.058.114 – RS. (2008/0104144-5). Banco Volkswagen S/A e Luciane Gonçalves da Costa. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. DJe: 16 nov. 2010. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=874640&num_registro=200801041445&data=20101116&formato=PDF >. Acesso em: 26 ago. 2020.

¹⁴¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 30 A comissão de permanência e a correção monetária são inacumuláveis; Súmula nº 296 Os juros remuneratórios, não cumuláveis com a comissão de permanência, são devidos no período de inadimplência, à taxa média de mercado estipulada pelo Banco Central do Brasil, limitada ao percentual contratado. Disponíveis em: < http://www.stj.jus.br/docs_internet/SumulasSTJ.pdf >. Acesso em: 20 nov. 2018.

o limite de 12% ao ano e multa contratual limitada a 2% do valor da prestação.¹⁴² Nesse sentido, a Súmula nº 472 do STJ formaliza que a cobrança de comissão de permanência não só não pode ultrapassar a soma dos encargos remuneratórios e moratórios estabelecidos no contrato como exclui a exigência de juros remuneratórios, moratórios e da multa contratual. Esses não guardam nenhuma relação de incompatibilidade entre si. A cobrança de um não afeta a incidência ou não do outro. Já a comissão de permanência, só é lícita se for cobrada de forma isolada, pois cumulada com qualquer outro encargo recai a ilicitude e caberá ao Judiciário intervir.

Todavia, a prática bancária comumente não se restringe às normas, pois são lançadas nos contratos de crédito bancário diversas cláusulas “mascaradas”, que na realidade se trata de encargos cumulados, sendo passíveis de identificação somente se analisados por peritos contábeis. Ao analisar grande parte dos instrumentos contratuais de crédito presentes no mercado bancário brasileiro, observa-se a indevida cumulação com a correção monetária, juros de mora e multa. As empresas entram em modo de endividamento cíclico face às ilegais cobranças, em que a função do capital na cadeia econômica transforma-se em elemento negativo, reduzindo drasticamente a sua capacidade financeira.

A correção monetária foi instituída pela Lei nº 6.899/1981¹⁴³ e incide em qualquer débito resultante de decisão judicial, sendo calculável a partir do ajuizamento da ação ou do respectivo vencimento, quando se tratar de execução por título extrajudicial. Já o Decreto nº 86.649/1981¹⁴⁴ regulamenta a mencionada lei, especialmente no que tange ao cálculo do reajuste de dívida líquida e certa.

As cláusulas de correção monetária fazem com que o valor nominal varie de acordo com os índices inflacionários representados por percentuais aplicados aos valores devidos. No âmbito dos contratos bancários, elas decorrem da mora da empresa devedora

¹⁴² Informações e dados processuais estão disponíveis na ferramenta “Pesquisa Pronta”, um banco de dados online do Superior Tribunal de Justiça para consultas sobre temas jurídicos relevantes e acórdãos com julgamento de casos notórios. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisa_pronta/?vPortalArea=1182>. Acesso em: 14 nov. 2020.

¹⁴³ A Lei nº 6.899 de 1981 disciplina em cinco artigos a aplicação da correção monetária nos débitos oriundos de decisão judicial. BRASIL. **Lei nº 6.899, de 08 de abril de 1981**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6899.htm>. Acesso em: 14 nov. 2020.

¹⁴⁴BRASIL. **Decreto nº 86.649, de 25 de novembro de 1981**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D86649.htm>. Acesso em: 14 nov. 2020.

independentemente de propositura de ação judicial, nos termos do art. 395¹⁴⁵ do Código Civil brasileiro. Todavia, é importante esclarecer que a cobrança de encargos ilegais descaracteriza a mora do devedor, conforme decisão do STJ.¹⁴⁶

A comissão de permanência e a correção monetária possuem a mesma natureza de atualização de dívida, assumem a mesma finalidade ao remunerar o capital e corrigir o seu valor em caso de inadimplência, não havendo sentido jurídico a dupla cobrança. Sob esse prisma, corrobora Roberto Senise Lisboa:

Muito embora a natureza jurídica dos institutos realmente seja diversa, entendo que o desiderato legislativo quando da criação da comissão de permanência foi justamente promover uma forma de evitar a desvalorização da moeda. Ora, com o advento da legislação que instituiu a correção monetária entre nós, na década de 80, o fundamento de validade da remuneração criada a título de comissão de permanência deixou de existir. Por isso, se um contrato estipular a comissão de permanência em percentuais que não violem normas de ordem pública ou de interesse social, não há razões para que ela não seja aplicada. Todavia, a cumulação entre a comissão de permanência e a correção monetária constitui forma de enriquecimento ilícito, que deve ser desacolhida.¹⁴⁷

Nos contratos bancários em geral, há diversos encargos, como taxas de abertura de conta e a própria taxa de juros sobre o valor tomado em empréstimo, que recompensam o capital durante a vigência contratual da dívida. Na eventualidade de atraso, já incide a comissão de permanência como meio compensatório pela mora. Igualmente, a correção monetária corrige o valor monetário. Percebe-se que os dois institutos guardam a mesma identidade, assim, compreende-se que a cumulação incidiria dupla atualização monetária, ocorrendo um explícito *bis in idem* no qual há descapitalização clara do devedor em detrimento do enriquecimento do credor.¹⁴⁸

Por todo o exposto, na constância da cobrança da taxa de comissão de permanência, torna-se, portanto, excluída legalmente a possibilidade de exigência cumulativa de quaisquer

¹⁴⁵ BRASIL. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm> Acesso em: 14 nov. 2020. Art. 395 Responde o devedor pelos prejuízos a que sua mora der causa, mais juros, atualização dos valores monetários segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 09 nov. 2020.

¹⁴⁶ Muitos são os julgados do STJ que discorrem sobre a matéria. Ao exemplo tem-se o AgRg no RESP 988878/RS, Agravo Regimental no Recurso Especial 2007/0223893-2, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, Órgão Julgador Terceira Turma, Data do Julgamento 14/11/2007, Data de Publicação/Fonte DJ 28.11.2007 p. 223.

¹⁴⁷ LISBOA, Roberto Senise. **Manual elementar de direito civil**. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v.2. p. 293-295.

¹⁴⁸ RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos de crédito bancário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 232-233.

outros encargos moratórios, sejam juros remuneratórios ou multa contratual, já que a finalidade da comissão é igualmente idêntica a esses, estando a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça¹⁴⁹ pacificada sobre o tema.

2.4.4 Implicações jurídicas dos juros contratuais bancários e sua capitalização

Os juros podem ser definidos como uma remuneração devida ao credor pelos riscos sofridos ao disponibilizar um valor (capital) ao devedor, ou seja, os proventos ou recompensas que dele se extraem, com base em legislação ou negócio jurídico.

No ensinamento clássico de Plácido e Silva, entende-se a definição jurídica de juros como:

Derivado de jus, juris, originariamente era empregado na mesma acepção de direito. Aplicação notadamente plural, juros quer exprimir propriamente os interesses ou lucros, que a pessoa tira da inversão de seus capitais ou dinheiros, ou que recebe do devedor, como paga ou compensação, pela demora do pagamento do que lhe é devido. [...] Juros, no sentido atual, são tecnicamente os frutos do capital, ou seja, os justos proventos ou recompensas que dele se tiram, consoante permissão e determinação da própria lei, sejam resultantes de uma convenção ou exigíveis por faculdade inscrita em lei.¹⁵⁰

Assim sendo, os juros, em nosso ordenamento, têm caráter de obrigação acessória, sua natureza jurídica é de coisa acessória do capital e é imposto pelo art. 92 do Código Civil Brasileiro¹⁵¹, constituindo-se em frutos civis do capital emprestado, mas que se concebe como obrigação destacável da principal, podendo-se exigir independentemente dela.

É importante ressaltar que os juros, em termos gerais, não ficam restritos ao dinheiro, mas trata-se também de coisas fungíveis que o devedor paga ao credor pela utilização de coisas da mesma espécie a este devidas, embora no presente contexto a abordagem seja focada no cenário bancário. Portanto, os juros podem ser considerados como uma remuneração exigida

¹⁴⁹ É possível a cobrança de comissão de permanência durante o período da inadimplência, à taxa média de juros do mercado, limitada ao percentual previsto no contrato, e desde que não cumulada com outros encargos moratórios. Súmula 472/ STJ - Tese julgada sob o rito do art. 543-C do CPC - Tema 52. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jt/>>. Acesso em: 13. Dez 2018.

¹⁵⁰ SILVA, DE PLÁCIDO E. **Vocabulário jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 5. ed. 1978. p. 902.

¹⁵¹ BRASIL. **Código Civil**. Disponível em: <

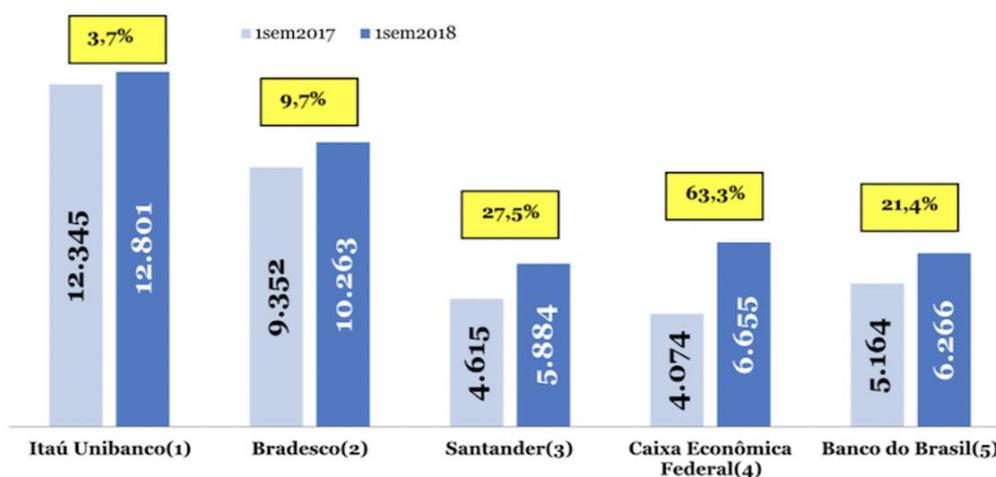
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm> Acesso em: 14 nov. 2020. Art. 92 Principal é o bem que existe sobre si, abstrata ou concretamente; acessório, aquele cuja existência supõe a do principal.

pelo credor em razão da privação de uma soma em dinheiro adiantada pelo devedor, considerando ainda o risco de não recebimento.¹⁵²

No Brasil, é comum o argumento de que a elevada taxa de juros se deve ao risco de inadimplência e demora na recuperação dos créditos. Entretanto, verifica-se que quanto maior a taxa, maior a inadimplência, de modo que o inverso desse caminho representaria um ciclo econômico mais saudável. Em contrapartida, os lucros bancários seriam drasticamente reduzidos, o que dificulta a mobilização para a redução da taxa de juros.

Sob esse prisma, é possível visualizar ilustrativamente o crescimento do desempenho lucrativo bancário fazendo um comparativo com os cinco maiores bancos no Brasil entre os primeiros semestres de 2017 e 2018, de acordo com o gráfico apresentado pelo DIEESE¹⁵³:

Gráfico 2 – Lucro líquido dos cinco maiores bancos
Brasil – 1º semestre de 2017 e 1º semestre de 2018 (em R\$ milhões)



Fonte: DIEESE (2018).

Nessa realidade, é incompreensível o risco alegado por parte das instituições, tendo em vista que a soma dos lucros líquidos dos cinco maiores bancos brasileiros nos primeiros semestres de 2017 e 2018 foi de R\$ 77.419.000,00 (setenta e sete milhões, quatrocentos e

¹⁵² ENNECCERUS, Ludwig. **Derecho de obligaciones**. Tratado de derecho civil de L Enneccerus, T. Kipp e M. Wolf. Undécima revisión por Heinrich Lehmann. Trad. Castelhana da 35. Ed. Alemã por Blas Pérez Gonzáles e José Alguer. Barcelona: Bosch, 1954. T. II. P. 50.

¹⁵³DIEESE. **Desempenho dos bancos**. Disponível em:

<<https://www.dieese.org.br/desempenhodosbancos/2018/desempenhoDosBancos1semestre2018.html>>. Acesso em: 10 dez. 2018.

dezenove mil reais), sendo esse o resultado das políticas de lucro utilizadas pelas instituições financeiras pautadas na onerosidade excessiva do instrumento contratual bancário.

Quanto à origem, os juros podem ser convencionais e legais, de acordo com o que é firmado entre as partes nos negócios jurídicos ou conforme disposição legal.¹⁵⁴ Embora os juros convencionais sejam objeto de livre pactuação, muitas vezes, a lei impõe limites, o que abre margem para revisão judicial.¹⁵⁵

Quanto ao fundamento, os juros se classificam em moratórios ou compensatórios, sendo os primeiros devidos a título de pena imposta ao devedor por atraso no cumprimento da obrigação, podendo ser convencionais ou legais. Já os juros compensatórios, ou remuneratórios, são aqueles pagos pelo devedor para compensar o credor pelo tempo em que ficou privado de seu capital, sendo, em regra, convencionais.¹⁵⁶

Portanto, os juros compensatórios são devidos em razão de: manifestação volitiva das partes que convencionam o pagamento de juros, bem como sua taxa; manifestação volitiva das partes que contratam os juros sem menção à taxa, devendo os juros legais incidirem sobre o capital; e de lei, que impõe o seu pagamento em determinadas hipóteses, mesmo na ausência de convenção entre as partes, a partir do desembolso.¹⁵⁷

Já os juros moratórios se dão pelo retardamento, pelo descumprimento da obrigação de pagar e pela inadimplência absoluta. Os juros convencionais moratórios são pactuados de acordo com a vontade das partes, desde que sejam limitados à taxa de 12% ao ano, nos termos da Súmula nº 379 do STJ, que determina que, nos contratos bancários não regidos por legislação específica, os juros moratórios poderão ser fixados em até 1% ao mês.

Os juros aparecem nos negócios jurídicos bancários dispostos nas cláusulas de um contrato de adesão, não havendo margem para negociação, mas são interpretados, impropriamente, como convencionais. A lei estipula que é liberada a livre pactuação da taxa de

¹⁵⁴ VENOSA, Silvio Salvo. **Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos** – vol. II. São Paulo: Atlas, 2009. p. 98.

¹⁵⁵ BRASIL. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm> Acesso em: 14 nov. 2020. Art. 591 Destinando-se o mútuo a fins econômicos, presumem-se devidos juros, os quais, sob pena de redução, não poderão exceder a taxa a que se refere o art. 406, permitida a capitalização anual.

¹⁵⁶ JANTALIA, Op. Cit., p. 69-70.

¹⁵⁷ SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. **Juros no direito brasileiro**. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 103.

juros, desde que aplicada a de mercado¹⁵⁸, em respeito a determinadas limitações, conforme a vasta jurisprudência pátria dos tribunais superiores consolidada sobre o tema.¹⁵⁹

A cobrança de juros excessivos, fixados acima da taxa média legal, todavia, é na prática o que vigora em nosso sistema mercadológico de crédito entre bancos e empresas que buscam socorro financeiro. Além da cobrança ilimitada de juros, as instituições de crédito costumam incluir nos contratos os juros sobre juros, ou seja, a capitalização. Esses contratos são emitidos com base em políticas internas não reveladas pelos bancos, pela análise do contrato do tomador. Muitas vezes, os próprios gerentes não possuem o conhecimento prévio sobre as motivações desse *scoring*¹⁶⁰ e atribuem o percentual das taxas ao sistema tecnológico de informação, que operacionaliza a intermediação do crédito.

Quanto à capitalização, os juros simples são aqueles que incidem apenas sobre o débito principal, já os compostos ou capitalizados incidem não apenas sobre o principal corrigido, mas também sobre os juros anteriores, já aplicados e incorporados ao saldo devedor.¹⁶¹ Na prática, as instituições financeiras capitalizam os juros desde o cálculo da prestação inicial, mensalmente, ou de forma composta e antecipadamente, configurando o “anatocismo”, que é caracterizado pelo critério da valorização e formação dos juros a serem pagos a determinado termo. É a possibilidade de se somar o valor dos juros vencidos sobre o valor total a ser pago e, sobre esse montante, reaplicar a taxa de juros contratada.¹⁶²

Nesse sentido, a Lei de Usura¹⁶³ (Decreto nº 22.626/1933) surgiu em tempos pretéritos e foi apontada como paradigma da matéria. Essa lei permitia a acumulação de juros vencidos

¹⁵⁸ BRASIL. **Código Civil**. Disponível em: <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm> Acesso em: 14 nov. 2020. Art. 406 Quando os juros moratórios não forem convencionados, ou o forem sem taxa estipulada, ou quando provierem de determinação da lei, serão fixados segundo a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à fazenda Nacional.

¹⁵⁹ No site do STJ é possível consultar as jurisprudências em teses. Na edição de nº 48, consta uma compilação jurisprudencial sobre Direito Bancário. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jt/>>. Acesso em: 05. dez. 2018.

¹⁶⁰ Trata-se de uma fórmula matemática que obtém uma determinada nota de risco de crédito a partir de dados do consumidor, em geral retirados de bancos de dados disponíveis no mercado. Ou seja, a partir de fórmulas, a empresa que faz a avaliação chega a uma pontuação de risco, resumida na nota final do consumidor. A análise passa por dados pessoais do consumidor e inclui eventuais inadimplências, ainda que sem registro de débitos ou protestos.

¹⁶² ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – EMERJ. **Juros: aspectos econômicos e jurídicos**. Rio de Janeiro: EMERJ, 2012. p. 122.

¹⁶³ A Lei de Usura dispõe sobre os juros em contratos entre outras providências. Dentre suas considerações, é mencionado ser do interesse da economia do país não haver remuneração exagerada do capital de forma a

aos saldos liquidados em conta corrente de ano a ano. Após o advento da Lei, houve inúmeros questionamentos das instituições financeiras de que os juros bancários não se submetem às suas vedações, dando início a uma sucessão de precedentes no Supremo Tribunal Federal, até a pacificação do tema com a edição das Súmulas nº 121 e 596¹⁶⁴, que, respectivamente, manteve a proibição da capitalização de juros contida no art. 4º da Lei¹⁶⁵ e estabeleceu que o limite legal da taxa de juros não se aplicava às instituições financeiras.

Posteriormente, foi promulgada a Lei nº 4.595/1964, que, entre outras providências, reformou normas do sistema bancário e, assim, ficaram liberadas em relação à fixação de juros contratuais, permanecendo vigentes as restrições para os demais agentes financeiros.¹⁶⁶ Com o tempo, os julgados do Supremo Tribunal Federal foram comportando exceções expressamente previstas em leis especiais e que igualmente se consolidaram na jurisprudência do STJ, de modo que a capitalização de juros permaneceu vedada, com as devidas vênias das exceções no que tangiam à sua periodicidade.

Em 2012, foi relatado um relevante caso pelo ministro Paulo de Tarso Sanseverino¹⁶⁷, em Recurso Especial interposto por instituição bancária contra acórdão do TJRS, com base no Código de Defesa do Consumidor. O STJ ratificou o entendimento de que as instituições financeiras não se submetem à Lei de Usura, não estando adstritas à limitação de juros remuneratórios ao percentual de 12% ao ano, bem como reconheceu a possibilidade de cobrança de tarifas de abertura de crédito (TAC) e emissão de carnê (TEC), desde que não convenionadas de forma abusiva. A esse propósito, o ministro ressaltou que a Súmula nº 382¹⁶⁸

impedir o desenvolvimento das classes produtoras. BRASIL. **Decreto nº 22.626, de 07 de abril de 1933**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D22626.htm>. Acesso em: 09 nov. 2020.

¹⁶⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 121 É vedada a capitalização de juros, ainda que expressamente convencionada. Súmula 596 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 financeiras públicas ou privadas que integram o sistema financeiro nacional. Disponíveis em: <

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula>> Acesso em: 14 nov. 2020.

¹⁶⁵ BRASIL. Decreto nº 22.626, de 7 de abril de 1933. Disponível em: <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d22626.htm> Acesso em: 14 nov. 2020. Art. 4º. É proibido contar juros dos juros: esta proibição não compreende a acumulação de juros vencidos aos saldos líquidos em conta corrente de ano a ano.

¹⁶⁶ BRASIL. **Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964**. Dispõe sobre a Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias, Cria o Conselho Monetário Nacional e dá outras providências. Disponível em: <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14595.htm>. Acesso em: 09 nov. 2020.

¹⁶⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial Nº 1.251.931 - RS (2011/0099471-2)**. Disponível em: <

<http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ>>. Acesso em: 05 out. 2020.

¹⁶⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 382 A estipulação de juros remuneratórios superiores a 12% ao ano, por si só, não indica abusividade. Disponível em: <

<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Jurisprudencia/Sumulas>> Acesso em: 14 nov. 2020.

do STJ por si só não indica abusividade e que as tarifas de abertura de crédito e emissão de carnê só deveriam ser vedadas quando demonstrada cabalmente a sua abusividade em relação à taxa média do mercado, ou mediante comprovação de desequilíbrio contratual.

Ante os contornos consumeristas da matéria, as normas de ordem pública asseguram a incidência da boa-fé objetiva nas relações de consumo, o direito básico à informação prévia e adequada sobre todos os custos do produto ou serviço, estabelecendo assim as informações adicionais que devem ser observadas no fornecimento do crédito.¹⁶⁹ O STJ asseverou, em uma série de julgamentos, que é permitida a capitalização de juros, desde que pactuada de forma clara e expressa em respeito ao direito à informação.¹⁷⁰

No julgamento do Recurso Repetitivo nº 1.124.552/RS, em 2014, a Corte Especial do STJ validou que a análise sobre a existência ou não de capitalização de juros nos contratos bancários não pode ser deduzida unilateralmente pelos magistrados, devendo a questão ser apurada mediante prova pericial.

Nesse sentido, acerca da jurisprudência do STJ, é possível extrair que: é permitida a capitalização de juros desde que expressamente contratada; a informação sobre a capitalização e sua periodicidade deve ser clara e expressa; e não cabe ao julgador definir, em abstrato, se há ou não capitalização de juros nos instrumentos contratuais bancários.¹⁷¹

É notável que a matéria de capitalização de juros, apesar de amplamente debatida, ainda não encontrou pontos convergentes o suficiente para ser considerada pacífica ou majoritária. Os bancos realizam trabalho apurado junto ao Poder Judiciário para comprovar a razoabilidade de suas teses econômicas em face da mitigação dos direitos do consumidor, com destaque para as obrigações das empresas devedoras, em um cenário em que as micro e pequenas empresas são as mais prejudicadas em virtude de sua vulnerabilidade.

Ademais, ressalta-se que, em grande parte das decisões na matéria de contratos bancários, os julgadores fazem suas fundamentações fazendo referência à necessidade de demonstrações comprobatórias cabais de abusividade, o que nem sempre é possível. Primeiro, pela dificuldade na produção de uma prova em que o banco é “perito” e segundo, pela margem

¹⁶⁹ BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm> Acesso em 14 nov. 2020. Arts 4º, I; 6º, II, e 52.

¹⁷⁰ A título de exemplo: Recurso Especial Repetitivo n. 973.827/RS e n. 1.388.972/SC. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ>>. Acesso em: 14 nov. 2020.

¹⁷¹ JARLETTI, Andressa. Critérios obrigatórios para validar a capitalização de juros em contratos bancários. *Cadernos jurídicos*. n. 82, Curitiba: OAB Paraná, 2018. p. 52.

de subjetividade concedida aos julgadores na aplicação e na interpretação dos termos “abusividade” e “desequilíbrio contratual”.

Por fim, pode-se firmar que, em matéria de juros contratuais bancários, muitas são as interpretações jurídicas dada a multidisciplinariedade da qual o tema é composto. De um lado, estão os interesses das instituições financeiras e, de outro, os das empresas, que têm de se submeter às suas estipulações. Em ambos, está presente o interesse econômico, lançado nas mãos do Judiciário, que vem se posicionando em mão contrária aos anseios populares, criando distorções e abusos que a Constituição Federal e as leis protetivas ao hipossuficiente não pretendiam permitir.

2.4.5 *A abusividade embutida nos custos de transação sob o prisma do risco contratual*

O contrato¹⁷² bancário advém da vontade das partes em trocarem declarações de vontade para que um negócio desempenhe a função econômica esperada. Tanto o ofertante do crédito como a empresa tomadora se vinculam, tendo em vista determinado escopo econômico. Nessa lógica, as instituições financeiras se posicionam no topo da pirâmide, devido ao seu alto poder econômico, de onde se oportunizam para ditar as regras do jogo no mercado de crédito, especialmente ao adotar “precauções” contratuais que minimizem seus custos e eventuais prejuízos.

Como mencionado anteriormente, a limitação na autonomia da vontade pela adesividade dos contratos bancários faz com que esta relação se dê sob a vertente do desequilíbrio, restando às empresas se submeterem aos ditames da política creditícia dos bancos, sem espaço para um acordo mutuamente proveitoso. Assim, os bancos, ao produzirem os contratos de adesão em massa, calculam os riscos inserindo cláusulas abusivas e deixando deliberadamente lacunas racionais, que só acarretarão prejuízos na ocorrência de probabilidade positiva, isto é, se a empresa contratante identificar um vício que justifique o seu protesto.¹⁷³

Por outro lado, se as instituições financeiras se pautarem no princípio da transparência para a produção de cláusulas contratuais, seus lucros serão minimizados pelo impacto negativo

¹⁷² Na doutrina de Humberto Theodoro Júnior, “o contrato é antes de tudo um fenômeno econômico, não sendo uma criação do direito”. THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p.97.

¹⁷³ COOTER, op. cit., p. 223.

quantitativo na adesão desses acordos e assim o custo benefício ao se oportunizar em proveito da posição inferior das empresas acaba por valer a pena.

Nesse sentido, cita-se a lição de Ejan Mackaay e Stéphane Rousseau:

O cálculo da autoproteção se impõe, quer para a vítima de comportamento estratégico (assimetria de poder), ou de comportamento oportunista (assimetria de informação), razão pela qual a maior parte dos autores usa as expressões uma pela outra. É preciso admitir que os meios pelos quais é possível conter um ou outro desses tipos de comportamentos podem ser bastante diferentes. Em qualquer hipótese as precauções aumentam os custos associados ao contrato – custo de transação – e podem impedir a conclusão de certos contratos que, em princípio, seriam vantajosos.¹⁷⁴

Observa-se neste ponto que as micro e as pequenas empresas não possuem todas as informações necessárias sobre o objeto e o sujeito (banco) que lhes apresenta a proposta sobre o futuro da própria contratação e sobre todos os pontos relevantes para delinear planos de ação adequados. Essa constatação reflete o pensamento dos economistas no que tange à racionalidade limitada, a qual reconhece que as habilidades humanas de cognição não são infinitas ainda que busquem agir racionalmente.¹⁷⁵

Ao declinar ou inserir cláusulas abusivas, os bancos adotam comportamento estratégico visando a realização do negócio jurídico e racionalizando as controvérsias que poderiam ameaçá-lo. São observados em primazia os aspectos econômicos do negócio e não os aspectos jurídicos e seus reflexos pela parte contratante. Com efeito, tais medidas aumentam os custos de transação que colaboram para a onerosidade excessiva do empréstimo bancário. A instituição ofertante do crédito, ao ter o privilégio informacional dos possíveis riscos ou eventos fortuitos, insere mecanismos contratuais de controle de perda e danos, em que as empresas tomadoras do crédito assumem inconscientemente o ônus.

Desta feita, daí derivam-se os imbróglis jurídicos e as ações judiciais que visam investigar e redefinir os parâmetros contratuais “erroneamente” avençados pelas empresas. Teses civis e mercantis têm sido levantadas com o fito de clarear a matéria, mas, enquanto as obscuridades mercadológicas não forem reguladas, os conflitos e as lides se estenderão sem grandes mudanças significativas.

Já os custos de transação são aqueles necessários para a efetivação de transações comerciais.¹⁷⁶ Comumente, é desembolsado por um sem ser embolsado pelo outro em uma

¹⁷⁴ MACKAAY, Ob. cit., p. 423.

¹⁷⁵ FORGIONI, Paula A. **Teoria geral dos contratos empresariais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 66.

¹⁷⁶ NORTH, Douglas. Institutions and Economic Theory. **American Economist**, Vol. 36, 1992. p. 3-6.

relação contratual, sendo uma ineficiência comercial que não trará utilidade financeira a nenhuma das partes. Eles se dividem em três tipos: (i) custos de procura e obtenção de informações; (ii) custos de negociação; e (iii) custos para garantir a execução do contrato.

Os mercados não atingem resultados eficientes quando os custos de transação são maiores que o excedente econômico, o que não traz vantagem à conclusão de um contrato. A presença constante de custos de transação tem como consequência menos transações. Já na ausência, os direitos podem ser direcionados a quem mais os valoriza, enquanto os riscos podem ser repassados para quem tem mais condições de arcar com os custos.¹⁷⁷ Qualquer das partes pode analisar os custos e os benefícios de um instrumento contratual, podendo escolher o arranjo que melhor atenda seus interesses.¹⁷⁸

Em termos econômicos, os custos de transação ainda se subdividem em custos *ex-ante* e custos *ex-post*. Os custos *ex-ante* estão presentes no processo de negociação das cláusulas contratuais, que envolvem todo o processo de estudo e pesquisa para definir o objeto a ser transacionado, assim como a formalização de todo o procedimento cabível em caso de divergência ou inadimplência. Já os custos *ex-post* derivam-se de ajustamentos ou adaptações que decorrem de novas circunstâncias, quando a execução do contrato é afetada por falhas. Ambos são custos que conduzem o sistema econômico.¹⁷⁹

Pode-se inferir que os maiores custos em um contrato são aqueles necessários para a redação das cláusulas, pois todas as hipóteses de risco e benefícios devem ser cotadas e mencionadas, bem como cálculos de probabilidades, além de submissão jurídica aos advogados a fim de minimizar prejuízos em uma eventual judicialização.

Nesse cenário, os bancos são os intermediadores do negócio entre quem oferta e quem toma o crédito. Eles subsistem exatamente pela ineficiência dos mercados em negociarem livremente o crédito, de modo que melhoram a alocação de recursos ao coletar e processar as

¹⁷⁷ Os custos de transação foram analisados pela primeira vez pelo economista britânico Ronald H. Coase, quem criou o *Teorema de Coase*, que em síntese, reza numa situação em que (i) as partes sejam racionais em relação ao seu interesse individual; (ii) não haja custos de transação; e (iii) haja um mercado para todas as mercadorias, envolvendo direitos de propriedade bem especificados, as transações de mercado levarão a uma alocação eficiente, maximizando o bem estar total, independentemente da alocação inicial de direitos de propriedade. COASE, Ronald H. **A Firma, o Mercado e o Direito**. São Paulo: Editora Forense, 2016. p. 45.

¹⁷⁸ TIMM, Luciano B. GUARISSE, João Francisco M. Análise econômica dos contratos. In: TIMM, Luciano. **Direito e economia no Brasil: estudos sobre a análise econômica do direito**. 3. ed. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2019. P. 166-167.

¹⁷⁹ SARTO, Victor Hugo R. ALMEIDA, Luciana Togeiro de. A teoria dos custos de transação: uma análise a partir das críticas evolucionistas. **Revista Iniciativa Econômica**, v. 2. n.1, p. 1-25, Jan -jun, 2015.

informações e também assumir os riscos de crédito. Assim, eles devem a sua existência aos custos de transação que são gerados por fricções no mercado que geram a possibilidade de entrada de um ente intermediário que medeia a demanda e a oferta do crédito.¹⁸⁰

Todavia, nesse ambiente em que estão inseridas as MPEs, é sabido que os contratos de empréstimo são de adesão, padronizados, cabendo ao sistema pronto fazer uma busca pelo cadastro do tomador. Portanto, os instrumentos já estão prontos para serem assinados, não havendo necessidade de consultoria e submissão caso a caso. O que vai mudar é o eventual oferecimento de garantias, sendo esse um ponto a favor do ofertante do crédito. Entretanto, os altos custos de transação estão embutidos no risco contratual, sendo arcados automaticamente pelas MPEs, que, hipoteticamente, é a parte que oferece mais riscos, sendo esse mais um ponto que contribui para a onerosidade contratual bancária.

2.4.6 As tarifas bancárias como objeto de transferência dos riscos operacionais

As tarifas¹⁸¹ bancárias constituem uma importante fonte de recursos para os bancos e têm sido um ponto que tem gerado acirrada discussão jurisprudencial acerca das possibilidades de suas cobranças. Por sua vez, as instituições financeiras justificam a cobrança pela necessidade de remuneração dos serviços prestados aos consumidores, além de muitas estarem previstas em resoluções do Banco Central.

As tarifas que mais foram objetos de controvérsias foram a Tarifa de Abertura de Crédito (TAC) e a Tarifa de Emissão de Carnê (TEC). A cobrança da TAC se justifica nos custos para a realização de pesquisa prévia de dados do tomador, a fim de averiguar sua capacidade financeira e com isso reduzir o risco de inadimplência. Já a TEC corresponde ao custo pela emissão de boletos de pagamento.

¹⁸⁰ SCHLABITZ, Clarissa Jahns. **Custo de transação e o mercado de crédito brasileiro: uma análise sob a ótica da nova economia institucional**. 2008. 75/76 f. Dissertação (Mestrado em Economia) – Faculdade de Ciências Econômicas, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2008.

¹⁸¹ Em conformidade com o entendimento de Plácido e Silva, tarifa consiste, genericamente em “toda tabela, ou relação de preços, de direitos, de impostos, ou de taxas, que se deve pagar por alguma coisa”. SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico conciso**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. .60. No direito econômico e financeiro as tarifas são entendidas como a remuneração pelos serviços prestados, diferentemente dos serviços ligados à intermediação financeira.

A TAC era passível de cobrança até 30 de abril de 2008, quando entrou em vigor a Resolução CMN nº 3.518/2007, pela qual o Banco Central alterou, entre outras questões, a forma pela qual a informação seria prestada, a forma pela qual a alteração dos valores seria realizada e quais práticas não seriam cobradas por se tratarem de serviços essenciais à contratação da operação. A Resolução disciplinava, ainda, a cobrança de tarifas pela prestação de serviços por parte de instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo BCB.¹⁸²

Posteriormente, a Resolução CMN nº 3.919/2010¹⁸³, atualmente em vigor, revogou a Resolução anterior, alterando e consolidando as normas sobre cobrança de tarifas pela prestação de serviços por parte das instituições financeiras e demais instituições, revogando a partir de março, as Resoluções nº 3.518/2007 e nº 3.963/2009. Na tabela anexa à resolução, não constava a TAC e a TEC, de forma que não era mais lícita a sua estipulação, somente sendo permitidas nos contratos firmados até 30.04.2008.

Fica, portanto, claro que a cobrança dessas taxas é uma abusividade que transparece o movimento de vantagem excessiva direcionada pelo ofertante do crédito, visto que não há concreta prestação de serviço específico que justifique a cobrança adicional. O consumidor bancário, seja ele pessoa jurídica ou física, já paga os encargos decorrentes da contratação, de forma que mais um encargo aumenta consideravelmente a prestação a que se obriga, sem que, no entanto, haja a efetiva transparência no estabelecimento da obrigação.¹⁸⁴

É importante salientar que, muitas vezes, o contrato de empréstimo bancário não dispõe expressamente acerca dos valores exatos a que se acrescenta ao débito, constando apenas a

¹⁸² BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Resolução nº 3.518 de 6 de dezembro de 2007**. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/48002/Res_3518_v4_P.pdf>. Acesso em: 15 set. 2020.

¹⁸³ BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Resolução nº 3.919 de 25 de novembro de 2010**. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/res/2010/pdf/res_3919_v4_P.pdf>. Acesso em: 15 set. 2020.

¹⁸⁴ A jurisprudência do STJ passou a ser alterada a partir do julgamento do recurso especial 1.270.174/RS, que orientou a revisão das decisões de Cortes inferiores sobre a matéria. A Relatora fundamentou que haveria de ser demonstrada a vantagem do banco que redundaria no desequilíbrio econômico da relação jurídica para considerar a ilegalidade na cobrança, e que as taxas pactuadas em contrato geram legitimidade na cobrança. Entretanto, o teor do voto apresenta ponderações relevantes sobre a vulnerabilidade do consumidor em relação à previsão bancária de tarifas. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO COM GARANTIA DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. NULIDADE. AUSÊNCIA. TAXA DE ABERTURA DE CRÉDITO (TAC). TAXA DE EMISSÃO DE CARNÊ (TEC). EXPRESSA PREVISÃO CONTRATUAL. COBRANÇA. LEGITIMIDADE. **Acórdão em Recurso Especial nº 1270174 – RS**. (2011/0184925-9). Banco Volkswagen S/A e Uldemary Sosa Blota. Relatora: Ministra Maria Isabel Galloti. DJe: 05 nov. 2012. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 15 set. 2020.

previsão de tarifas de forma genérica. O consumidor bancário, ao buscar uma linha de crédito, tem como foco a taxa de juros remuneratórios, sem se ater às taxas administrativas, que se somam à conta final, tendo como resultado uma impagável “superdívida”.

Ademais, os juros remuneratórios já deveriam abarcar as despesas administrativas e de pessoal alocadas ao crédito, bem como cobrir o risco do crédito em eventual inadimplência do tomador e ainda remunerar os acionistas pelo capital aplicado. Nessa realidade, a cobrança de tarifas funciona como camuflagem para a cobrança de taxa de juros ainda mais elevada, sem deixar de mencionar que as taxas de juros no Brasil são as mais elevadas no mundo, onerando excessivamente o consumidor.¹⁸⁵

A TAC e a TEC são as que mais foram objetos de controvérsias e análises jurídicas pelo Superior Tribunal de Justiça no que concerne às tarifas bancárias, sendo prevacente que o cadastro e a investigação acerca da existência de restrições do tomador se reverte em benefício da própria instituição financeira, não havendo que configurar serviço autônomo prestado ao cliente. Além disso, a cobrança dessas tarifas fere o direito à informação e representa transferência de custos operacionais que onera excessivamente a relação contratual.¹⁸⁶

Em que pese toda a discussão e o entendimento prevacente sobre o tema, os bancos instituíram a cobrança da Tarifa de Abertura de Cadastro, que se trata de uma pesquisa sobre informações gerais e financeiras do cliente. O Banco Central assevera a legalidade da cobrança da tarifa, desde que não cobrada de forma onerosa ou indevida e somente no início do relacionamento entre consumidor e a instituição financeira.¹⁸⁷

¹⁸⁵ ASSAF NETO, Alexandre. **Mercado Financeiro**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 149.

¹⁸⁶ Nesse sentido, há trechos do voto do ministro Paulo de Tarso Sanseverino, em que a ministra Nancy Andrighi o acompanhou, no citado julgamento do Recurso Especial nº 1.270.174 – RS, em que se resume de forma esclarecedora a limitação do princípio da autonomia privada no âmbito das relações de consumo, em virtude presunção de vulnerabilidade do consumidor disposta no artigo 4º do CDC, principalmente no que se refere ao contrato de adesão e da incidência dos princípios da transparência e da boa-fé contratual.

¹⁸⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. TEMA 958/STJ. DIREITO BANCÁRIO. COBRANÇA POR SERVIÇOS DE TERCEIROS, REGISTRO DO CONTRATO E AVALIAÇÃO DO BEM. PREVALÊNCIA DAS NORMAS DO DIREITO DO CONSUMIDOR SOBRE A REGULAÇÃO BANCÁRIA. EXISTÊNCIA DE NORMA REGULAMENTAR VEDANDO A COBRANÇA A TÍTULO DE COMISSÃO DO CORRESPONDENTE BANCÁRIO. DISTINÇÃO ENTRE O CORRESPONDENTE E O TERCEIRO. DESCABIMENTO DA COBRANÇA POR SERVIÇOS NÃO EFETIVAMENTE PRESTADOS. POSSIBILIDADE DE CONTROLE DA ABUSIVIDADE DE TARIFAS E DESPESAS EM CADA CASO CONCRETO. **Acórdão em Recurso Especial nº 1.578.553 – SP (2016/0011277-6)**. Adailton Vicente da Silva e Banco Bradesco Financiamentos S.A. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. DJe: 06 dez. 2018. Disponível em: < www.stj.jus.br>. Acesso em: 16 set. 2020.

O Poder Judiciário validou a possibilidade da cobrança em uma série de julgados na segunda instância e nas instâncias superiores, resultando, inclusive, na Súmula nº 566 do STJ¹⁸⁸. A questão jurídica enfrentada em sede de recurso repetitivo dizia respeito à validade da cobrança, em contratos bancários, de tarifas/despesas com serviços prestados por terceiros, registro do contrato e/ou avaliação do bem. Em consonância, tem-se os pontos “7” e “9” da ementa do acórdão paradigma da tese firmada no tema 618 pelo rito dos recursos especiais:

7. Permanece legítima a estipulação da Tarifa de Cadastro, a qual remunera o serviço de “realização de pesquisa em serviços de proteção ao crédito, base de dados e informações cadastrais, e tratamento de dados e informações necessários ao início de relacionamento decorrente da abertura de conta de depósito à vista ou de poupança ou contratação de operação de crédito ou de arrendamento mercantil, não podendo ser cobrada cumulativamente” (Tabela anexa à vigente Resolução CMN 3.919/2010, com redação dada pela Resolução 4.021/2011). 9. Teses para efeitos do art. 543-C do CPC: [...] – 2ª Tese: Com a vigência da Resolução CMN 3.518/2007, em 30.4.2008, a cobrança por serviços bancários prioritários para pessoas físicas ficou limitada às hipóteses taxativamente previstas em norma padronizadora expedida pela autoridade monetária. Desde então, não tem mais respaldo legal a contratação da Tarifa de Abertura de Crédito (TAC), ou outra denominação para o mesmo fato gerador. Permanece válida a Tarifa de Cadastro expressamente tipificada em ato normativo padronizador da autoridade monetária, a qual somente pode ser cobrada no início do relacionamento entre o consumidor e a instituição financeira.¹⁸⁹

Verifica-se que houve manobra para justificar a continuidade da cobrança de uma taxa que se refere a um requisito para a concessão do crédito, apoiando-se ao fato de que os serviços de pesquisas são prestados por terceiros e por isso não são regulamentados pelo Conselho Monetário Nacional, de modo que procede a cobrança a título de ressarcimento de despesa.

Nessa realidade, prevalece a relativização do princípio da autonomia privada na realização dos negócios jurídicos bancários, com aplicação limitada, sendo incontestável a vulnerabilidade do consumidor bancário, das micro e pequenas empresas, que possuem capacidade de entendimento limitada, por suas próprias características.

Estabelecidas essas premissas, o contrato de adesão apresentado pelas instituições financeiras não pode ser negociado, além das cláusulas serem redigidas com difícil leitura e compreensão, a cobrança das taxas viola o princípio da boa-fé, afrontando os deveres de transparência e informação, e ainda é mais um encargo que onera excessivamente o contrato.

¹⁸⁸ Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 566. Nos contratos bancários posteriores ao início da vigência da Resolução-CMN n. 3.518/2007, em 30/4/2008, pode ser cobrada a tarifa de cadastro no início do relacionamento entre o consumidor e a instituição financeira.

¹⁸⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão em Recurso Especial nº 1.251.331** – RS. Aymoré Crédito e Financiamento e Investimento S/A e Enéas da Silva Amaral. Relatora: Ministra Maria Isabel Galloti. DJe: 24 out. 2013, Tema 618. Disponível em: < www.stj.jus.br>. Acesso em: 16 set. 2020.

2.4.7 *A prática da venda casada na concretização dos empréstimos*

Para a concessão do crédito bancário, há obrigações de natureza acessória que são impostas, ainda que com roupagem de sugestão, para que o contrato possa ser celebrado com mais segurança jurídica para a instituição financeira. Em muitos contratos bancários, os bens financiados são a garantia da operação, como, por exemplo, o maquinário de uma atividade comercial, os veículos automotores ou o imóvel sede de uma empresa. Assim, como forma de diminuição de riscos, os credores exigem a contratação de seguros, ou, ainda, títulos de capitalização, pois também esses são utilizados como fundo de emergência em um eventual período de inadimplência.

Sob o aspecto operacional das instituições financeiras, é notório que os agentes financeiros possuem metas de vendas e pontuações a serem cumpridas como requisitos de promoção ou comissão e com isso vinculam a contratação de seguros, de títulos de capitalização, previdências e variados produtos à concessão do crédito almejado pelas empresas tomadoras, caracterizando com isso a venda casada.

É importante conceituar que o seguro é um negócio jurídico no qual o segurado, visando tutelar um interesse legítimo, assegura o direito de ser indenizado pelo segurador em caso de consumação de riscos predeterminados.¹⁹⁰ É ainda um instrumento de socialização de perdas por meio do qual o indivíduo troca a possibilidade futura de sujeitar-se a uma perda patrimonial, decorrente de eventos inesperados e indesejados, por uma contribuição prévia, certa e determinada: o prêmio.¹⁹¹

Desse modo, sob o ponto de vista da racionalidade econômica e financeira, o objetivo das instituições financeiras é delimitar a perda potencial em decorrência de riscos pré-estabelecidos aos tomadores de empréstimo, com a aquisição de um produto ofertado por elas mesmas, no qual, além de assegurar eventual prejuízo pelo negócio jurídico avençado, há a obtenção de lucros acessórios pelos seguros comercializados pela própria companhia.

Nessa esteira, o tomador do crédito não tem a opção de escolher contratar ou não, ou adere e contrata ou, implicitamente, o crédito não será concedido, incorrendo clara prática

¹⁹⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: contratos em espécie**. 9. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 495.

¹⁹¹ CARLINI, Angélica; SARAIVA NETO, Pery. **Aspectos jurídicos dos contratos de seguros**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 13.

abusiva. Assim, insurgem mais obrigações onerosas, haja vista que não é possibilitado ao tomador a contratação de um produto mais barato em uma instituição concorrente, configurando a venda casada, prática que fere a boa-fé objetiva, estando sujeita à nulidade, nos termos das normas do direito do consumidor.

Vale destacar que, para que seja caracterizada a venda casada, é necessário observar alguns requisitos como: a) a imposição de produto ou serviço acompanhado de outro; b) a necessidade do cliente pelo produto ou serviço condicionado pelo ofertante; c) o perfil do cliente que contrata o produto; d) a necessidade do produto levando em consideração as características específicas, como condição financeira e cultural na sua utilização e o lapso temporal da contratação.¹⁹²

A título de exemplo, quando um banco realiza um empréstimo direto na conta corrente do tomador e instantaneamente é descontado um título de capitalização (prática rotineira), há o atrelamento de um produto ao outro, configurando-se assim a venda casada. Na alienação fiduciária de um veículo, é exigida a contratação de um seguro com o próprio agente financiador ou, na alienação de um imóvel, a contratação do seguro de vida e incêndio são atrelados ao contrato principal de financiamento. Na tomada de crédito para capital de giro, exige-se a aquisição de um cartão de crédito no qual, além das taxas de manutenção, são “ofertados” os seguros de proteção em caso de perda ou roubo dos cartões.

A legislação consumerista veda expressamente a venda casada, constituindo-se, inclusive, como prática abusiva nas relações de consumo.¹⁹³ Nesse raciocínio, sempre que o banco “sugerir” com tom obrigacional que o tomador adquira um produto diverso daquele de seu interesse, mesmo de forma acessória, estará incorrendo a venda casada, incorrendo em prática abusiva e, portanto, haverá nulidade absoluta.

O Judiciário já se manifestou sobre o assunto, reconhecendo como abusiva a cobrança de seguros em contrato de empréstimo, não deixando dúvidas de se tratar de venda casada. Em muitos contratos, os bancos inserem cláusulas prevendo o pagamento de seguro acessório, sem,

¹⁹² MELLO, Márcio. **Proteção do consumidor de crédito bancário e financeiro**. 2. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 68.

¹⁹³ BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm> Acesso em 14 nov. 2020. Art. 39 É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: I – condicionar o fornecimento de produto ou de serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço, bem como, sem justa causa, a limite quantitativos. [...].

contudo, especificar o porquê de sua cobrança, ferindo o princípio da boa-fé e incorrendo em nulidade. Em diversas decisões, foi determinado que o banco devolvesse o valor cobrado.¹⁹⁴

O Superior Tribunal de Justiça validou essa interpretação, firmando o tema 972, fixando a tese de que, nos contratos bancários em geral, o consumidor não pode ser compelido a contratar seguro com a instituição financeira ou com a seguradora por ela indicada.¹⁹⁵

No direito concorrencial, a problemática da venda casada constitui infração da ordem econômica¹⁹⁶, impactando o mercado econômico por um todo. É possível verificar esse fenômeno quando um agente que detém um significativo poder de mercado em um produto o vincula a um secundário, dando largada a um movimento de restrição gradativa que impede a possibilidade de competição dentro do mercado deste último produto.¹⁹⁷

Assim sendo, observa-se que as cláusulas bancárias que obrigam ou exigem a contratação de produto acessório ou conjunto ao produto principal, além de serem abusivas, são ilegais e passíveis de revisão e anulação pelo Judiciário, por serem nulas de pleno direito. No entanto, é comum que essas exigências não estejam dispostas expressamente, fazendo parte de um pacto verbal que precede a assinatura do instrumento contratual que concede o crédito. Contudo, essas práticas manifestamente abusivas estão sujeitas à comprovação por todos os meios de prova que o direito admite, corroborando com o entendimento de que a maximização de lucros é uma das diretrizes principais das instituições financeiras no Brasil.

¹⁹⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. **Acórdão n. 912304, 20150610075763APC**. Raimundo Nonato Soares Lima e HSBC BANK BRASIL S/A – Banco Múltiplo, Losango Promocoes e Vendas LTDA. Relatora: Ana Cantarino, Revisor: Flavio Rostirola, 3ª Turma Cível, DJE 28 jan. 2016. Disponível em: <www.tjdft.jus.br>. Acesso em: 17 set. 2020.

¹⁹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão em Recurso Especial nº 1.639.320 – SP**. Danilo Calhado Rodrigues e outros e Banco Itau BBA S.A. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. DJE: 17 dez. 2018, Tema 972. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 17 set. 2020.

¹⁹⁶ BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; [...] e dá outras providências. [...] Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: [...] §3º [...] XVIII – subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem; [...]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm#art127>. Acesso em: 17 set. 2020.

¹⁹⁷ TORODOV, Francisco; TORRES FILHO, Marcelo Maciel. **Direito do consumidor e direito da concorrência**. Secretaria de Acompanhamento Econômico. Comunidade virtual do Programa Nacional de Promoção da Concorrência, 2014. Disponível em: <http://www.fazenda.gov.br/centrais-de-conteudos/publicacoes/apostilas/advocacia-daconcorrencia/3-seae_direito_consumidor_direito_concorrencia.pdf>. Acesso em: 17 set. 2020.

2.4.8 *A taxa média do mercado como limite de fixação da taxa de juros*

Como já discorrido, os juros remuneratórios se referem ao valor que o tomador paga à instituição financeira com o objetivo de remunerar o dinheiro emprestado durante o período de contratação, diferentemente dos juros de mora, que são cobrados a partir da inadimplência do pagamento. A cobrança de juros não é ilegal e quando o Judiciário é provocado para analisar o excesso, o entendimento que se observa é o de que, acima dos 12% (doze por cento) ao ano, a taxa não é abusiva, desde que ela esteja acima da média praticada no mercado para contratos similares.

A Lei nº 4.595/1964 rege as instituições financeiras e dispõe que compete ao Conselho Monetário Nacional limitar a taxa de juros.¹⁹⁸ Portanto, a limitação de juros a 12% (doze por cento) ao ano, prevista na Lei de Usura, conforme a Súmula nº 596¹⁹⁹ do Supremo Tribunal Federal, não se aplica nas operações realizadas por instituições públicas ou privadas que integram o sistema financeiro nacional. Essa questão foi pacificada pelo STJ, nos termos do incidente de processo repetitivo, no qual ficou assentado o entendimento de que não há sujeição das entidades de crédito à limitação de juros:

ORIENTAÇÃO 1 – JUROS REMUNERATÓRIOS

a) As instituições financeiras não se sujeitam à limitação dos juros remuneratórios estipulada na Lei de Usura (Decreto 22.626/33), Súmula 596/STF; b) A estipulação de juros remuneratórios superiores a 12% ao ano, por si só, não indica abusividade; c) São inaplicáveis aos juros remuneratórios dos contratos de mútuo bancário as disposições do art. 591 c/c o art. 406 do CC/02; d) É admitida a revisão das taxas de juros remuneratórios em situações excepcionais, desde que caracterizada a relação de consumo e que a abusividade (capaz de colocar o consumidor em desvantagem exagerada) art. 51, §1º, do CDC) fique cabalmente demonstrada, ante às peculiaridades do julgamento em concreto. [...]²⁰⁰

¹⁹⁸ BRASIL. **Lei nº 4.595 de 31 de dezembro de 1964**. Disponível em:

<<https://www.bcb.gov.br/pre/leisedcretos/Port/lei4595.pdf>>. Acesso em: 18 set. 2020. [...] Art. 4º - Compete ao Conselho Monetário Nacional, segundo diretrizes estabelecidas pelo Presidente da República: [...] IX – limitar, sempre que necessário, as taxas de juros, descontos, comissões e qualquer outra forma de remuneração de operações e serviços bancários ou financeiros, inclusive os prestados pelo Banco Central do Brasil, assegurando taxas favorecidas aos financiamentos que se destinem promover: - recuperação e fertilização do solo; - reflorestamento; - combate a epizootias e pragas, nas atividades rurais; - eletrificação natural; - mecanização; - irrigação; - investimentos indispensáveis às atividades agropecuárias; [...].

¹⁹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 596**. As disposições do Decreto 22.626/1933 não se aplicam às taxas de juros e aos outros encargos cobrados nas operações realizadas por instituições públicas ou privadas, que integram o sistema financeiro nacional. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula>> Acesso em: 14 nov. 2020.

²⁰⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão em Recurso Especial nº 1.061.530 – RS (2008/0119992-4)**. Unibanco União de Bancos Brasileiros S/A e Rosemari dos Santos Sanches. Relatora: Ministra Nancy de Andrighi. DJe: 10 mar. 2009. Disponível em: < www.stj.jus.br >. Acesso em: 18 set. 2020.

Posto isso, ante a inexistência de limites concretos para a aplicação de juros nos contratos bancários ou divisão entre juros razoáveis e abusivos, o STJ tem utilizado como parâmetro para julgar a onerosidade excessiva desses instrumentos a taxa média praticada no mercado e divulgada pelo Banco Central do Brasil. A Súmula nº 296 consolidou esse entendimento no sentido de que os juros remuneratórios são devidos no período de inadimplência e a taxa média do mercado limitada ao percentual contratado.²⁰¹

No que concerne à composição da taxa média de mercado, o Banco Central divulga diariamente o valor da taxa básica de juros da economia brasileira (Selic)²⁰², que é o critério para fixação de juros bancários, bem como de tarifas cobradas pelas instituições financeiras. Logo, as taxas são calculadas a partir das taxas diárias das instituições, ponderadas por suas concessões em cada data.²⁰³

A doutrina defende duas argumentações distintas quanto ao critério de fixação a partir da aplicação da Selic: há os que defendem a Selic, tendo em vista que ela equivaleria a um critério de remuneração mínima às instituições, pois, no resgate dos títulos público o risco seria consideravelmente menor do que nos contratos celebrados com o público privado; e os que se posicionam contra a aplicação, sob a fundamentação de que a Selic inclui a remuneração de capital e a correção monetária, subordinando o sistema privado às diretrizes das normas públicas que possuem finalidades diversas, além de incluir considerações de política cambial e monetária.²⁰⁴

Assim sendo, para se encontrar a taxa média de juros não abusiva, lícita, permitida pelo CDC, foi estabelecido que ela deve estar dentro da média entre as taxas mínimas e máximas

²⁰¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 296**. Os juros remuneratórios, não cumuláveis com a comissão de permanência, são devidos no período de inadimplência, à taxa média de mercado estipulada pelo Banco Central do Brasil, limitada ao percentual contratado. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Jurisprudencia/Sumulas>> Acesso em: 14 nov. 2020.

²⁰² É a sigla para Sistema Especial de Liquidação e Custódia, um programa totalmente virtual em que os títulos do Tesouro Nacional são comprados e vendidos diariamente por instituições financeiras. A Taxa Selic está ligada aos juros dos títulos públicos que o governo oferece neste sistema. O COPOM, o Comitê de Política Monetária do Banco Central se reúne a cada 45 dias para definir se a Taxa Selic aumenta, diminui ou se mantém estável. Disponível em: <<https://blog.nubank.com.br/taxa-selic/>>. Acesso em: 18 set. 2020.

²⁰³ EFING, Antônio Carlos; GIBRAN, Fernanda Mara. A comprovação da onerosidade excessiva nos contratos bancários: uma nova reflexão a partir da realidade brasileira. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 63, 2007. p. 47.

²⁰⁴ Ruy Rosado foi o desenvolvedor da tese contrária à Selic. AGUIAR, Ruy Rosado de. **Os juros na perspectiva do Código Civil. Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002: convergências e assimetrias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 169.

praticadas pelas instituições financeiras para cada tipo de operação, somando todas as taxas e dividindo pela quantidade de instituições.

O Banco Central define essa taxa por meio de uma média aritmética feita com as séries divulgadas das modalidades de crédito. Ao exemplo, tem-se a tabela das taxas de juros de todas as instituições, entre agosto e setembro de 2020, na modalidade pessoa jurídica sobre o crédito para capital de giro com prazo até 365 dias²⁰⁵:

Tabela 2: Relatório Pessoa Jurídica – Capital de giro com prazo até 365 dias – 19.09.2020.

Posição	Instituição	Taxas de juros	
		% a.m.	% a.a.
1	BCO SUMITOMO MITSUI BRASIL S.A.	0,23	2,80
2	BANCO JOHN DEERE S.A.	0,24	2,91
3	BCO BOCOM BBM S.A.	0,44	5,40
4	BCO SAFRA S.A.	0,48	5,97
5	BCO XP S.A.	0,53	6,51
6	BCO ABC BRASIL S.A.	0,59	7,26
7	BCO CITIBANK S.A.	0,59	7,29
8	BCO MCFG BRASIL S.A.	0,60	7,45
9	BCO BS2 S.A.	0,80	10,03
10	BCO DO BRASIL S.A.	0,81	10,10
11	BCO PINE S.A.	0,82	10,26
12	ITAÚ UNIBANCO S.A.	0,84	10,55
13	BCO HONDA S.A.	0,88	11,09
14	BCO FIBRA S.A.	0,90	11,35
15	BCO DAYCOVAL S.A.	0,94	11,81
16	BCO BRADESCO S.A.	1,01	12,79
17	BCO RNX S.A.	1,03	13,05
18	BCO SANTANDER (BRASIL) S.A.	1,04	13,15
19	BCO DO EST. DE SE S.A.	1,10	14,07
20	BCO DO NORDESTE DO BRASIL S.A.	1,20	15,39
21	BCO RODOBENS S.A.	1,23	15,80
22	BCO DO EST. DO PA S.A.	1,24	16,00
23	BCO INDUSCRED DE INVESTIM. S/A	1,28	16,44
24	BCO DA AMAZONIA S.A.	1,31	16,97
25	BANCO INBURSA	1,47	19,12
26	SANTANA S.A. - CFI	1,73	22,82
27	BCO DO ESTADO DO RS S.A.	1,74	23,01
28	CAIXA ECONOMICA FEDERAL	1,79	23,72
29	BCO BANESTES S.A.	1,85	24,55
30	BCO RIBEIRAO PRETO S.A.	1,85	24,60
31	LECCA CFI S.A.	1,87	24,85
32	BCO TRIANGULO S.A.	1,89	25,18
33	BCO ARBI S.A.	1,95	26,04
34	BRB - BCO DE BRASILIA S.A.	2,03	27,34
35	BIORC FINANCEIRA - CFI S.A.	2,35	32,08
36	PORTOSEG S.A. CFI	2,51	34,71
37	GOLCRED S/A - CFI	2,76	38,71
38	SENEFF S.A. - CFI	3,56	52,21
39	BCO PAULISTA S.A.	7,63	141,66
40	BANCO TOPAZIO S.A.	10,80	242,53

Fonte: Banco Central do Brasil – Relatório de Taxa de Juros

Percebe-se que as taxas praticadas não podem ser consideradas justas ou equânimes, visto que a adoção de determinada taxa de juros em variável escala simplesmente não afasta a onerosidade excessiva. Além disso, é possível visualizar que não há concorrência efetiva entre as instituições e que, ainda sim, as taxas encontram-se em patamares elevados. Na realidade, o

²⁰⁵ BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Estatísticas de Taxa de Juros**. Disponível em: <www.bcb.gov.br/estatisticas>. Acesso em: 19 set. 2020.

sistema financeiro nacional tem como característica a quase uniformização das taxas praticadas no mercado, o que evidencia as práticas ilegais.²⁰⁶

Outrossim, embora não haja normas que determinem a limitação do patamar de juros, compreende-se, a despeito do CDC, que, embora livremente pactuados, os juros não podem ser fixados abusivamente, devendo estar dentro da média do mercado. Ocorre que as instituições, ao concederem os empréstimos, avaliam os riscos e as peculiaridades da operação e, com base nesses fatores, a taxa de juros é aplicada a cada contrato especificamente. Soma-se a isso o custo de captação e administrativo à existência de garantias, o prazo, o montante envolvido e o impacto na economia.²⁰⁷

No que tange ao custo dos empréstimos, é importante trazer à luz que ele sofre influências das políticas monetárias, segundo as variáveis da taxa de captação paga a quem aplica os recursos e o *spread* bancário²⁰⁸, que é o risco de crédito e/ou inadimplência, em que são analisados os tributos fiscais, as despesas administrativas e o lucro do banco.²⁰⁹

Quanto ao procedimento, os intermediários financeiros, no caso os bancos, visando à formação de poupança financeira, vão buscar no mercado financeiro os recursos que necessitam para a realização das operações bancárias em geral. Os recursos advêm dos agentes superavitários, para tanto, os bancos pagam o preço, que é o custo de captação ou custo do capital. Entretanto, ao transferirem o recurso captado aos tomadores de empréstimo, cobram destes um preço diferente, que compreende o valor da operação de intermediação e a cobertura do risco do credor na concessão do crédito, sendo esse preço denominado custo ao tomador.²¹⁰

²⁰⁶ EFING; GIBRAN, op. cit., p. 49.

²⁰⁷ CASTANHO DE CARVALHO, Adriana T. C. S. A fixação de juros remuneratórios pelas instituições financeiras e os preceitos constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência. **Série Aperfeiçoamento de Magistrados 5 – Curso “Juros” - Aspectos Econômicos e Jurídicos**. Rio de Janeiro: EMERJ, 2012. p. 19-20.

²⁰⁸ *Spread* bancário é entendido como a diferença entre a taxa de juros básica (custo da captação) e a taxa nominal fixa (custo do tomador). É composto: pelo recolhimento compulsório ao Banco central; pela cunha tributária; pelo custo de inadimplência; pelo custo administrativo e pelo lucro da instituição financeira. RODRIGUES, Mauro Sérgio. **Processo civil do consumidor bancário**. Campinas: Millenium, 2011. p. 111.

²⁰⁹ BANCO CENTRAL DO BRASIL. Departamento de Relacionamento com Investidores e Estudos Especiais (GERIN). **Juros e spread bancário**, Brasília, 2016, p. 10. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/content/cidadaniafinanceira/Documents/publicacoes/serie_pmf/FAQ%2011-Juros%20e%20Spread%20Banc%C3%A1rio.pdf>. Acesso em: 21 set. 2020.

²¹⁰ Rêgo, Werson. O sistema financeiro nacional e os juros remuneratórios nas operações bancárias de crédito, à luz do sistema de proteção e defesa do consumidor. **Banco do conhecimento: artigos escritos por magistrados do TJRJ**. Rio de Janeiro, 2009. P. 1-23. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=bd2ad27a-fff2-4f21-9fe6-c27b684a0ce2&groupId=10136>. Acesso em: 21 set. 2020.

É imperioso ressaltar a dificuldade na apuração do valor do *spread* bancário, uma vez que os bancos sonegam as informações quanto aos custos e aos riscos, inclusive, alegando que a divulgação de tais dados poderia violar os preceitos constitucionais da livre concorrência e do livre exercício da atividade econômica, previstos no art. 170²¹¹ da Constituição Federal.²¹²

Nessa esteira, no julgamento da ADIN nº 2.591-1 DF, o relator, ministro Eros Grau, julgou improcedente, em seu emblemático voto, o pedido formulado pela Confederação Nacional do Sistema Financeiro (CONSIF), tecendo considerações acerca do custo de captação e da necessidade de se controlar a composição da soma, destacando as MPEs:

Deveras, a mera e simples comparação entre o montante da chamada SELIC – que, sem nenhuma dúvida, é bastante elevada, se a considerarmos em relação à praticada em outros países – e a soma da efetivamente cobrada no plano de cada negócio individualmente considerado celebrado com os tomadores de crédito evidenciada ser indispensável o efetivo controle da composição dessa soma. E não apenas nas hipóteses de relação entre banco, fornecedor de crédito, e cliente, pessoa física, senão também quando se trate de pequena ou média empresa. Pois aqui se instala – e de modo pronunciado – uma relação de dominação, em cujo pólo ativo comparecem os bancos, no pólo passivo, suportando-a, o devedor. Em certos casos, autênticas situações de dependência econômica. [...] O fato é que tudo quanto exceda o patamar SELIC é pura relação contratual. Por óbvio, a abusividade e a onerosidade excessiva na composição contratual dessa taxa, além de outras distorções, são passíveis de revisão nos termos dos preceitos aplicáveis do Código Civil --- e, repito ainda, não somente em benefício do cliente pessoa física, mas também em especial das pequenas empresas, em relação às quais a dependência econômica pode estar francamente caracterizada. É necessário não perdermos de vista o poder do oligopólio constituído pelas instituições financeiras, capazes de, na multiplicação de moeda circulante em moeda escritural, produzir bem público.²¹³

Nessa perspectiva, o ministro Eros Grau sugere uma forma de identificar a onerosidade da taxa de juros e propõe a sua limitação, tendo em vista que sempre que houver imposição de taxas e cobranças abusivas, que excedam o percentual da taxa Selic, as taxas médias de mercado devem ser controladas. Fica claro que, na relação contratual entabulada, no tocante aos casos

²¹¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da União**. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 08 nov. 2020. Art. 170 A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] IV – livre concorrência; [...] Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

²¹² CASTANHO DE CARVALHO, op. Cit., p. 22.

²¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADIN nº 2.591 - DF. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. ART. 5º, XXXII, DA CB/88. ART. 170, V, DA CB/88. INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. SUJEIÇÃO DELAS AO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, EXCLUÍDAS DE SUA ABRANGÊNCIA A DEFINIÇÃO DO CUSTO DAS OPERAÇÕES ATIVAS E A REMUNERAÇÃO DAS OPERAÇÕES PASSIVAS PRATICADAS NA EXPLORAÇÃO DA INTERMEDIÇÃO DE DINHEIRO NA ECONOMIA (ART. 3º, § 2º, DO CDC). MOEDA E TAXA DE JUROS. DEVER-PODER DO BANCO CENTRAL DO BRASIL. SUJEIÇÃO AO CÓDIGO CIVIL.** Tribunal Pleno. Confederação Nacional do Sistema Financeiro - CONSIF e Presidente da República/Congresso Nacional. Relator: Ministro Eros Grau. j. 07.jun. 2006. DJe: 29 set. 2006. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266855>. Acesso em: 21 set. 2020.

concretos, as diferenças entre a taxa de juros estabelecidas pelos bancos e a taxa Selic vigente, não só podem, como devem ser revistas pelo Poder Judiciário a fim de se estabelecer o equilíbrio econômico entre as partes.

É possível concluir que as taxas médias reais jamais são divulgadas pelas instituições financeiras, tendo em vista o interesse desenfreado na maximização dos lucros. A ausência de limites enseja à estipulação de taxas de juros abusivas, que trazem onerosidade aos contratos bancários e obstaculizam a adimplência das obrigações pelo consumidor do crédito. Outrossim, o controle e a limitação dos juros são imprescindíveis para o cumprimento da função social dos contratos bancários.

2.5 Dados empíricos das cláusulas abusivas de um contrato bancário na prática real

A pesquisa em direito contratual tem como uma das possíveis fontes de dados empíricos as práticas contratuais reais, podendo ser classificada de acordo com o propósito do artigo, no caso em tela da dissertação descritiva, pelo fato de haver motivos relevantes para a coleta de dados de práticas reais das instituições financeiras em face das micro e pequenas empresas e, portanto, estarem sujeitas às restrições jurídicas impostas pelas normas, doutrina e jurisprudência.²¹⁴

A exemplificação tenta descrever em profundidade o padrão contratual seguido no mercado de crédito bancário, pautado em cláusulas abusivas, nas quais estão presentes a omissão e a camuflagem de informações que podem levar ao superendividamento empresarial.

Nesse passo, tem-se um contrato de abertura de crédito para capital de giro entre uma microempresa optante pelo Simples Nacional e o Banco do Brasil S.A, no valor de R\$ 168.000,00 (cento e sessenta e oito mil reais)²¹⁵:

²¹⁴ KOROBKIN, Rusell. Pesquisa empírica em direito contratual: possibilidades e problemas. **Revista de Estudos Empíricos em Direito**. vol. 2, n. 1, jan. 2015. p. 200-225.

²¹⁵ Contrato de abertura de crédito BB GIRO FLEX nr. 359.700.673, celebrado entre a empresa KMON TRANSPORTES EIRELI – ME e o Banco do Brasil S.A, em 30 de setembro de 2015. Arquivo disponibilizado pela empresa contratante do crédito.

PRIMEIRA - ABERTURA E DESTINAÇÃO DO CRÉDITO - O FINANCIADOR abre ao(à) FINANCIADO(A), e este(a) aceita, um crédito rotativo, até o limite de R\$168.000,00 (cento e sessenta e oito mil reais), destinado a empréstimo de capital de giro ou ao financiamento para aquisição de bens e serviços realizada pelo(a) FINANCIADO(A) junto aos seus FORNECEDORES, doravante denominado FORNECEDOR, ficando desde já convencionado que não será permitida qualquer aplicação desse crédito em investimentos fixos, transferindo o FINANCIADOR as respectivas importâncias, quando liberadas, para crédito na conta corrente de depósitos do(a) FINANCIADO(A), número 000.061.000-3, na agência 3597-1 ou para crédito do(s) FORNECEDOR(ES) indicado(s) em Planilha de Financiamento a ser encaminhada pelo(a) FINANCIADO(A) ao FINANCIADOR.

PARÁGRAFO ÚNICO - Fica o(a) FINANCIADO(A) ciente de que qualquer utilização do crédito aberto dependerá de prévio entendimento com o FINANCIADOR, porquanto estará condicionada à existência, na ocasião, de disponibilidade de recursos orçamentários, bem como às demais condições registradas neste instrumento.

- continua na página 2 -

Cumprе observar, em primeiro plano, que todo o contrato foi redigido na mesma fonte, sem destaques, negritos e até mesmo parágrafos, maculando o princípio da transparência e corroborando para a prática da assimetria informacional. Em outro plano, tem-se a cláusula segunda, de liberação do crédito, que prediz que deverão ser seguidas as disposições contidas em um documento anexo, denominado “PROPOSTA”:

SEGUNDA - LIBERAÇÃO DO CRÉDITO - A utilização dos recursos será apresentada à agência do FINANCIADOR, prefixo 3597-1, por meio de entrega de Proposta para Utilização de Crédito, doravante designada PROPOSTA, onde serão especificados os custos financeiros, os prazos, o valor e a forma de pagamento das parcelas de capital e as demais condições da operação. Essa PROPOSTA será assinada pelo(a) FINANCIADO(A) ou por seus representantes legais, cujos termos deverão se reportar a este Instrumento, que se, aceita pelo FINANCIADOR, fará parte integrante deste Instrumento para todos os fins de direitos.

A proposta tem como interface a referência ao número do contrato, bem como os encargos colocados de forma genérica e sucinta, na faixa dos 212,59 % do CDI, não havendo mais cláusulas explicativas ou que esmiúcem valores a serem cobrados:

PROPOSTA PARA UTILIZAÇÃO DE CRÉDITO - BB GIRO EMPRESA FLEX

Ref.: Contrato de Abertura de Crédito - BB GIRO EMPRESA FLEX
 Nr. Contrato: 359.700.673, de 30/09/2015.

1. FINANCIADOR:
 BANCO DO BRASIL S.A. CNPJ: 00.000.000/0001-91
 Agência: ORGAOS FEDERAIS-DF Prefixo-dv: 3597-1

2. FINANCIADO:
 Razão ou denominação social: KMON TRANSPORTES EIRELI - ME
 CNPJ: 19.762.390/0001-65 Conta Corrente: 000.061.000-3
 Endereço: Q SEPS 705/905 CON J SALA 118, ASA SUL
 Cidade: BRASILIA-DF CEP: 70.390-055

3. DADOS DA PROPOSTA:
 3.1 Valor da PROPOSTA: R\$5.500,00 (cinco mil e quinhentos reais)
 3.2 Vencimento: 20/01/2018
 3.3 Prazo: 24 meses e 20 dias
 3.4 Encargos Financeiros: 212,59% do CDI
 3.5 Data base para débito dos encargos: dia 20 de cada mês.

4. UTILIZAÇÃO DO LIMITE - O(A) FINANCIADO(A) com base no Contrato de Abertura de Crédito - BB GIRO EMPRESA FLEX supra referido, solicita a utilização do(s) valor(es) acima relacionado(s) para reforço de seu Capital de Giro.

5. FORMA DE PAGAMENTO DO PRINCIPAL - Sem prejuízo do vencimento estipulado no item 3 da Introdução do Contrato de Abertura de Crédito - BB GIRO EMPRESA FLEX, Nr. 359.700.673, de 30/09/2015, e das exigibilidades previstas nas demais cláusulas, inclusive encargos financeiros, o(a) FINANCIADO(A) obriga-se a pagar ao FINANCIADOR a dívida resultante desta proposta para utilização de recursos em 24(vinte e quatro) parcelas de capital com os seguintes vencimentos e valores nominais: em 20/02/2016, R\$229,16 (duzentos e vinte e nove reais e dezesseis centavos), em 20/03/2016, R\$229,16 (duzentos e vinte e nove reais e dezesseis centavos), em 20/04/2016, R\$229,16 (duzentos e vinte e nove reais e dezesseis centavos), em 20/05/2016, R\$229,16 (duzentos e vinte e nove centavos), em 20/06/2016,

Observa-se que a fragmentação do contrato em mais um adendo, principalmente destacando as informações mais relevantes que são os custos, os prazos, os valores, bem como a forma de pagamento, entre outros é mais um ponto complicador na identificação das abusividades praticadas.

Prosseguindo, no contrato de abertura de crédito, tem-se o parágrafo sétimo da cláusula segunda, que “sugere” a contratação de seguro de vida, indicando se tratar de uma decisão facultativa da empresa tomadora:

PARÁGRAFO SÉTIMO - O(A) FINANCIADO(A), no momento da utilização dos recursos, poderá contratar seguro prestamista, para amortizar ou liquidar o saldo devedor identificado na "PROPOSTA PARA UTILIZAÇÃO DE CRÉDITO", em caso de morte natural ou acidental ou invalidez permanente total por acidente de um ou mais segurados. A contratação do seguro é facultativa e se dará diretamente com a Seguradora, sujeitando-se às regras de elegibilidade constantes da legislação vigente na data de contratação e nas condições gerais e especiais do seguro, disponíveis no endereço eletrônico www.bb.com.br. Fica o(a) FINANCIADO(A) ciente de que, uma vez contratado o seguro, o valor integral do prêmio será pago à vista à Seguradora, via FINANCIADOR, passando a compor o saldo devedor da operação de crédito.

Essa disposição evidencia a prática da venda casada nos contratos de empréstimo, uma vez que os gerentes à frente das operações não apenas oferecem o produto como, na maioria dos casos, condicionam a concessão do crédito à aquisição desses títulos. Comumente, o consumidor médio, o titular à frente de uma MPE, movido pela necessidade do capital, não questiona a legitimidade da imposição, apenas adere ao instrumento adquirindo o produto acessório.

No que tange aos encargos, a cláusula oitava dispõe de forma genérica sobre percentual e cálculos das taxas que ali incidirão:

OITAVA - ENCARGOS FINANCEIROS DE NORMALIDADE - SOBRE OS VALORES DO CRÉDITO ABERTO, ENQUANTO ESTIVEREM SENDO UTILIZADOS PELO(A) FINANCIADO(A), BEM COMO SOBRE OS SALDOS DEVEDORES DAÍ DECORRENTES, INCIDIRÃO ENCARGOS FINANCEIROS CORRESPONDENTES AO PERCENTUAL DA TAXA MÉDIA DOS CERTIFICADOS DE DEPÓSITOS INTERBANCÁRIOS - CDI, INDICADO NO ITEM "3" DA PROPOSTA DE UTILIZAÇÃO DE CRÉDITO, FIRMADA POR OCASIÃO DAS LIBERAÇÕES. REFERIDOS ENCARGOS FINANCEIROS SERÃO CALCULADOS COM BASE NA TAXA EQUIVALENTE DIÁRIA (ANO DE 252 DIAS ÚTEIS). PARÁGRAFO PRIMEIRO - DÉBITO - OS ENCARGOS FINANCEIROS DE QUE TRATA O PREÂMBULO DESTA CLÁUSULA SERÃO DEBITADOS /CAPITALIZADOS MENSALMENTE, NAS DATAS BASE, NAS REMIÇÕES, PROPORCIONALMENTE AOS VALORES REMIDOS, NO VENCIMENTO ANTECIPADO, NO VENCIMENTO FINAL E NA LIQUIDAÇÃO DA DÍVIDA.

Os encargos incidirão sobre a taxa média de mercado, no caso exposto, dos certificados de depósitos interbancários, indicando constar no instrumento adendo, não fazendo referência aos números no contrato principal. Eles ainda serão calculados à taxa diária, sem menção de percentual, deixando o consumidor vulnerável às flutuações do mercado. Verifica-se que é uma

cláusula de difícil entendimento em vista da tecnicidade empregada e de argumentos complexos e dúbios como o descrito no parágrafo primeiro, onde se lê: os encargos [...] serão debitados/capitalizados mensalmente [...]

No que se refere ao inadimplemento, a cláusula nona dispõe:

NONA - INADIMPLEMENTO - EM CASO DE DESCUMPRIMENTO DE QUALQUER OBRIGAÇÃO LEGAL OU CONVENCIONAL, OU NO CASO DE VENCIMENTO ANTECIPADO DA OPERAÇÃO, A PARTIR DO INADIMPLEMENTO E SOBRE OS VALORES INADIMPLIDOS, SERÁ EXIGIDA COMISSÃO DE PERMANÊNCIA A TAXA DE MERCADO DO DIA DO PAGAMENTO, NOS TERMOS DA RESOLUÇÃO 1.129, DE 15.05.86, DO CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL, EM SUBSTITUIÇÃO AOS ENCARGOS DE NORMALIDADE PACTUADOS. REFERIDA COMISSÃO DE PERMANÊNCIA SERÁ CALCULADA DIARIAMENTE, DEBITADA E EXIGIDA NOS PAGAMENTOS PARCIAIS E NA LIQUIDAÇÃO DO SALDO DEVEDOR INADIMPLIDO.

É importante esclarecer que um dos efeitos da mora é o vencimento antecipado das parcelas no caso de atraso superior a 10 (dez) dias, ou seja, é legitimada a cobrança do valor total do instrumento de uma só vez mais os juros que ali incidem. Na cláusula acima, a exigência de comissão de permanência é o primeiro encargo reivindicado, na qual consta referência à taxa de mercado do dia do pagamento. Ocorre que a taxa, além de ser variável, é imposta mediante critérios das instituições financeiras, e não em normativos públicos, desrespeitando o direito à informação do consumidor bancário e a boa-fé objetiva.²¹⁶

A cobrança do Imposto sobre Operações Financeiras (IOF) também é alvo de muitas controvérsias quanto às possibilidades de cobrança. Geralmente, é cobrada uma porcentagem sobre o valor total do empréstimo, mais uma porcentagem diária, calculada de acordo com o prazo total previsto para pagamento²¹⁷. Entretanto, nos contratos de empréstimo, não há menção de valores e porcentagens, veja-se a cláusula décima primeira:

²¹⁶ MIRAGEM, Bruno. Comissão de permanência e contrato bancário: comentários à nova Súmula 472/STJ. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 83, p. 311-328, jul-set/2012.

²¹⁷ BRASIL. **Decreto nº 6.306, de 14 de dezembro de 2007**. Regulamenta o Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro, ou relativas a Títulos ou Valores Mobiliários – IOF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/D6306compilado.htm>. Acesso em: 24 set. 2020.

DECIMA PRIMEIRA - IOF - O(A) FINANCIADO(A) obriga-se a pagar o Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguros ou relativas a Títulos ou Valores Mobiliários (IOF), de acordo com a legislação em vigor, e, desde já, autoriza o FINANCIADOR a efetuar o débito em sua conta de depósitos, sendo que o valor correspondente ser-lhe-á informado mediante aviso de débito e/ou aviso no extrato de conta corrente.

O IOF tem previsão constitucional²¹⁸ e não pode ser considerado uma vantagem indevida à instituição financeira, nem a sua cobrança pode ser considerada ilegal ou abusiva. Todavia, a forma genérica como ele está disposto no contrato bancário, sem a estipulação dos valores a serem debitados e já autorizando-os, desde já, independentemente de sua informação, impõe uma conduta abusiva, tendo em vista a onerosidade excessiva que resultará do somatório de encargos não explicitados no ato da assinatura do instrumento.²¹⁹

Quanto aos encargos do vencimento do instrumento, tem-se a cláusula décima terceira, que cita as responsabilidades contratuais como o pagamento de valor principal, comissão, juros e outras despesas e, na ausência desse pagamento, os encargos que estão previstos em outra cláusula de encargos:

DECIMA TERCEIRA - VENCIMENTO DO INSTRUMENTO - Na data do vencimento normal deste Instrumento - 24/09/2016 (24 de setembro de 2016) - sem que tenha havido sua renovação, ou na data do seu vencimento antecipado o(a) FINANCIADO(A) pagará, independentemente de qualquer aviso ou notificação judicial ou extrajudicial, todas as responsabilidades dele oriundas, aí compreendidas: principal, comissão, juros, outros acessórios e quaisquer outras despesas.
PARÁGRAFO ÚNICO - Na falta de pagamento do saldo devedor e dos encargos existentes na data de vencimento normal ou antecipado deste Instrumento, passarão a incidir sobre todo o saldo devedor da conta de abertura de crédito vinculada, os encargos previstos na cláusula "ENCARGOS FINANCEIROS DE INADIMPLEMENTO".

²¹⁸ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da União**. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 08 nov. 2020. Art. 153 Compete à União instituir impostos sobre: [...] V – operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários.

²¹⁹ No julgamento de um agravo de instrumento que tinha como tema uma ação revisional de contrato bancário, a Ministra Carmen Lúcia decidiu em seu voto como relatora, que a incidência do IOF sobre as parcelas do financiamento ostentava vantagem excessiva à instituição financeira, pois ao valor cobrado a esse título vinham agregados os demais encargos contratuais, contrariando o art. 51, IV, do CDC. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AI 670710/RS**. Relatora: Min. Carmen Lúcia. J. 21 fev. de 2008. DJe. 18 mar. 2008. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho95462/false>>. Acesso em: 24 set. 2020.

Ocorre que, no contrato exposto, a cláusula intitulada “ENCARGOS FINANCEIROS DE INADIMPLENTO” não existe com essa denominação. Na verdade, os referidos encargos estão contidos na cláusula nona, já analisada, que trata da exigência de comissão de permanência. Assim, fica explícito mais uma pedagogia contratual para dificultar a compreensão clara das intenções capitalistas dos bancos em auferirem lucros a todo custo. Não há especificação de valores, de números, percentuais nem mesmo o número de uma suposta cláusula que conteria a descrição dos encargos por inadimplência. Infere-se que o banco, de forma astuta, conduz o tomador em uma espécie de “ping-pong” textual, que nem mesmo um advogado dos empresários conseguiria fazer uma leitura interpretativa das condições reais ali estabelecidas.

O contrato bancário tem ainda como uma de suas fontes normativas a Lei nº 10.931/2004²²⁰, que dispõe também sobre a Cédula de Crédito Bancário, que, entre obrigações das partes, dispõe, no seu art. 28, § 2º, sobre a obrigação do credor de apresentar, de forma clara, precisa e de fácil entendimento, os cálculos do valor da dívida principal, seus encargos e despesas, parcela de juros e os critérios de sua incidência, a parcela de atualização monetária, de multas e demais penalidades contratuais, bem como a cobrança de honorários advocatícios e o valor total da dívida, sendo esse o custo efetivo total. Todavia, o que se vê na prática é que os instrumentos bancários, em sua maioria, não estão pautados pelas diretrizes normativas, mas por práticas reguladas pelo próprio mercado, estando ausente aí o dirigismo contratual.

Nesse raciocínio, tem-se a extensa cláusula décima quinta, que trata do vencimento antecipado em caso de impontualidade nas prestações, ou saldo insuficiente nas datas dos vencimentos:

²²⁰ BRASIL. **Lei nº 10.931, de 2 de agosto de 2004**. Dispõe sobre o patrimônio de afetação de incorporações imobiliárias, Letra de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Bancário, altera o Decreto-lei nº 911, de 1º de outubro de 1969, as Leis nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964, ° 4.728, de 14 de julho de 1965, e nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/110.931.htm#:~:text=Art.,im%C3%B3veis%20que%20comp%C3%B5em%20a%20incorpora%C3%A7%C3%A3o.>. Acesso em: 24 set. 2020.

DECIMA QUINTA - VENCIMENTO ANTECIPADO - SE O(A) FINANCIADO(A) NÃO PAGAR PONTUALMENTE QUAISQUER DAS PRESTAÇÕES PREVISTAS NESTE INSTRUMENTO, OU SE NÃO DISPUSER DE SALDO SUFICIENTE, NAS DATAS DOS SEUS RESPECTIVOS VENCIMENTOS, PARA QUE O FINANCIADOR PROMOVA OS LANÇAMENTOS CONTÁBEIS DESTINADOS ÀS SUAS RESPECTIVAS LIQUIDAÇÕES, CONFORME EXPRESSAMENTE PREVISTO NA CLÁUSULA "AUTORIZAÇÃO PARA DÉBITO EM CONTA", PODERÁ O FINANCIADOR CONSIDERAR VENCIDAS ANTECIPADAMENTE, DE PLENO DIREITO, TODAS AS DEMAIS PARCELAS AINDA VINCENDAS, ASSUMIDAS NÃO SÓ NESTE INSTRUMENTO COMO EM OUTROS QUE TENHA FIRMADO COM O FINANCIADOR, E EXIGIR O TOTAL DA DÍVIDA DELAS RESULTANTE, INDEPENDENTEMENTE DE AVISO EXTRAJUDICIAL OU INTERPELAÇÃO JUDICIAL. O FINANCIADOR TAMBÉM PODERÁ CONSIDERAR INTEGRALMENTE VENCIDA E EXIGÍVEL A DÍVIDA RESULTANTE DAS OPERAÇÕES EXISTENTES QUANDO O(A) FINANCIADO(A) OU O(S) COBRIGADO(S):

- a) SOFRER(EM) PROTESTO CAMBIÁRIO, REQUERER(EM) SUA RECUPERAÇÃO EXTRAJUDICIAL, JUDICIAL OU FALÊNCIA OU TIVER(EM) SUA FALÊNCIA OU INSOLVÊNCIA CIVIL REQUERIDA OU POR QUALQUER MOTIVO ENCERRAR(EM) SUAS ATIVIDADES;
- b) SOFRER(EM) AÇÃO JUDICIAL OU PROCEDIMENTO FISCAL CAPAZ DE COLOCAR EM RISCO AS GARANTIAS CONSTITUÍDAS OU CUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES AQUI ASSUMIDAS;
- c) DIRETAMENTE OU ATRAVÉS DE PREPOSTOS OU MANDATÁRIOS, PRESTAR(EM) AO FINANCIADOR INFORMAÇÕES INCOMPLETAS OU ALTERADAS, INCLUSIVE ATRAVÉS DE DOCUMENTO PÚBLICO OU PARTICULAR DE QUALQUER NATUREZA;
- d) DIRETAMENTE OU ATRAVÉS DE PREPOSTOS OU MANDATÁRIOS, DEIXAR(EM) DE PRESTAR INFORMAÇÕES QUE, SE DO CONHECIMENTO DO FINANCIADOR, PODERIAM ALTERAR SEUS JULGAMENTOS E/OU AVALIAÇÕES;
- e) TORNAR(EM) -SE INADIMPLENTE(S) EM OUTRA(S) OPERAÇÃO(ÕES) MANTIDA(S) JUNTO AO FINANCIADOR;

Embora legal e validada pela jurisprudência, a cláusula de vencimento antecipado tem como primeira e última impressão quem efetivamente, de forma unilateral, conduz e impõe as regras da relação creditícia. De forma abusiva, o banco, entre as linhas 11 e 16 acima, assevera que o contrato poderá ter o seu vencimento antecipado e, não só nesse, mas em outros instrumentos que tenham sido firmados com ele financiador, este possa exigir o total da dívida resultante, “independente” de aviso extrajudicial ou interpelação judicial, inclusive mencionando na alínea “e” a hipótese de inadimplência cruzada. Nesse cenário, insurge-se a flagrante relação de dependência e submissão da empresa tomadora do crédito, frente à instituição financeira que se encontra no topo do poder econômico.²²¹

²²¹ O entendimento jurisprudencial acerca da cobrança da cláusula de vencimento antecipado não é pacífico. Em uma ação de busca e apreensão, o Relator do caso declarou a nulidade de uma cláusula que previa o vencimento antecipado da dívida independentemente de qualquer notificação judicial ou extrajudicial, diante da flagrante abusividade, contrariando o disposto no artigo 54, § 2º, do CDC. TJAM. AI 40002384620128040000 AM 4000238-46.2012.8.04.0000. Relator: Des. Wellington José de Araújo, j. 26 ago. 2013. Segunda Câmara Cível, DJe: 20 set. 2013.

No que concerne às tarifas, a cláusula vigésima dispõe:

VIGESIMA - TARIFAS - Além dos encargos financeiros pactuados, o(a) FINANCIADO(A) autoriza o FINANCIADOR a debitar em sua conta de depósitos, a título de remuneração sobre serviços, o valor correspondente à Tarifa de Abertura de Crédito (na contratação e renovação) e demais tarifas aplicáveis à operação, vigentes à época da cobrança, constantes da Tabela de Tarifas de Serviços Bancários - Pessoa Jurídica, que se encontra disponível em qualquer agência do FINANCIADOR. O(A) FINANCIADO(A) se declara ciente de que tais débitos lhe serão informados mediante aviso de débito e/ou aviso no extrato de conta corrente.

É possível constatar a flagrante abusividade na cobrança da TAC, haja vista não ser mais passível de cobrança desde abril de 2008, conforme já discorrido. Ressalte-se que esse é um contrato celebrado em 2015, ou seja, sete anos depois da invalidação e, mesmo nos dias de hoje, prevalece essa prática. Em complemento, agrava-se o fato de que a cobrança não aponta quais seriam os valores aplicáveis, remetendo o consumidor para uma “Tabela de Tarifas de Serviços Bancários – Pessoa Jurídica”, disponível em qualquer agência daquele banco. Em tempos em que se impera as informações na rede de computadores, fica claro que a informação é ocultada, dificultada e o mais inviabilizada possível a fim de não denunciar os encargos abusivos embutidos na relação de crédito entabulada.

Compreende-se que a concessão do crédito é dependente do resultado da relação custo x benefício da operação de crédito. A empresa só terá benefício pelo crédito se sua rentabilidade for maior que o custo. Caso contrário, será um problema que pode alcançar grandes proporções. Todavia, o custo é determinado exclusivamente pelo banco e qualquer intempérie na empresa que afete a sua capacidade de pagamento regular pode gerar uma dívida com crescimento abrupto e vertiginoso, revertendo o crédito em prejuízo.

Diante da realidade apresentada, ficam transparentes as inúmeras ilegalidades que podem ocasionar o superendividamento do consumidor bancário. Essas ilegalidades são nulas de pleno direito, pois colocam o consumidor em desvantagem, desequilibrando a relação contratual estabelecida. O somatório de todos os encargos, aplicados simultaneamente, não só geram um impacto substancial na operação empresarial, como refletem no desenvolvimento econômico do país. Como resultado de toda essa engrenagem em que o escoamento dos lucros

se dá de forma maximizada nos cofres das instituições financeiras, tem-se a onerosidade excessiva, que inviabiliza o cumprimento do contrato, superendivida a empresa, podendo até levar à sua extinção. Nesse contexto, faz-se necessário a adoção de medidas por parte do Poder Público, para que as práticas abusivas sejam inibidas e, com isso, os prejuízos socioeconômicos sejam minimizados.

CAPÍTULO 3 A PROBLEMÁTICA DO SUPERENDIVIDAMENTO DAS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS NO CONTEXTO DA ONEROSIDADE EXCESSIVA DOS CONTRATOS BANCÁRIOS

O superendividamento bancário é configurado quando uma pessoa física ou jurídica não é mais capaz de pagar dívidas, mais especificamente prestações mensais contraídas para aquisição de bens ou capital de giro, sem o prejuízo do próprio sustento.

No âmbito das micro e pequenas empresas, o fenômeno do superendividamento parece seguir um rito padronizado quando analisados casos de revisões contratuais levados ao Poder Judiciário: as empresas tomam o crédito instrumentalizado em contratos bancários de adesão munidos de cláusulas obscuras abusivas, as quais não são possíveis de serem identificadas como tal pelo perfil médio do microempreendedor brasileiro, e, dado determinado momento, a capacidade financeira da empresa é comprometida, dando início a sucessivos empréstimos com o objetivo de “tapar os buracos” deixados por empréstimos anteriores.

A doutrina europeia divide o superendividamento em passivo e ativo. O primeiro ocorre por razões alheias à sua vontade ou conduta, já o segundo decorre de má administração ou abuso do crédito, quando sua utilização ocorre sem fundos suficientes para pagamento.²²² O superendividamento empresarial passivo bancário pode se dar por intermédio de um empréstimo de boa-fé, instrumentalizado por um contrato eivado por cláusulas abusivas, o qual foi aderido inconscientemente pelo titular da empresa sadia que buscava recursos para investimento no desenvolvimento da sua atividade.

Nesse raciocínio, fica estabelecido o desequilíbrio da relação contratual resultando em onerosidade excessiva, em decorrência de fatos extraordinários, imprevisíveis pela parte em posição inferior, cujas consequências não foram passíveis de previsão. Percebe-se a presença da imprevisibilidade e extraordinariedade dos fatos supervenientes, que funcionam como elementos que conduzem à aplicação da teoria da imprevisão.²²³

Nesse contexto, Paulo Magalhaes Nasser assevera:

²²² MARQUES, Cláudia Lima. **Sugestões para uma lei sobre o tratamento do superendividamento de pessoa físicas em contratos de crédito ao consumo: proposições com base em pesquisa empírica de 100 casos no Rio Grande do Sul.** In *Direitos do Consumidor Endividado: superendividamento e crédito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 258.

²²³ EFING, op. cit, p. 84.

A onerosidade excessiva configura-se quando há a destruição da equivalência material das prestações a cargo dos contratantes, não permitindo a uma das partes – ou a todas – a realização da finalidade legitimamente esperada no processo obrigacional. Essa frustração do escopo contratual perseguido pelas partes é resultado de uma alteração brusca e arrebatadora da economia do contrato, exigindo um sacrifício extremo do devedor para cumprimento da avença, de proporções que fogem à razoabilidade. Nesse caso, não se tem uma impossibilidade superveniente da obrigação, uma vez que esta permanece possível. Contudo, o cumprimento nos moldes avençados acarreta ao contratante uma dificuldade que refoge ao normal, refletindo uma onerosidade que não é aquela ínsita aos contratos onerosos, mas sim uma faceta mais drástica que, se pudesse ser antevista, certamente conduziria o contratante à opção de não celebrar o contrato, ou celebrá-lo com uma contraprestação diferente.²²⁴

O desequilíbrio material do contrato de empréstimo bancário para as micro e pequenas empresas enseja o superendividamento empresarial, que se desdobra fatalmente em inadimplência. Esta, por sua vez, resulta em resolução ou revisão contratual, nas quais muitas vezes há consequências nefastas à atividade com reflexos no ambiente econômico e social.

O rompimento do equilíbrio contratual pode ocasionar o enriquecimento sem causa da parte em sobre vantagem, no caso em exame, tem-se a maximização dos lucros das instituições financeiras, em virtude da desproporção entre a prestação originalmente pactuada e o seu valor real diariamente atualizado. A inadequação desses contratos de crédito bancário pode gerar inúmeras consequências para as empresas, como: sustentabilidade precária; atraso de pagamentos de fornecedores, empregados ou obrigações assumidas; e até mesmo falência.²²⁵ Como resultado, pode haver a extinção da atividade com a consequente perda da sua função social. Assim, o crédito, que deveria ser elemento positivo, passa a assumir uma posição oposta, tornando-se elemento negativo, inviabilizando a manutenção da atividade empresarial.

Essa problemática do superendividamento não deve ser confundida com o espaço deixado pelo mau gestor e não deve servir como justificativa a ser utilizada pelo inadimplente “puro”. No entanto, diante das peculiaridades inerentes a esses contratos e suas consequências, entende-se que há um problema jurídico instaurado.

O estado de superendividamento das MPEs em relação à atividade bancária se dá explicitamente devido a taxas de juros elevadas, *spreads*²²⁶ altíssimos, cumulação ilegal de

²²⁴ NASSER, Paulo Magalhães. **Onerosidade excessiva no contrato civil**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 149.

²²⁵ O nexo de causalidade entre o comportamento da empresa e o efeito nocivo dele decorrente se comprova através de observação das condições fáticas do mercado. Em se tratando de hipótese em que não exista dano efetivo, o efeito negativo potencial do comportamento poderá ser determinado, levando-se em consideração as consequências normalmente advindas em situações semelhantes.

²²⁶ Spread bancário é simplesmente a diferença entre os juros que o banco cobra ao emprestar e a taxa que ele mesmo paga ao captar dinheiro. O valor do spread varia de acordo com cada operação, dependendo dos riscos

encargos, como a comissão de permanência e a correção monetária, que dificultam sua sobrevivência e corroboram para sua extinção, diante da carência de tratamento jurídico diferenciado, além das inúmeras abusividades, como as já aqui discorridas.

É importante destacar que a tentativa de renegociação junto aos bancos é uma das primeiras medidas que uma empresa superendividada toma visando solucionar sua precariedade. Entretanto, as condições de repactuação da dívida se tornam ainda mais dificultosas e muitas vezes as instituições aproveitam-se da vulnerabilidade das micro e pequenas empresas, com o objetivo de minimizarem os prejuízos decorrentes da inadimplência.

Nos instrumentos de repactuação, dá-se uma novação, mas com roupagem de renegociação, sem a inserção de novas cláusulas ou taxa diferenciada de juros. Porém, os valores podem ser diluídos, com prestações estendidas, de modo que o valor do montante é consideravelmente aumentado. Surge, então, um novo contrato, com encargos acumulados, que, na prática, desconsidera o valor já amortizado até aquele momento.²²⁷

Nessa esteira, a renegociação tem acelerado com robustez as revisões judiciais dos contratos bancários, haja vista que uma providência que, *a priori* deveria ser benéfica, enseja o engessamento financeiro das empresas superendividadas resultando em incapacidade de pagamento e até a sua extinção.

3.1 A renegociação contratual de MPEs superendividadas como medida preventiva de lides

Uma empresa superendividada tem como premissa a revisão de suas despesas e receitas a fim de se obter um produto que permita um fluxo de pagamento sustentável garantindo a sua sobrevivência. Quando a administração recai sobre as dívidas bancárias, é conclusivo que os valores variáveis e a aplicação sucessiva de juros de mora, geram um montante que se torna um elemento impagável na atividade. Posto isso, as MPEs superendividadas recorrem às

envolvidos e, normalmente, é mais alto para pessoas físicas do que para as empresas. O Brasil é famoso por ter um dos maiores spreads bancários do mundo. Disponível em:

<http://desafios.ipea.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=2051:catid=28&Itemid=23>. Acesso em: 19 Dez. 2018.

²²⁷ Em pesquisa empírica realizada em processos judiciais de revisão contratual bancária, foi constatado que muitos contratos de renegociação se caracterizam pela ocultação de informações, de modo que as empresas aderem às dívidas impagáveis sem a explicitação correta do que está se contratando.

instituições financeiras com o objetivo de mitigar a sua dívida, abrandando o valor de parcelas volumosas e diluindo ainda mais o seu cumprimento, preferencialmente contando com a prerrogativa de carência.

A renegociação é realizada pelo banco e pela tomadora em dificuldades financeiras. O Banco Central define que renegociação é a composição da dívida, a prorrogação, a novação, sendo a concessão de uma nova operação para liquidação parcial ou integral de operação anterior ou qualquer outro tipo de acordo que implique alteração nos prazos de vencimento ou nas condições de pagamento originalmente pactuadas.²²⁸

Nesse contexto, a renegociação bancária deveria trazer benefícios às partes envolvidas, uma vez que a facilitação para o pagamento das dívidas teria como consequência a manutenção das empresas no mercado e a desnecessidade de uma execução contratual custosa e morosa por parte dos bancos. Assim, a renegociação tem como aspecto principal a consolidação do débito por intermédio de novos encargos e garantias.

O superendividamento decorre, em regra, do inadimplemento e o inadimplemento de uma renegociação atinge patamares ainda maiores de superendividamento em decorrência do hiperinflacionamento da dívida lançada no instrumento de repactuação. A repactuação tem como uma de suas consequências a subida do risco de inadimplemento, devido ao fato de se embutir exorbitantes juros e encargos moratórios que venham a compensar o prejuízo gerado pela inadimplência do contrato anterior. Nesse movimento cíclico, um mero atraso no pagamento de uma parcela faz com que as empresas retornem ao estado anterior de inadimplemento, acumulando montantes de dívida ainda maiores em relação ao seu status antes da renegociação.

Vale ressaltar que os bancos têm acesso às informações privilegiadas por meio do sistema interligado do Bacen, no qual é possível valorar o conjunto de fatores que possibilitam concluir pela admissibilidade ou não de uma operação de empréstimo ou renegociação. É possível avaliar o potencial risco de retorno por qualquer operação e assim concluir que a proposição, em verdade, a imposição, pelas características de adesividade, compromete o seu adimplemento, dando margem à execuções bancárias cada vez mais volumosas.²²⁹

²²⁸ BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Plano contábil das instituições do sistema financeiro nacional – COSIF**. Disponível em: <www.bcb.gov.br>. Acesso em: 20 out. 2020.

²²⁹ LAGES, Leandro Cardoso. **Superendividamento empresarial**. 2017. Tese (Doutorado em Direito) – PUC – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2017.

Não obstante isso, ao iniciar as renegociações, o dever de lealdade, de informação e de esclarecimento, devem pautar as tratativas por meio de um comportamento colaborativo que deveria perdurar durante toda a execução do contrato, visto que a conduta de ambos se subordina a regras que visam impedir que uma parte dificulte a ação da outra.²³⁰ Ou seja, o dever de informar envolve a apresentação de dados com clareza para que os contratantes decidam acerca dos benefícios da contratação. O conhecimento médio daqueles que conduzem atividades de pequeno porte, de modo geral, são restritos e limitados. Pressupor o dever de conhecimento é uma hipótese por si só abusiva. A orientação em uma repactuação deveria estar acompanhada de uma assessoria que traduzisse e aconselhasse o tomador quanto às consequências daquele crédito, pois o ofertante já detém todas essas e outras informações.

O dever de transparência e cooperação por parte dos bancos decorre do dever geral de boa-fé, levando em consideração o contrato entabulado entre desiguais. Nesse aspecto, a ausência do dever de colaborar, conjugado com as hipóteses já discorridas, de que as instituições possuem conhecimento da situação de superendividamento da empresa, por meio de mecanismos que também conferem a impossibilidade de pagamento de novas obrigações assumidas, aliados a ausência de má-fé das tomadoras de crédito, tratando-se de uma relação de consumo em clara situação de vulnerabilidade informacional e financeira das MPEs, ensejam a responsabilidade civil dos bancos com o dever de reparar.²³¹ Ademais, a renegociação é uma alternativa que as empresas superendividadas buscam para reequilibrar a relação contratual originária, exercitando sua autonomia, em comum acordo, configurando uma revisão extrajudicial autônoma.

No Direito brasileiro, a maior parte da doutrina entende que a renegociação é uma atitude recomendável e não um dever jurídico, mesmo diante do desequilíbrio contratual, sob o argumento de que não há no ordenamento jurídico brasileiro uma norma específica que determine a renegociação dos contratos iníquos ou abusivos,²³² diferentemente do que ocorre na maior parte da Europa, no campo da *soft law*, cujas normas preveem que os contratos só podem ser revisados judicialmente desde que as partes tenham tentado alcançar uma composição extrajudicial. Destaca-se, nesse sentido, os Princípios de Direito Contratual Europeu, os quais preveem que, diante de uma alteração de circunstâncias que preencham certos

²³⁰ GOMES. **Contratos**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 112.

²³¹ LAGES, op. cit., p. 158.

²³² RENNERT, Rafael. **Novo direito contratual: a tutela do equilíbrio contratual no código civil**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2007. p. 137-138.

requisitos, as partes estão obrigadas a entrar em negociação para adaptar ou resolver o contrato.²³³

O dever de renegociação não se relaciona com a aceitação de propostas ou termos, mas a boa-fé objetiva impõe que tais movimentos sejam respondidos em tempo razoável, em vez de a parte proponente obter o silêncio como resposta, deixando o contratante prejudicado em situação de insegurança, ao mesmo tempo que seu prejuízo se agrava. O objetivo é estabelecer a comunicação e a interação entre as partes para que se atinja os fins perseguidos e não se resvale em juízos arbitrais ou revisões judiciais. Consiste em obrigação de meio, mas na prática é uma obrigação de resultado.²³⁴

Em que pese as benesses de uma renegociação bem sucedida, como o não desembolso por custos adicionais de uma eventual ruptura contratual e a composição com obrigações razoáveis e proporcionais não se coadunam com os interesses das instituições financeiras, uma vez que no uso de seu poder econômico condicionam as empresas, em especial as vulneráveis MPEs, a cláusulas abusivas impostas unilateralmente, não havendo alternativa a não ser a judicialização para a revisão das disposições com o objetivo do reequilíbrio contratual.

3.2 Dados empíricos de um contrato bancário de renegociação

Em 2015, a crise econômica assolou o Brasil afetando milhares de empresas, em especial as MPEs. A incompatibilidade entre o mercado e os encargos, além de abusos impostos em contratos bancários de média e longa duração, tornou a situação insustentável, levando muitas empresas ao superendividamento e até mesmo a interrupção de suas atividades.

Diante dessa realidade, o contrato analisado no subcapítulo 2.5 desdobrou-se em um contrato de renegociação cinco meses após a sua pactuação, em virtude da diminuição do faturamento da microempresa tomadora do crédito, tendo como consequência o

²³³ Os Princípios de Direito Contratual Europeu foram publicados entre os anos de 1995 e 2002, divididos em três partes, sendo o resultado do trabalho de uma comissão formada por membros de todos os países integrantes da União Europeia. Trata-se de princípios e regras desprovidos de força normativa, mas que seus autores têm a pretensão de servirem de base a um futuro Código Europeu de Contratos. Ole Lando e Hugh Beale Hugh. **Principles of European Contract Law, Parts I and II, prepared by tge Comissão on European Contract Law**, 2000, p. XXIII.

²³⁴ SCHREIBER, Anderson. **Equilíbrio contratual e dever de renegociar**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 299.

superendividamento bancário devido à mora, somado às práticas abusivas já vivenciadas no pacto original.

Nesse cenário, o Banco do Brasil instrumentalizou a renegociação em uma cédula de crédito bancário, operacionalizando o valor de R\$ 174.641,65 (cento e setenta e quatro mil, seiscentos e quarenta e um reais e sessenta e cinco centavos) como saldo devedor. Conforme análise, o valor tomado inicialmente foi de R\$ 168.000,00 (cento e sessenta e oito mil reais), em setembro de 2015. Constatou-se que após lapso temporal de setembro a fevereiro, quando houve a renegociação, o valor de acordo aumentou R\$ 6.641,65 (seis mil, seiscentos e quarenta e um reais e sessenta e cinco centavos), sem considerar os valores já pagos nesse intervalo²³⁵:

```

2. DADOS DA OPERAÇÃO:
2.1.Valor Requerido: R$174.641,65
2.2.Juros de carência: R$3.598,43 (tres mil quinhentos e
noventa e oito reais e quarenta e tres centavos)
2.3.Valor do IOF : R$2.614,39 ((dois mil seiscentos e
quatorze reais e trinta e nove centavos))
2.4.Valor da Operação: R$174.641,65 (cento e setenta e
quatro mil seiscentos e quarenta e um reais e sessenta e
cinco centavos)
2.5.Valor da prestação: R$6.042,77 (seis mil e quarenta e
dois reais e setenta e sete centavos)
2.6.Quantidade de Prestações: 58 (cinquenta e oito) meses
2.7.Vencimento: 18/01/2021
2.8.Vencimento 1a parcela : 18/04/2016
Vencimento última parcela: 18/01/2021
2.9.Data-base para o débito em cada mês: 18
2.10.Encargos Financeiros: Taxa Nominal: 2,28% ao mês
Taxa Efetiva: 31,066% ao ano

```

Além do aumento do valor acordado e da desconsideração dos valores já pagos, o custo efetivo total nos termos dessa pactuação resultou no montante de R\$ 365.067,66 (trezentos e sessenta e cinco mil e sessenta e sete reais e sessenta e seis centavos), dividido em 58 prestações de R\$ 6.042,77 (seis mil e quarenta e dois reais e setenta e sete centavos) e somado a R\$ 14.569,60 (quatorze mil, quinhentos e sessenta e nove reais e sessenta centavos) referente a 58 prestações de seguro e consórcio impostos na concessão do crédito, configurando a venda casada. Isso, sem fazer referência ao IOF, às tarifas variáveis e às eventuais moras. Ou seja, o valor de um capital de giro no importe de R\$ 168.000,00 (cento e sessenta e oito mil reais),

²³⁵ Cédula de crédito bancário nr. 359.700.706 referente à renegociação para pagamento do saldo devedor da operação BB GIRO FLEX EMPRESA nr. 359.700.673, celebrado entre a empresa KMON TRANSPORTES EIRELI – ME e o Banco do Brasil S.A, em 22 de fevereiro de 2016. Arquivo disponibilizado pela empresa contratante do crédito.

transforma-se em uma dívida final de no mínimo R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais) a mais, havendo lucro de mais de 120% para o banco, em cinco anos.

Faz-se necessário mencionar que a nova pactuação tem natureza de novação, na qual as disposições são mais rígidas e os juros foram duplicados pelo risco, conforme se observa:

DESTINAÇÃO DO CRÉDITO - O valor contratado, especificado no item 2.4 do preâmbulo, destinar-se-á única e exclusivamente ao pagamento do saldo devedor de minhas(nossas) dívidas, acrescido dos encargos financeiros descritos no item 2.10, valor este reconhecido como líquido, certo e exigível, com a intenção de novar, concernente às operações de crédito contratadas anteriormente com o Banco do Brasil, inclusive as dívidas relativas a Adiantamento a Depositantes, a seguir indicadas:

Linha Credito	Nr Contrato	Vlr. Contrato	Saldo Devedor
BB GIRO EMPRESA	359700673	R\$171.855,02	R\$174.641,65

Total das dívidas: R\$174.641,65 (cento e setenta e quatro mil seiscentos e quarenta e um reais e sessenta e cinco centavos).

Obviamente que a ME, tendo consciência de que não teria condições de arcar com esse montante, jamais assinaria tal contrato, mas acabou por acordar somente porque essa conclusão não está disposta de forma clara no instrumento contratual, sendo necessário conhecimento técnico e aprofundado para a apuração.

Em prosseguimento, a ME não conseguiu honrar com o acordado, de modo que foi necessário estabelecer a segunda repactuação, sob a ameaça constante de execução patrimonial de uma dívida mais que duplicada. Frisa-se que o banco não aceitou o pagamento individualizado do contrato em exame, mas apenas o somatório total de todos os contratos de crédito que a empresa havia celebrado, com o imperativo do vencimento antecipado de todos os contratos.

Assim, as partes “novaram” por meio de um documento intitulado “compromisso de pagamento extrajudicial”. O banco asseverou que não houve novação, apenas o reescalonamento do débito. Entretanto, os valores, os juros e as condições foram modificados em sua totalidade, sendo esse compromisso uma espécie de roupagem com o fito de evitar a judicialização por onerosidade excessiva. Veja-se:



Brasília 20 de Outubro de 2016.

COMPROMISSO DE PAGAMENTO - EXTRAJUDICIAL

Nome KMON TRANSPORTES EIRELI - ME
 MCI: 513020423
 CNPJ: 19.762.390/0001-65
 Compromisso de Pagamento: 201602333978

Registramos abaixo as condições do Compromisso de Pagamento apresentado por Vossa Senhoria envolvendo operações de sua responsabilidade com o Banco do Brasil S.A., a seguir relacionadas:

Agência	Número	Produto	Prod. /mod	Vencimento	Saldo Devedor	Valor Abatimento	Valor Acordado
3597	359700705	REESCALONAMENTO PJ	338/19	14.07.2016	42.440,53	0,00	96.764,40
3597	359700706	REESCALONAMENTO PJ	338/19	18.06.2016	214.472,78	0,00	488.998,20
Entrada							0,00
Total					256.913,31	0,00	585.762,60

Constata-se que, além do contrato de renegociação de número 359.700.706, outro contrato em atraso, com final 705, foi embutido como condição para renegociar, resultando em uma dívida global total de R\$ 585.762,60 (quinhentos e oitenta e cinco mil, setecentos e sessenta e dois reais e sessenta centavos), valor dividido em 60 parcelas de R\$ 9.762,71 (nove mil, setecentos e sessenta e dois reais e setenta e um centavos), a serem pagas por meio de boleto bancário, pois, caso o valor fosse debitado em conta, como no pacto original, correr-se-ia o risco de debitar dívida diversa, pois todas as operações vencidas são debitadas concomitantemente em conta bancária, inviabilizando por completo a sua movimentação. Embora não seja entendimento majoritário, o Judiciário já se manifestou no sentido de que não é permitido aos bancos se apropriarem de rendimentos, pois caracterizaria uma execução extrajudicial, ou seja, ato abusivo, passível de revisão.²³⁶

²³⁶ AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONTRATO DE RENEGOCIAÇÃO DE DÍVIDA. AÇÃO REVISIONAL. PEDIDO NÃO FORMULADO EM SEDE DE TUTELA ANTECIPADA. PRELIMINAR DE INÉPCIA DA INICIAL. AFASTADA. PODER GERAL DE CAUTELA. DÉBITO EM CONTA DAS PRESTAÇÕES. BLOQUEIO DE CARTÃO MAGNÉTICO. SITUAÇÃO DE INIQUÍDADE QUE AUTORIZA O CANCELAMENTO. AGRAVO PROVIDO EM PARTE. UNÂNIME. Afastada a preliminar de inépcia da inicial, porquanto ainda que não atendida a melhor técnica processual, possível a concessão de liminar para o cancelamento do débito em conta, em face do poder geral de cautela do juiz, nos termos do artigo 798, do Código de Processo Civil. O fato de o endividamento desmesurado do recorrente merecer censura, não significa venha permitir-se a seus credores a apropriação integral de seus rendimentos todos os meses, em verdadeira execução extrajudicial. A injustiça de tal situação e isso parece evidente está no fato de o devedor perder o

Seguindo essa linha de raciocínio, tem-se a seguir a tabela de projeção dos valores inicialmente tomados e o valor final após as renegociações:

Tabela 3 – Projeção de rendimento dos bancos pelo capital emprestado

Encargo	Valor do Encargo em R\$	Saldo final do capital de giro em R\$	Saldo devedor da ME em R\$	Data
Empréstimo Capital de giro	- 168.000,00	168.000,00	168.000,00	30.09.2015
Taxas e Tarifas	- 16.000,05	151.999,95	138.599,84	31.10.2015
Consórcio + seguro (mensal)	-R\$ 251,50	151.748,45	145.641,84	31.10.2015
Inadimplência de juros Nov/Dez	- 16.324,04	135.423,96	-	01.01.2016
Juros de mora Nov/Dez	- 13.408,45	122.015,51	-	06.01.2016
Início do valor principal + juros (mensal)	- 6.755,02	115.260,49	162.120,48	01.02.2016
Renegociação	- 174.641,65	0	174.641,65	22.02.2016
Comissão da operação	- 12.383,77	0	187.025,42	22.02.2016
Parcelamento 58x	- 6.042,77	0	350.480,66	18.01.2021
Consórcio + seguro 58x	- 251,50	0	365.067,66	18.01.2021
Reescalonamento	- 214.472,78	0	488.998,20	18.06.2016
Parcelamento 60x	- 9.762,71	0	585.762,60	04.10.2021

Fonte: A autora (2020).

Pelo exposto, constata-se que, no período de seis anos, o banco auferirá R\$ 417.762,60 (quatrocentos e dezessete mil, setecentos e sessenta e dois reais e sessenta centavos) de rendimento sobre o capital emprestado, significando ganho de 248%. Antes da renegociação, o valor de débito pelo empréstimo era de R\$ 162.120,48 (cento e sessenta e dois mil, cento e vinte reais e quarenta e quarenta e oito centavos), o que já configuraria ganho de 96%.

Verifica-se que o valor em sede de repactuação sobe abruptamente, sem ponderar que a dificuldade de pagamento do tomador deveria ser um ponto a mais a ser considerado na novação da operação com a aplicação de descontos ainda maiores. Pelo contrário, a repactuação para os

direito de optar pela inadimplência, como forma de administração de seus proventos, o qual não pode ser retido de forma nenhuma como meio de pagamento. Possibilidade de suspender o débito em conta das prestações contratadas, pois, apesar do princípio da *pacta sunt servanda*, é dado ao devedor a denúncia da cláusula. Não é dado ao Poder Judiciário determinar a liberação do cartão magnético, sob pena de obrigar o banco em continuar a prestar serviços, os quais restaram suspensos ou cancelados diante do inadimplemento do correntista. TJRS, Décima Oitava Câmara Cível, **Agravo de Instrumento nº 70005175666**, Relator: Cláudio Augusto Rosa Lopes Nunes, Julgado em 07/08/2003.

bancos significa risco e, como forma de compensação e maiores lucros em uma possível execução, os montantes são abusivamente majorados.

Destaca-se que o endividamento gera a necessidade de nova injeção de capital para o custear as despesas ordinárias e a própria dívida junto ao banco, visto que a renegociação reescala o plano de pagamento, sem a disponibilização de capital. Na verdade, a relação com o banco se restringe à dívida contraída, desdobrada em números exorbitantes e resultante de cobranças abusivas, lançadas unilateralmente pelo credor

É evidente que a renegociação dos contratos de forma proporcional atenuaria a procura pelo Poder Judiciário na busca pelo reequilíbrio das relações. Ademais, seria oportuno a instituição de políticas públicas de questionamento e incentivo ao dever de se estabelecer uma renegociação razoável e justa por parte dos fornecedores do crédito. Igualmente, conclui-se que o superendividamento bancário ocorre quando repactuações por motivos de inadimplência são realizadas, formando-se uma circunstância superveniente. Esse superendividamento, quando se dá em massa, tem consequências mercadológicas de impacto econômico em toda a sociedade.

Nesse cenário, a reiteração dessas práticas abusivas se reflete na enxurrada de ações revisionais bancárias pela onerosidade excessiva atribuída aos contratos, em explícita infringência às disposições do Código de Defesa do Consumidor, ferindo gravemente o princípio da boa-fé e ignorando por completo o princípio da preservação da empresa.

3.3 A ausência de tratamento jurídico para as MPEs superendividadas: a inviabilidade da Lei de Recuperação e Falência na reestruturação financeira das MPEs

O superendividamento bancário das microempresas e empresas de pequeno porte representa, além de falha da relação privada entre as partes, falha de gestão econômica do Estado, responsável por regular essas relações. Trata-se de um dos problemas socioeconômicos mais recorrentes da atualidade, visto que compromete a preservação das empresas e com isso a geração de emprego e renda em cadeia.

O crédito é um benefício, caso fornecido e utilizado com consciência e firmado sobre o princípio da boa-fé. Mas a prática comprova que o resultado tem sido o endividamento em massa, levando fragilidade à economia que é fundada sobre ele. Sua expansão sob a égide de

práticas abusivas aumenta o risco de inadimplência, impedindo que o devedor cumpra seus compromissos financeiros, culminando com a sua insolvência.²³⁷

Quando as empresas se veem em situação de endividamento, logo buscam medidas curativas que tragam resolução ao problema. Entretanto, a solução também envolve medidas de prevenção. A curto, médio e longo prazo, o Estado, por meio de políticas públicas, deveria incentivar a divulgação sobre a necessidade de informações prévias e claras acerca das características gerais dos contratos bancários, a fim de que o crédito fosse tomado com consciência e planejamento. Nesse sentido, tem-se a reflexão de Rosângela Cavallazzi e Clarissa Lima:

O fortalecimento dos deveres de informação assim como a educação financeira são os principais instrumentos utilizados pelo legislador europeu na prevenção do superendividamento, que é visto como resultado da assimetria informativa entre as partes. A ideia é compensar o desequilíbrio informativo, a fim de possibilitar a tomada de uma decisão racional pelo consumidor com interferência mínima na autonomia da vontade das partes. Tanto a Diretiva da União Europeia de 1987 como a Diretiva de 2008, que regulam os contratos de crédito ao consumidor, reforçam a informação por meio de normas que tem como pressuposto um “consumidor racional”, que, uma vez informado, é capaz de tomar decisões corretas que auxiliem na “purificação do mercado” com a eliminação de produtos ou serviços inadequados ou indesejáveis.²³⁸

A reflexão faz alusão ao modelo de prevenção europeu, que objetiva e valoriza mais o aspecto educacional do que o retorno econômico para os credores. Procura-se inspirar melhores tratativas nas relações de crédito a partir da tomada de decisão racional pelo consumidor e que respeite a autonomia das partes.

Já no modelo americano, a responsabilidade é atribuída ao credor ofertante do crédito, havendo sanções para aqueles que concedem o crédito a quem não tem condições de pagar, de modo que educa o credor a agir de forma cautelosa ao conceder o crédito, ao mesmo tempo que adverte os devedores acerca dos riscos, incentivando-os a atuarem de modo transparente com o repasse de informações verdadeiras para se ter um contrato mais aproximado às realidades apresentadas.²³⁹

²³⁷ COSTA, Geraldo Faria Martins da. Superendividamento: solidariedade e boa-fé. **In Direitos do Consumidor Endividado: superendividamento e crédito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul-set 2002. p. 230.

²³⁸ CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli; LIMA, Clarissa Costa de; A força do microssistema do CDC: tempos de superendividamento e de compartilhar responsabilidades. In: CAVALLAZZI, Rosângela Luanrdelli; LIMA, Clarissa Costa de; MARQUES, Claudia Lima (Orgs.). **Direito do consumidor endividado II: vulnerabilidade e inclusão**. São Paulo: Editora RT, 2016. p. 31.

²³⁹ CAVALLI, Cássio. Plano de recuperação. In **Tratado de direito comercial: falência e recuperação de empresas**. v. 7. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 124.

No Brasil, ainda não há um sistema de adoção de normas que trate o superendividamento com a atenção voltada para o preventivo na reeducação do devedor, ou mesmo credor, como forma de reabilitação e devolução desse tomador a uma vida financeira saudável sem graves reflexos econômicos e sociais. E nem mesmo a proteção do consumidor contra toda a publicidade enganosa que oculta riscos e ônus na contratação do crédito, tem efeito na conscientização sobre os riscos na contratação por adesão.²⁴⁰

No campo das medidas curativas, o Brasil também carece de modelos eficientes que tratem do superendividamento sem a necessidade de intervenção do Poder Judiciário. Existem normas legais que lidam com esse fenômeno com o viés de plano de pagamento voltado para o interesse do credor. Todavia, nem o Código Civil nem o Código de Defesa do Consumidor contêm disposições sobre medidas de combate ao problema. Na verdade, o principal apoio se encontra nos métodos alternativos de resolução de conflitos, como conciliação, mediação ou arbitragem, que pouco produzem resultado.

Geralmente, no ambiente empresarial, a crise financeira se instala quando a empresa não fatura o suficiente para manter os contratos com fornecedores e com o sistema de crédito. Como consequência, advém o endividamento tributário e trabalhista, podendo culminar em falência. Nas MPEs, os efeitos são ainda mais críticos, visto que elas nem sempre possuem acesso aos meios fornecidos pelos mercados para a superação de uma crise, muito menos crédito de recuperação, ingressando continuamente nas taxas de mortalidade anuais.

As MPEs possuem uma forte característica: grande parte delas é derivada da informalidade, ou seja, na sua gênese, estão presentes a inexperiência na gestão, a falta de conhecimento técnico e contábil, a falta de profissionalismo, entre outros atributos importantes, que determinam a própria existência de crises. Nesse cenário, surge a necessidade do crédito para o alavancamento do negócio e, por sua vez, o mercado disponibiliza um crédito nocivo que, em vez de ser um elemento positivo, culmina no superendividamento.²⁴¹

A norma mais específica atualmente disponível no ordenamento jurídico brasileiro, que se aplica ao devedor empresário, é a Lei de Recuperação e Falência, que fornece duas soluções:

²⁴⁰ MACHADO, Wilson Pantoja. **Superendividamento: a responsabilidade pré-contratual do credor**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 55.

²⁴¹ COSTA, Pablo Henrique Hubner de Lanna; SILVA, Filipe Augusto. Crises econômico-financeiras nas microempresas e empresas de pequeno porte: uma análise jurídica. **Revista de Direito Privado**. v. 76, p. 172, abr. 2017.

a recuperação judicial e a extrajudicial. No caso das MPEs há um tipo de recuperação judicial com condições especiais.²⁴² Em que pese a sua especificidade, suas medidas são genéricas e objetivam a superação da crise com a manutenção da fonte produtora e dos empregos dos trabalhadores, bem como a preservação dos interesses dos credores, sem levar em consideração outros pontos que podem ser tão sensíveis quanto esses.

A recuperação especial se situa como um microsistema dentro do contexto da recuperação judicial, perseguindo os mesmos objetivos, mas com procedimento mais simplificado na tentativa de reduzir os custos do processo. Por outro lado, a simplificação tem como resultado o uso mais restrito, haja vista que não abrange quaisquer credores, por quaisquer medidas, sendo necessário o devedor estar enquadrado formalmente como MPE.²⁴³

O processo tem início a partir da publicação que defere o processamento da recuperação, quando o devedor terá 60 dias para apresentar um plano especial de recuperação em juízo, sob pena de decretação de falência, que, na verdade, representa a proposta do acordo a ser firmado.

O plano pode conter até 36 parcelas mensais, iguais e sucessivas, acrescidas de juros equivalentes à taxa do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia (Selic), podendo, ainda, conter a proposta de abatimento do valor das dívidas, com carência de 180 dias para o primeiro pagamento.

Apresentado o plano, o juiz determinará a publicação de um edital de aviso aos credores sobre sua existência, que por sua vez terão 30 dias para se manifestarem. Por outro lado, em caso de objeção, não haverá a convocação da assembleia de credores, decidindo-se, a partir das objeções, o pedido formulado. Assim, o juiz decretará a falência automaticamente se houver objeções, caso esses credores representem mais da metade de qualquer uma das classes dos créditos abrangidos.²⁴⁴

Na realidade, a recuperação judicial visa liquidar o ativo para pagamento do passivo e se for considerado que se tem como base passiva dívidas bancárias em montantes que se triplicam em um curto lapso temporal, estar-se-ia diante da extinção automática de uma

²⁴² PIMENTA, Eduardo Goulart. **Recuperação de empresas**. São Paulo: IOB, 2006. p. 68.

²⁴³ RAMOS, Tony Luiz. Plano especial de recuperação das micros e pequenas empresas. São Paulo: Iglu, 2006, p. 9; Pinheiro, Hélia Marcia Gomes. A recuperação da microempresa e das empresas de pequeno porte. In: Santos, Paulo Penalva (Coord.). **A nova lei de falências e de recuperação de empresas: Lei 11.101/2005**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 167.

²⁴⁴ TOMAZETTE, Marlon. Recuperação judicial de microempresas e empresas de pequeno porte. In **Recuperação de empresas**. Rio de Janeiro: Cadernos FGV projetos, ano 13, nº 33, set. 2018. P. 136-145. Disponível em: <www.fgv.br/fgvprojetos>. Acesso em: 22 out. 2020.

atividade, com impactos imediatos na economia e na sociedade local, na inobservância dos princípios basilares do direito privado.

Ademais, o que se depreende é que no Brasil não há disposições específicas e efetivas que tratem satisfatoriamente o fenômeno do superendividamento, visto que a análise, sob a perspectiva evolutiva, demonstra mais um comportamento punitivo sobre o devedor do que colaborador, recuperador e educativo.²⁴⁵

Nessa esteira, para a evolução do processo de libertação das amarras bancárias, tem-se como aspirações futuras a viabilização de políticas de incentivo à renegociação com taxas mais baixas, perdão de juros de mora e diluição de prestações dentro de um plano de pagamento transparente e organizado. Enquanto isso não acontece, segue o curso do processo do superendividamento, que desemboca nas instalações do Judiciário, por meio das ações revisionais.

3.4 A revisão judicial dos contratos bancários na manutenção da atividade das MPes

Para que se configure o estado de superendividamento, as empresas transcorreram o caminho da inadimplência, fato propulsor para a execução de seu patrimônio. Nessa conjuntura, quando as tentativas de renegociação extrajudicial já não prosperam, resta a via judicial como alternativa à revisão contratual, a fim de que ilegalidades ou abusividades sejam identificadas e assim seja reestabelecido o equilíbrio contratual.

De maneira sintética, é importante pontuar o posicionamento doutrinário acerca dos fundamentos que legitimam a revisão contratual. Silvio Venosa entende que a revisão pode ser tripartida em três correntes: (i) subjetiva, calcada nas ideias de pressuposição e de que todo contrato possui uma condição implícita de permanência de uma realidade, cuja modificação substancial autoriza a supressão dos efeitos por ela causados; (ii) objetiva, pautada pelo princípio da equivalência das prestações e na função social dos contratos; e (iii) a fundada na boa-fé objetiva e na regra moral das obrigações.²⁴⁶

²⁴⁵ LAGES, op. cit., p. 36.

²⁴⁶ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil, Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos**. Rio de Janeiro: Atlas, 2008. p. 44.

A revisão contratual, sob o ponto de vista civilista, tem, no art. 478 do Código Civil²⁴⁷, sua regulamentação quanto aos requisitos para que se dê ensejo à sua aplicação, sendo eles: (i) contrato de execução continuada e diferida; (ii) ônus excessivo para uma das partes; (iii) extrema vantagem para a contraparte; e (iv) superveniência de acontecimentos imprevisíveis e extraordinários.

Nesse sentido, o superendividamento empresarial em que sejam identificadas ilegalidades ou abusividades bancárias pode ser tido como evento superveniente, que, de forma imprevisível, causou impacto ao acordo negociado, rendendo lucros exorbitantes à instituição financeira ofertante do crédito, em detrimento da vulnerabilidade da microempresa ou da empresa de pequeno porte. A imprevisibilidade se refere à falta de conhecimento técnico e de aptidão necessária por parte da tomadora para que pudesse antever o acúmulo de encargos e juros, incluído o alcance da mora, como fatos desencadeadores de endividamento. Alia-se a isso o fato de que, pelas condições econômicas, a ofertante do crédito teria o dever de previsão.

Pela teoria consumerista, a revisão contratual é possível sempre que constar um desequilíbrio contratual em que o adimplemento se torne excessivamente oneroso a uma das partes, ainda que a onerosidade tenha sido previsível, nos termos do artigo 6º, inciso V, do CDC²⁴⁸. Nesse sentido, cita-se a lição de Laura Coradini Frantz:

A recondução do contrato à equidade mediante a intervenção do juiz recorre a critérios que não podem ser unicamente objetivos, pois nessa fase há uma tentativa de recriar a proporção originalmente estabelecida pelas partes. Todavia, a modificação do contrato será submetida a critérios objetivos quando os eventos imprevisíveis supervenientes forem tais a alterar não somente a originária relação entre as prestações, mas as próprias razões da troca. Essa possibilidade de reconduzir o contrato à equidade corresponde ao princípio da conservação dos contratos, como expressão de uma mais vasta exigência de certeza no direito e de salvaguarda da circulação dos bens econômicos, caracterizando-se uma obrigação de conservar a possibilidade de adimplir e de conservação da esfera jurídica alheia.²⁴⁹

²⁴⁷ BRASIL. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm> Acesso em: 14 nov. 2020. Art. 478 Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

²⁴⁸ BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm> Acesso em 14 nov. 2020. Art. 6º São direitos básicos do consumidor: [...] V – a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas [...].

²⁴⁹ FRANTZ, Laura Coradini. **Revisão dos contratos**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 82.

No tocante aos fatos supervenientes, destaca-se a teoria da imprevisão, que tem por objetivo ajustar o adimplemento das condições contratuais a esses acontecimentos que causaram o desequilíbrio contratual. Essa teoria é invocada quando a onerosidade excessiva é resultante de fatos extraordinários, cujas consequências não poderiam ser previstas no ato da celebração, repercutindo em efeitos supervenientes, não correspondentes aos interesses iniciais das partes. Percebe-se a presença da imprevisibilidade e da extraordinariedade nos fatos supervenientes como elementos constituintes da aplicação da cláusula *rebus sic stantibus*, instrumento que assegura a igualdade entre os contratantes, o equilíbrio contratual e a prevalência do interesse social em detrimento do particular.²⁵⁰

Por óbvio, o fato superveniente, imprevisível e extraordinário não deve estar inserido no contexto da vontade ou do resultado da ação do devedor. O fato deve ter efeito significativo na alteração das condições contratuais, a ponto de se tornar um impedimento de contratação caso ele pudesse ser previsto pelas partes e, de igual modo, a equivalência das prestações assumidas estejam prejudicadas. Nos contratos de renegociação bancária em face de empresas, esse é um acontecimento recorrente.

Não obstante, o *caput* do artigo 51²⁵¹ do CDC faz referência à nulidade absoluta das cláusulas abusivas, visto que são nulas de pleno direito, pois nascem com vício insanável, não havendo possibilidade de se tornarem válidas, mesmo no corpo de um contrato. A possibilidade de revisão traduz a intenção protecionista do legislador, com base na vulnerabilidade e no princípio da boa-fé, ao passo que a correção das desigualdades materiais visa alcançar a real autonomia da vontade das partes, eventualmente ausente, quando não se é possível constatar a presença de uma cláusula abusiva.²⁵²

Diante disso, insurge-se o fenômeno jurídico contemporâneo da judicialização dos contratos de crédito bancário, em que as empresas provocam o Judiciário a fim de buscarem reparação pelos danos causados pelas instituições financeiras com o equilíbrio das obrigações

²⁵⁰ EFING, Antônio Carlos. Op. Cit., 81-82.

²⁵¹ BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm> Acesso em 14 nov. 2020. Art. 51 São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: [...] IV – estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade [...].

²⁵² FARIAS, Cristiano Chaves de. **Direito dos contratos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 250.

contraídas. O princípio da boa-fé contratual é o centro das discussões jurídicas, sem prejuízo da possibilidade de revisão da taxa de juros remuneratórios abusivos²⁵³.

Assim, é imprescindível a análise dos sujeitos de direito para a aplicação normativa adequada, a fim de evitar conflitos coexistenciais. Contudo, o que se tem observado é que muitas vezes há confusão pelo julgador quanto à aplicação do Código Civil e do Código do Consumidor nas relações contratuais entre as MPEs e as instituições financeiras. Por outro lado, a contratação de serviços de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, enquanto contrato de consumo, ainda que por pessoa jurídica, sujeita-se às normas do CDC, nos termos do art. 3º, § 2º.²⁵⁴

Sob esse prisma, é evidente que os bancos buscam se esquivar da incidência do CDC. Esse comportamento é recorrente em suas defesas processuais, em especial nos julgamentos do STJ, quando entidades representativas de classe, como a Federação Brasileira de Bancos (FEBRABAN), atuam como *amicus curiae*. As argumentações giram no sentido de que consumidor bancário é aquele que utiliza o serviço como destinatário final, e não como meio, como o caso do crédito para capital de giro.

Ademais, a intervenção judicial como forma de revisão da relação negocial não deve ser encarada como uma forma de extinguir o vínculo ou de interferir de modo desarrazoado no que foi entabulado, mas sim de adequar os termos à realidade, tornando-o possível de ser adimplido. A liberdade de contratar permanece inalterada, havendo a readequação para que sejam preservados o bem-estar social e a função social do contrato.

²⁵³ A jurisprudência do STF e do STJ admitem a possibilidade de revisão judicial das taxas de juros praticadas em contratos bancários, desde que se comprove o abuso em sua cobrança com base no CDC. Há ausência de parâmetro fixo, sendo reconhecida a abusividade quando cabalmente comprovado nos autos, por meio de perícia ou outro meio equivalente, que a taxa praticada discrepa em muito da média de mercado, à vista de comparação que tenha como paradigmas a mesma modalidade, praça e época da contratação do crédito.

²⁵⁴ BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm > Acesso em 14 nov. 2020. Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços. [...] § 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

3.4.1 *A vulnerabilidade das MPEs e a aplicação do Código de Defesa do Consumidor*

O Superior Tribunal de Justiça desenvolveu na jurisprudência uma corrente interpretativa denominada de finalismo “aprofundado” ou “mitigado”, que tem como base a ponderação da interpretação restritiva da corrente finalista com o princípio da vulnerabilidade (art. 4º, inciso I, do CDC), admitindo a aplicação do CDC nas situações em que o profissional-consumidor, mesmo não sendo o destinatário final econômico do serviço, encontra-se vulnerável em relação ao fornecedor.²⁵⁵ Nessa orientação, a vulnerabilidade somente é considerada para o consumidor pessoa física, não profissional, mas também é admitida a aplicação excepcional do CDC às pessoas jurídicas quando demonstrada a sua vulnerabilidade.

A respeito dessa vulnerabilidade, insurgiu o instituto do consumidor equiparado, que passou a ser adotado especialmente no âmbito dos contratos bancários, como ferramenta para harmonizar os interesses no mercado de consumo e reprimir os abusos do poder econômico. Esse mecanismo protege os consumidores que não se enquadram no conceito do art. 2º do CDC, mas podem se utilizar das normas de ordem pública e da ética de responsabilidade social do diploma legal para o combate às práticas abusivas.²⁵⁶

É importante trazer à luz o conceito de vulnerabilidade: situação permanente ou provisória, individual ou coletiva, que fragiliza, enfraquece o sujeito de direitos, desequilibrando a relação de consumo.²⁵⁷ Trata-se de uma condição desse sujeito mais fraco diante desse contrato que necessita de proteção. Para a lei consumerista, é a condição permanente ou mesmo passageira de fragilidade diante do mercado, ou seja, a vulnerabilidade é a desigualdade entre os sujeitos que firmam o contrato de consumo, gerando a aplicabilidade da lei.

Na doutrina de Cláudia Lima Marques, a vulnerabilidade divide-se em vulnerabilidade técnica, jurídica, fática e informacional. A técnica, consiste na ausência de conhecimentos específicos do consumidor quanto às características do bem ou serviço. A jurídica, refere-se à inabilidade de conhecimentos específicos em Direito e Economia, ao contrário do ofertante, que, pela posição dominante, certamente o tem.²⁵⁸ A posição de fornecedor exige conhecimento

²⁵⁵ EFING, Antônio Carlos. Op. Cit., p. 106-107.

²⁵⁶ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais** 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 386.

²⁵⁷ BENJAMIM, Antônio Herman V; BESSA, Leonardo Rocoe; MARQUES, Claudia Lima. **Manual de direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 87.

²⁵⁸ MARQUES, 2011, op. cit., p. 390.

de mercado que o homem médio não detém e, quanto mais capital envolvido, mais departamentos específicos a empresa dispõe. Já a vulnerabilidade fática, caracteriza-se pela vantagem econômica do fornecedor em relação ao consumidor, podendo decorrer do monopólio ou da essencialidade do serviço oferecido, impossibilitando o desfazimento, não havendo alternativas senão manter o contrato em questão. Essa vulnerabilidade tem como ponto de concentração a ideia de superioridade econômica daquele que fornece.²⁵⁹

Nesse raciocínio, no tocante à vulnerabilidade econômica das micro e pequenas empresas brasileiras, reveste-se de notoriedade o fato de que essas atividades não são megaempreendimentos com tecnicidade apurada e desenvolvida em inúmeros departamentos. Em verdade, trata-se de pessoas jurídicas, via de regra, frágeis, que não detêm poderio econômico o suficiente para barganhar estipulações financeiras e que, assim, acabam se submetendo ao monopólio de seus fornecedores.

Nesse liame, como já citado, o ministro Eros Grau reconheceu, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2591/DF, que as normas consumeristas são aplicáveis nas relações entre banco e pequenas ou médias empresas por caracterizarem autênticas situações de dependência econômica, inclusive, mencionando a abusividade e a onerosidade excessiva praticada nos contratos bancários.²⁶⁰

Ademais, a Constituição Federal reconhece a relevância do assunto ao dispor tratamento diferenciado às MPEs em seus artigos 170, inciso IX, e 179²⁶¹, e impõe ao legislador complementar e ordinário a necessidade de regras capazes de viabilizar a existência e o desenvolvimento das empresas de pequeno porte como forma de fortalecer a economia de mercado.²⁶² Em continuidade, do texto constitucional, é possível inferir que a intenção da norma é colocar as MPEs em posição de igualdade de competição, em vista das desvantagens

²⁵⁹ LIMA, Sthéfanni Machado de. Vulnerabilidade e hipossuficiência na sistemática do Código de Defesa do Consumidor. Belo Horizonte: **Revista do CAAP**, n. 2, V. XVII, p. 241 a 259, 2011.

²⁶⁰ **ADI 2.591-1/DF**. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/151_ADI%202591%20-%20Eros%20Grau.pdf>. Acesso em: 09. jan. 2019.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da União**. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 08 nov. 2020. Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] X - **tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte** constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. Art. 179. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios **dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado**, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.

²⁶² GANDRA S.M. Ives. **Direito constitucional interpretado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 71.

que as empresas menores possuem em relação às grandes empresas e conglomerados empresariais, de modo que possibilite o fluxo do princípio constitucional da livre concorrência.

Contudo, a discussão acerca da possibilidade de aplicação do CDC às pessoas jurídicas se estende e é objeto de fortes debates doutrinários e jurisprudenciais, uma vez que o CDC estabelece que as pessoas jurídicas abrangidas sob o normativo são destinatárias finais do bem ou serviço, prevalecendo no meio jurídico que a empresa que adquire produto ou serviço como insumos necessários ao desempenho de sua atividade lucrativa não são destinatárias finais.²⁶³ Todavia, há uma forte corrente doutrinária que entende que, estando configurados os elementos da relação de consumo, não se pode cogitar qualquer discussão acerca de tal enquadramento, haja vista que a vulnerabilidade é elemento posto da relação de consumo. Ou seja, independente da característica da pessoa jurídica, tal constatação acaba confundindo hipossuficiência com vulnerabilidade.²⁶⁴

No que concerne ao qualificador da condição de consumidor final, a doutrina diverge sobre seu alcance e sua incidência nas relações entre profissionais. As teorias se dividem em: finalista ou subjetiva; maximalista ou objetiva; e teoria maximalista mitigada ou finalista aprofundada.

O CDC, em seu art. 2º, adotou a teoria finalista, devido à presença do elemento da destinação final do produto ou serviço, entendimento prevaletente no Brasil. Para Claudia Lima Marques, de acordo com essa interpretação teleológica, é necessário ser destinatário fático e econômico do bem e não adquiri-lo para uso profissional ou revenda, restringindo a figura do consumidor àquele que utiliza o produto para uso próprio e de sua família, cumprindo a finalidade do CDC, que é tutelar especialmente um grupo da sociedade que é mais vulnerável.²⁶⁵

A teoria maximalista amplia o conceito de consumidor para que todos os agentes do mercado possam ser abrangidos pelo CDC, admitindo papéis simultâneos de fornecedor e consumidor, aplicando à grande parte das relações de consumo. Para Alinne Arquette Leite, o CDC é totalmente aplicável aos contratos de adesão, em virtude da extensão do conceito de

²⁶³ FILOMENO, José Geraldo Brito. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 32.

²⁶⁴ TARTUCE, Flávio. **Manual de direito do consumidor: direito material e processual**, v. único. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2020. p. 68.

²⁶⁵ BENJAMIM, Antônio Herman V; BESSA, Leonardo Rocco; MARQUES, Claudia Lima. **Manual de direito do consumidor**. 3. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 85.

consumidor, que pode ser equiparado pela exposição às práticas previstas nos Capítulos V e VI, com destaque às práticas abusivas. A intenção do legislador é clara para garantir a justiça e equidade a todos os contratos de consumo, de modo que haja equilíbrio de todas as partes contratuais, independentemente da posição, tutelando, em especial, a parte mais vulnerável da relação.²⁶⁶

Em prosseguimento ao raciocínio de Claudia Lima Marques, a teoria maximalista mitigada consiste em uma teoria finalista mais aprofundada. Essa teoria ampara os casos difíceis das MPEs que utilizam insumos para a sua produção, mas não em sua área de expertise, principalmente na área de serviços, quando provada a sua vulnerabilidade. Essa linha tem sido utilizada pelo STJ, quando há comprovação da vulnerabilidade e atuação diversa da especialidade.²⁶⁷ Entende-se que essa teoria se aplica às MPEs diante da sua vulnerabilidade frente às instituições financeiras ao estabelecerem contrato adesivo de consumo, para uso de crédito, em prol do fomento e funcionamento das atividades.

Seguindo esse entendimento, a vulnerabilidade das MPEs se acentua em virtude da dependência econômica em relação às instituições financeiras. Nessa esteira, observa-se o fenômeno da bancarização, expressão de origem norte-americana, de acordo com a qual se verifica que as sociedades massificadas ocidentais são submissas ao sistema bancário de forma compulsória. Esse fenômeno atinge proporções significativas ao considerar que as atividades produtivas de bens e serviços concretizam-se se houver relacionamento bancário, seja nas operações rotineiras de depósito e saque, passando pelos boletos de cobrança e eventuais protestos, além da obtenção dos recursos para investimento, capital de giro, ou investimento em equipamentos, levando à existência da vulnerabilidade empresarial, sobretudo, estando presente o contrato de adesão.²⁶⁸

Nesse contexto, percebe-se que a repercussão do crédito bancário na atividade empresarial pode ser extremamente danosa às pretensões de crescimento e desenvolvimento, pois se deflagra o desequilíbrio entre tomador e fornecedor do crédito, em que o reflexo não é sentido apenas entre as partes, mas, sobretudo, na comunidade em que os contratantes estão inseridos, havendo prejuízo econômico sistêmico.

²⁶⁶ NOVAES, Alinne Arquette Leite. **A teoria contratual e o Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: RT, 2001. p. 165.

²⁶⁷ BENJAMIM, Antônio Herman V; BESSA, Leonardo Roco; MARQUES, Claudia Lima. op. cit., p. 87.

²⁶⁸ MARINS DE SOUZA, James J. Proteção contratual do CDC a contratos interempresariais, inclusive bancários. **Revista de Direito do Consumidor**, 18/99, p. 100-101.

Posto isso, cumpre ressaltar que, salvo alguns posicionamentos, o caminho continua tortuoso para as frágeis empresas, pois o entendimento jurídico sobre a matéria ainda é escasso, apesar do brilhantismo de algumas decisões. Assim, é necessário o auxílio de outros ramos das ciências, como a contabilidade e a economia, nas quais seus profissionais podem fornecer perícias contratuais detalhadas, possibilitando ao julgador o esclarecimento sobre os espúrios e arbitrariedades cometidos pelas instituições financeiras.

3.4.2 *A perícia econômico-financeira na demonstração de ilegalidades*

A perícia poder ser conceituada como um procedimento técnico-científico realizado por profissionais habilitados com o objetivo de construir provas legalmente válidas, mediante a produção de um laudo pericial que possa subsidiar a resolução de controvérsias extrajudiciais e judiciais, de acordo com as normas jurídicas vigentes.²⁶⁹ A atividade pericial consiste na realização de cálculos de correção monetária, de custos de capital, de juros remuneratórios e moratórios, das tarifas e taxas, conforme estipulação contratual, a fim de que haja correspondência entre o texto e o resultado numérico.

A perícia econômico-financeira é mais completa do que a contábil, pois, além dos cálculos, são analisados os fatos e as situações de mercado, entre outros ciclos de economia, pois, aos economistas, cabe a análise e a interpretação dos fenômenos que estão ocultos no pacto contratual. Essa perícia tem por objetivo final apurar as perdas, permanência ou aumento de rendimentos econômico-financeiros entre as partes.

Para identificar as ilegalidades resultantes das práticas abusivas nos contratos bancários, é necessária análise técnica com contabilização de dados para se chegar aos números exatos que materializam a onerosidade excessiva praticada pelas instituições financeiras. A avaliação aponta os encargos que deram causa ao superfaturamento, que culmina no superendividamento da parte mais frágil. A capacitação técnica exige conhecimentos contábeis e de economia.

Como exposto, a revisão contratual se dá a partir de prestações excessivamente onerosas, derivadas de fatores supervenientes à contratação, como a renegociação, por exemplo,

²⁶⁹ ALBERTO FILHO, Reinaldo P. **Da Perícia ao Perito**. 4 ed. rev. e atual. Niterói-RJ: Impetus, 2015. p. 31.

ou quando o contrato já traz na sua gênese cláusulas abusivas que resultam em onerosidade excessiva, dando causa ao justo reequilíbrio entre direitos e obrigações das partes.²⁷⁰

Tendo por base essa problemática, o trabalho técnico obedece etapas em que são feitas análises na seguinte ordem metodológica: (i) apontamento das irregularidades iniciais do contrato; (ii) elaboração de planilha de amortização que demonstra a utilização de juros compostos; (iii) realização de recálculo de financiamento com base no método de amortização a juros simples a partir da “tabela price”²⁷¹ para visualização da evolução do financiamento recalculado; (iv) construção de planilha para exposição da evolução de pagamentos; (v) apuração de valores pagos a maior, que dão base ao real conhecimento do saldo devedor do credor junto à instituição financeira.²⁷²

O perito atua em diferentes momentos no curso processual: primeiramente, ele produz o parecer que instruirá a ação revisional. Em seguida, o juiz abre prazo para o banco se manifestar e, caso queira, apresentar um perito para impugnar. Logo após, é aberto prazo para o perito do autor se manifestar acerca do laudo do réu. Nesse momento, o juiz pode nomear um perito judicial, nos termos do art. 156 do CPC²⁷³, que seria um terceiro técnico para a produção de laudo, a fim de que a ação esteja em condições de ser julgada. Nessas apresentações, os peritos e as partes podem apresentar quesitos uns para os outros.

Na busca pela verdade real dos contratos bancários, a prova pericial é imprescindível para a elucidação das abusividades que são traduzidas pelos cálculos, entre outros apontamentos. O laudo pericial tem o potencial de influenciar a decisão do magistrado na formação de sua convicção, levando em consideração ponderações exatas que são características da perícia. No campo do Direito Bancário, o processo não pode se dissociar do

²⁷⁰ ZIZZI, Estevão. **Ação revisional teoria e prática**. São Paulo: Método Jurídico, 2014. p. 45.

²⁷¹ Tabela price, também chamado de sistema francês de amortização, é um método usado em amortização de empréstimo cuja principal característica é apresentar prestações (ou parcelas) iguais. O método foi apresentado em 1771 por Richard Price em sua obra “Observações sobre Pagamentos Remissivos”. O método foi idealizado para pensões e aposentadorias. No entanto, foi a partir da 2ª revolução industrial que sua metodologia de cálculo foi aproveitada para cálculos de amortização de empréstimo. NOGUEIRA, José Jorge Meschiatti. **Tabela Price: da prova documental e precisa elucidação do seu anatocismo**. Campinas: Ed. Servanda, 2002. p. 76.

²⁷² LIMA, Rhyanne Karoline A. L. **Perícia econômico-financeira: revisão de contrato de financiamento bancário para análise de ilegalidades**. 69 f. Monografia (Graduação em Economia) – Centro de Ciências Aplicadas, Universidade Federal da Paraíba. João Pessoa, 2018. p. 26

²⁷³ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm> Acesso em: 14 nov. 2020. Art. 156 O juiz será assistido por perito quando a prova do fato depender de conhecimento técnico ou científico. § 1º Os peritos serão nomeados entre os profissionais legalmente habilitados e os órgãos técnicos ou científicos devidamente inscritos em cadastro mantido pelo tribunal ao qual o juiz está vinculado. [...]

trabalho do perito, uma vez que a conclusão pela prática ou não de ilegalidades e abusividades necessariamente deve estar acompanhada de laudo técnico.

Em que pese essas considerações, o indeferimento de prova pericial ainda é recorrente no âmbito das ações revisionais, com alegações de magistrados no sentido da desnecessidade da prova, pois os fatos estão devidamente comprovados nos instrumentos contratuais, no cerne de discussões exclusivamente de Direito, o que justificaria a sua dispensa.²⁷⁴ Entretanto, as discussões jurídicas são instauradas a partir da exposição dos fatos e das provas, sendo que as provas nas matérias bancárias necessariamente são revestidas de cálculos e pareceres. Assim, instaura-se o questionamento: se não há parecer técnico comprovando a matéria de Direito, teria como haver um julgamento justo e equânime?

Nessa esteira, decisões nesse sentido deflagram a irresponsabilidade do Judiciário na condução de ações que possuem potencial impacto econômico na vida das partes, sobretudo, de toda uma parcela da sociedade que se encontra em posição derivada dessas relações. O magistrado é conhecedor do Direito, e não das ciências exatas. Decisões sobre ilegalidades bancárias apoiadas unicamente em letras contidas em contratos, revestem-se por contornos obscuros, visto que somente é possível verificar a onerosidade excessiva quando espelhada uma projeção numérica, que possibilita a constatação da exorbitância dos lucros dos bancos, obtidos às custas da fragilidade do consumidor vulnerável.

Em contrapartida, há casos em que a MPE em estado de superendividamento ajuíza uma ação revisional no intuito de identificar os encargos abusivos, já pleiteando a gratuidade da justiça. Para tanto, estabelece uma relação com um perito técnico de sua confiança, em que os detalhes sobre o pagamento são aspectos de natureza privada entre as partes. Diante da relação entabulada, o magistrado indefere a gratuidade da justiça pressupondo que a empresa que contrata um perito não está em estágio de hipossuficiência.

²⁷⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Piauí. PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO REVISIONAL. AUSÊNCIA DE NECESSIDADE DE PERÍCIA TÉCNICO-CONTÁBIL. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E RELATIVIZAÇÃO DO PACTA SUNT SERVANDA. JUROS REMUNERATÓRIOS OU COMPENSATÓRIOS. AUSÊNCIA ABUSIVIDADE. CAPITALIZAÇÃO DE JUROS. LEGALIDADE. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS QUE COMPROVEM A COBRANÇA. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. 1. A perícia contábil não é imprescindível para a formação do convencimento jurisdicional a respeito da abusividade ou não das cláusulas contratuais discutidas. Além disso, caso ao final seja constatada a mencionada abusividade, postergar-se-ia para a fase de liquidação de sentença a apuração dos valores. **Acórdão em Apelação Cível nº 2015.0001.009870-2.** Relator Des. Hilo de Almeida Sousa. 3ª Câmara Especializada Cível. DJe: 15 fev. 2017. Disponível em: < www.tjpi.jus.br>. Acesso em: 25 set. 2020.

Nessa realidade, é possível constatar que o Estado, na figura do magistrado, carece de conhecimento técnico para analisar causas sensíveis ao superendividamento empresarial, em especial, às MPEs. Sendo assim, é necessário que haja mudança nos paradigmas de julgamento, em que o juiz reconheça a sua incapacidade em julgar matérias alheias a sua área de conhecimento e esteja presente a prudência acompanhada de técnica. As ações revisionais bancárias não podem ser encaradas de modo geral como ferramentas de postergação do devedor, mas como único meio em que partes vulneráveis buscam a proteção do Estado por meio de decisões embasadas na lei.

3.4.3 *A abusividade contratual bancária na jurisprudência do STJ*

O STJ tem capitaneado a jurisprudência nacional no que tange à problemática envolvendo a supremacia dos bancos e o consumidor, incluindo a controversa vulnerabilidade das MPEs, que fica evidente quando se aprofunda no exame da formação e da execução dos contratos bancários. Os posicionamentos têm como pauta o estabelecimento do equilíbrio da relação contratual entre as partes, preservando a defesa do consumidor e imprimindo segurança jurídica ao ambiente de negócios.

O ponto primordial a ser levantado é o reconhecimento pela aplicação do CDC às atividades bancárias com a edição da Súmula nº 297²⁷⁵: “O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras”. Pela simples leitura, nota-se a intenção do legislador em considerar que em qualquer tipo de relação bancária, o consumidor é parte vulnerável na relação de consumo.

A definição de consumidor, quanto à extensão de seu conceito, como já exposto em capítulo anterior, divide-se em três teorias: finalista, maximalista e maximalista mitigada. No STJ, o tema foi objeto de divergência entre as 3ª e 4ª turmas durante um considerável período. Em 2004, a teoria finalista prevaleceu, em relação ao entendimento dos magistrados, em situação fática que analisava a prestação de serviços de empresa administradora de cartão de

²⁷⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Seção. Julgado de 12/05/2004. DJ 09/09/2004, p. 149. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 28 out. 2020.

crédito e estabelecimento comercial.²⁷⁶ Na ocasião, foi assentado que a oferta de meio de crédito eletrônico como forma de pagamento devia ser considerada incremento da atividade empresarial, excluindo a destinação final.²⁷⁷

Entretanto, com o passar do tempo, levando em consideração a função de pacificação precípua do STJ, tem havido o temperamento da teoria finalista, com fulcro no art. 4º, inciso I, do CDC, incidindo a lei consumerista sobre situações em que, apesar de o produto ser adquirido para uso no desenvolvimento da atividade, haja a presença de vulnerabilidade entre uma empresa frente à outra. Como exemplo, tem-se a ementa do acórdão de relatoria da ministra Nancy Andrichi:

DIREITO CIVIL. CONSUMIDOR. AGRAVO NO RECURSO ESPECIAL. CONCEITO DE CONSUMIDOR. PESSOA JURÍDICA. EXCEPCIONALIDADE. NÃO CONSTATAÇÃO. A jurisprudência do STJ tem evoluído no sentido de somente admitir a aplicação do CDC à pessoa jurídica empresária excepcionalmente, quando evidenciada a sua vulnerabilidade no caso concreto; ou por equiparação, nas situações previstas pelos arts. 17 e 29 do CDC. Negado provimento ao agravo.²⁷⁸

Sob esse prisma, é indubitável que os contratos bancários são contratos de consumo submetidos ao CDC, de modo que as decisões, súmulas²⁷⁹ e precedentes do STJ que estejam ligados à matéria de contrato bancário também não podem ser firmados em contrariedade às normas constitucionais de defesa do consumidor.

Seguindo a evolução da jurisprudência, com a edição da Súmula nº 297, iniciou-se um movimento de ações revisionais movidas por consumidores que se sentiam lesados pelos juros contratuais e que tinham o fim de questionar os valores e os juros cobrados. Na

²⁷⁶ ANDRIGHI, Fátima Nancy. O Código de Defesa do Consumidor pela Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: alguns apontamentos. **In: 20 anos do Código de defesa do consumidor: estudos em homenagem ao professor José Geraldo Brito Filomeno.** São Paulo: Atlas, 2010. p. 22-25.

²⁷⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão em Recurso Especial nº 541.867-BA (2003/0066879-3).** American Express do Brasil S/A Turismo e Central das Tintas LTDA. Relator: Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. Segunda Seção. DJ 10 nov. 2004. DJe: 16 mai. 2005. Disponível em: < www.stj.jus.br>. Acesso em: 28 out. 2020. COMPETÊNCIA. RELAÇÃO DE CONSUMO. UTILIZACAO DE EQUIPAMENTO E DE SERVIÇOS DE CRÉDITO PRESTADO POR EMPRESA ADMINISTRADORA DE CARTÃO DE CRÉDITO. DESTINAÇÃO FINAL INEXISTENTE. A aquisição de bens ou a utilização de serviços, por pessoa natural ou jurídica, com escopo de implementar ou incrementar a sua atividade negocial, não se reputa como relação de consumo e, sim, como uma atividade de consumo intermediária. Recurso especial conhecido e provido para reconhecer a incompetência absoluta da Vara Especializada de Defesa do Consumidor, para decretar a nulidade dos atos praticados e, por conseguinte, para determinar a remessa do feito a uma das Varas Cíveis da Comarca.

²⁷⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão de AgRg no Recurso Especial nº 687.239 – RJ** (2004/0084577-7). Banco do Brasil S/A e CJF de Vigilância LTDA. Relato: Ministra Nancy de Andrichi. DJe: 02 mai. 2006. Disponível em: < www.stj.jus.br>. Acesso em: 28 set. 2020.

²⁷⁹ Para José Anchieta da Silva, a expressão súmula é a jurisprudência mais consagrada, norteadora do entendimento sedimentado nas cortes de julgamento sobre determinado assunto. SILVA, José Anchieta da. **A súmula de efeito vinculante amplo no direito brasileiro.** Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 46.

oportunidade, comumente eram encontradas inconsistências, resultando em decisões que obrigavam a reforma contratual, com a imposição de reequilíbrio das obrigações.

Assim, surgiram algumas súmulas editadas nesse sentido, como a Súmula nº 286: “A renegociação de contrato bancário ou a confissão de dívida não impede a possibilidade de discussão de eventuais ilegalidades dos contratos anteriores.”; e a Súmula nº 379: “Nos contratos bancários não regidos por legislação específica, os juros moratórios poderão ser fixados em até 1% ao mês.”.

Em que pese os esforços dos juristas na difusão do pensamento consumerista aplicado às relações contratuais bancárias, a irresignação dos bancos diante da diminuição dos índices de lucratividade deu força a um forte *lobby*, que moveu uma revisão jurisprudencial no sentido pró-instituições financeiras, como expresso nas seguintes súmulas do Superior Tribunal de Justiça: Súmula nº 380: “A simples propositura da ação de revisão de contrato não inibe a caracterização da mora do autor.”; Súmula nº 381: “Nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas.”; Súmula nº 382: “A estipulação de juros remuneratórios superiores a 12% ao ano, por si só, não indica abusividade.”; Súmula nº 384: “Cabe ação monitória para haver saldo remanescente oriundo de venda.”; e Súmula nº 385: “Da anotação irregular em cadastro de proteção ao crédito, não cabe indenização por dano moral, quando preexistente legítima inscrição, ressalvado o direito ao cancelamento extrajudicial de bem alienado fiduciariamente em garantia.”.

Dentre o colacionado, cumpre destacar a Súmula nº 381, que foi objeto de questionamentos e gerou grande polêmica no meio jurídico. Os principais argumentos contrários à súmula dizem respeito às previsões nos arts. 1º e 51, inciso IV, do CDC, que foram desconsideradas e por estar em desconformidade com a própria jurisprudência do STJ²⁸⁰, que, em 2008, assentou que não haveria julgamento *extra petita* quando o juiz ou o

²⁸⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão em Recurso Especial nº 1013562-SC (2007/02898490)**. Relator: Ministro Castro Meira. DJ 05 nov. 2008. DJe: 05 nov. 2008. Disponível em: < www.stj.jus.br>. Acesso em: 29 out. 2020. PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. SFH. CONTRATO DE MÚTUO. TABELA PRICE. CAPITALIZAÇÃO DE JUROS. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356 DO STF. ART. 6º, E, DA LEI Nº 4.380/64. LIMITAÇÃO DOS JUROS. JULGAMENTO EXTRA PETITA. MATÉRIAS DE ORDEM PÚBLICA. ARTS. 1º E 51 DO CDC. 1. A matéria relativa à suposta negativa de vigência ao art. 5º da Medida Provisória 2.179-36 e contrariedade do art. 4º do Decreto 22.626/33 não foi prequestionada, o que impede o conhecimento do recurso nesse aspecto. Incidência das Súmulas 282 e 356 do STF. O art. 6º, e, da Lei nº 4.380/64 não estabeleceu taxa máxima de juros para o Sistema Financeiro de Habitação, mas, apenas, uma condição para que fosse aplicado o art. 5º do mesmo diploma legal. Precedentes. 3.

Tribunal se pronunciasse de ofício sobre a matéria de ordem pública, entre as quais se incluem as cláusulas contratuais consideradas abusivas.²⁸¹

O microsistema do Direito do Consumidor tem como objetivo reestabelecer as partes contratantes em posição de igualdade, diante de abusividades inerentes aos contratos de adesão. Assim, se o julgador evidencia a constância do desequilíbrio contratual por uma das hipóteses abusivas contidas no rol do art. 51 do CDC, a medida assertiva é decretar a nulidade absoluta daquela cláusula, de ofício, mesmo na ausência de requerimento da parte.

No entanto, a jurisprudência se curvou para a proibição de conhecer abusividades de ofício²⁸², culminando na vitória dos bancos com a edição da Súmula nº 381 do STJ. Atribuiu-se a vitória ao fato de que o reconhecimento de cláusulas contratuais abusivas continua vigorando, havendo exceção para o caso dos contratos bancários, pois, em todos os outros contratos de consumo, inclusive os de massa, as cláusulas abusivas podem ser decretadas de ofício pelo magistrado.

O julgamento do recurso especial que originou a súmula teve como votos vencidos a relatora, Ministra Nancy Andrighi, e o ministro Luís Felipe Salomão. O voto da relatora tem como destaque a ofensa à literalidade do art. 51 do CDC²⁸³, cumulado com o art. 168

Não haverá julgamento extra petita quando o juiz ou tribunal pronunciar-se de ofício sobre matérias de ordem pública, entre as quais se incluem as cláusulas contratuais consideradas abusivas (arts. 1º e 51 do CDC).

Precedente. 4. Recurso especial provido em parte.

²⁸¹ RODRIGUES, Mádsen Ottoni. A concessão de crédito no Brasil e a interpretação dos contratos bancários pelo Superior Tribunal de Justiça. **Revista Direito e Liberdade**, Natal, v. 20, n. 1, p. 87-112, jan./abr. 2018. Quadrimestral.

²⁸² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. ORIENTAÇÃO 5 – DISPOSIÇÕES DE OFÍCIO. É vedado aos juízes de primeiro e segundo grau de jurisdição julgar, com fundamento no art. 51 do CDC, sem pedido expresso, abusividade de cláusulas nos contratos bancários. Vencidos quanto a esta matéria Min. Relatora e o Min. Luis Felipe Salomão. **RESP nº 1.061.530/RS (208/0192-4)** Relatora: Ministra Nancy Andrighi, DJ 23. Out. 2008.

²⁸³ BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm > Acesso em 14 nov. 2020. Art. 51 São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: I - impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis; II - subtraíam ao consumidor a opção de reembolso da quantia já paga, nos casos previstos neste código; III - transfiram responsabilidades a terceiros; IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade; V - (Vetado); VI - estabeleçam inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor; VII - determinem a utilização compulsória de arbitragem; VIII - imponham representante para concluir ou realizar outro negócio jurídico pelo consumidor; IX - deixem ao fornecedor a opção de concluir ou não o contrato, embora obrigando o consumidor; X - permitam ao fornecedor, direta ou indiretamente, variação do preço de maneira unilateral; XI - autorizem o fornecedor a cancelar o contrato unilateralmente, sem que igual direito seja conferido ao consumidor; XII - obriguem o consumidor a ressarcir os custos de cobrança de sua obrigação, sem que igual direito lhe seja conferido contra o fornecedor; XIII - autorizem o fornecedor a modificar unilateralmente o conteúdo ou a qualidade do contrato, após sua celebração; XIV - infrinjam ou possibilitem a violação de normas ambientais;

do CC²⁸⁴, sendo ambos dispositivos relativos à abusividade e à nulidade de cláusulas e que autorizam o juiz a pronunciá-las de ofício, além do despropósito e da descrença conferidos ao Poder Judiciário, pelo posicionamento e julgamento divergente em situações idênticas, desrespeitando as obrigações constitucionalmente previstas. Considerou, também, a equivocada priorização da norma processual que exigia pedido expresso, o que movimentaria a máquina do Judiciário trazendo morosidade ao sistema. Para a ministra, a atuação de ofício é medida imprescindível para a proteção do consumidor e para a reputação e confiança depositadas por esse sujeito no Poder Judiciário.

Para o ministro Luís Felipe Salomão, ainda que o reconhecimento de ofício fosse medida extrema, ela deveria ser aplicada em casos específicos, nos quais o consumidor tenha comprovado a situação de hipossuficiência, tendo acompanhado o voto da ministra-relatora. Ainda que os fundamentos fossem relevantes, os ministros foram vencidos, tendo prevalecido o constante na seguinte ementa:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E BANCÁRIO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO REVISIONAL DE CLÁUSULAS DE CONTRATO BANCÁRIO. INCIDENTE DE PROCESSO REPETITIVO. JUROS REMUNERATÓRIOS. CONFIGURAÇÃO DA MORA. JUROS MORATÓRIOS. INSCRIÇÃO/MANUTENÇÃO EM CADASTRO DE INADIMPLENTES. DISPOSIÇÕES DE OFÍCIO. DELIMITAÇÃO DO JULGAMENTO Constatada a multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, foi instaurado o incidente de processo repetitivo referente aos contratos bancários subordinados ao Código de Defesa do Consumidor, nos termos da ADI n.º 2.591-1. Exceto: cédulas de crédito rural, industrial, bancária e comercial; contratos celebrados por cooperativas de crédito; contratos regidos pelo Sistema Financeiro de Habitação, bem como os de crédito consignado. Para os efeitos do § 7º do art. 543-C do CPC, a questão de direito idêntica, além de estar selecionada na decisão que instaurou o incidente de processo repetitivo, deve ter sido expressamente debatida no acórdão recorrido e nas razões do recurso especial, preenchendo todos os requisitos de admissibilidade. Neste julgamento, os requisitos específicos do incidente foram verificados quanto às seguintes questões: i) juros remuneratórios; ii) configuração da mora; iii) juros moratórios; iv) inscrição/manutenção em cadastro de inadimplentes e v) disposições de ofício. PRELIMINAR O Parecer do

XV - estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor; XVI - possibilitem a renúncia do direito de indenização por benfeitorias necessárias. § 1º Presume-se exagerada, entre outros casos, a vontade que: I - ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence; II - restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual; III - se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso. § 2º A nulidade de uma cláusula contratual abusiva não invalida o contrato, exceto quando de sua ausência, apesar dos esforços de integração, decorrer ônus excessivo a qualquer das partes. § 3º (Vetado). § 4º É facultado a qualquer consumidor ou entidade que o represente requerer ao Ministério Público que ajuíze a competente ação para ser declarada a nulidade de cláusula contratual que contrarie o disposto neste código ou de qualquer forma não assegure o justo equilíbrio entre direitos e obrigações das partes.

²⁸⁴ Art. 168 do CC. As nulidades dos artigos antecedentes podem ser alegadas por qualquer interessado, ou pelo Ministério Público, quando lhe couber intervir. Parágrafo único. As nulidades devem ser pronunciadas pelo juiz, quando conhecer do negócio jurídico ou dos seus efeitos e as encontrar provadas, não lhe sendo permitido supri-las, ainda que a requerimento das partes.

MPF opinou pela suspensão do recurso até o julgamento definitivo da ADI 2.316/DF. Preliminar rejeitada ante a presunção de constitucionalidade do art. 5º da MP n.º 1.963-17/00, reeditada sob o n.º 2.170-36/01. I - JULGAMENTO DAS QUESTÕES IDÊNTICAS QUE CARACTERIZAM A MULTIPLICIDADE. ORIENTAÇÃO 1 - JUROS REMUNERATÓRIOS a) As instituições financeiras não se sujeitam à limitação dos juros remuneratórios estipulada na Lei de Usura (Decreto 22.626/33), Súmula 596/STF; b) A estipulação de juros remuneratórios superiores a 12% ao ano, por si só, não indica abusividade; c) São inaplicáveis aos juros remuneratórios dos contratos de mútuo bancário as disposições do art. 591 c/c o art. 406 do CC/02; d) É admitida a revisão das taxas de juros remuneratórios em situações excepcionais, desde que caracterizada a relação de consumo e que a abusividade (capaz de colocar o consumidor em desvantagem exagerada – art. 51, § 1º, do CDC) fique cabalmente demonstrada, ante às peculiaridades do julgamento em concreto. ORIENTAÇÃO 2 - CONFIGURAÇÃO DA MORA a) O reconhecimento da abusividade nos encargos exigidos no período da normalidade contratual (juros remuneratórios e capitalização) descaracteriza a mora; b) Não descaracteriza a mora o ajuizamento isolado de ação revisional, nem mesmo quando o reconhecimento de abusividade incidir sobre os encargos inerentes ao período de inadimplência contratual. ORIENTAÇÃO 3 - JUROS MORATÓRIOS Nos contratos bancários, não-regidos por legislação específica, os juros moratórios poderão ser convencionados até o limite de 1% ao mês. ORIENTAÇÃO 4 - INSCRIÇÃO/MANUTENÇÃO EM CADASTRO DE INADIMPLENTES a) A abstenção da inscrição/manutenção em cadastro de inadimplentes, requerida em antecipação de tutela e/ou medida cautelar, somente será deferida se, cumulativamente: i) a ação for fundada em questionamento integral ou parcial do débito; ii) houver demonstração de que a cobrança indevida se funda na aparência do bom direito e em jurisprudência consolidada do STF ou STJ; iii) houver depósito da parcela incontroversa ou for prestada a caução fixada conforme o prudente arbítrio do juiz; b) A inscrição/manutenção do nome do devedor em cadastro de inadimplentes decidida na sentença ou no acórdão observará o que for decidido no mérito do processo. Caracterizada a mora, correta a inscrição/manutenção. ORIENTAÇÃO 5 - DISPOSIÇÕES DE OFÍCIO É vedado aos juízes de primeiro e segundo grau de jurisdição julgar, com fundamento no art. 51 do CDC, sem pedido expresso, a abusividade de cláusulas nos contratos bancários. Vencidos quanto a esta matéria a Min. Relatora e o Min. Luis Felipe Salomão. II- JULGAMENTO DO RECURSO REPRESENTATIVO (REsp 1.061.530/RS) A menção a artigo de lei, sem a demonstração das razões de inconformidade, impõe o não-conhecimento do recurso especial, em razão da sua deficiente fundamentação. Incidência da Súmula 284/STF. O recurso especial não constitui via adequada para o exame de temas constitucionais, sob pena de usurpação da competência da STF. Devem ser decotadas as disposições de ofício realizadas pelo acórdão recorrido. Os juros remuneratórios contratados encontram-se no limite que esta Corte tem considerado razoável e, sob a ótica do Direito do Consumidor, não merecem ser revistos, porquanto não demonstrada a onerosidade excessiva na hipótese. Verificada a cobrança de encargo abusivo no período da normalidade contratual, resta descaracterizada a mora do devedor. Afastada a mora: i) é ilegal o envio de dados do consumidor para quaisquer cadastros de inadimplência; ii) deve o consumidor permanecer na posse do bem alienado fiduciariamente e iii) não se admite o protesto do título representativo da dívida. Não há qualquer vedação legal à efetivação de depósitos parciais, segundo o que a parte entende devido. Não se conhece do recurso quanto à comissão de permanência, pois deficiente o fundamento no tocante à alínea a do permissivo constitucional e também pelo fato de o dissídio jurisprudencial não ter sido comprovado, mediante a realização do cotejo entre os julgados tidos como divergentes. Vencidos quanto ao conhecimento do recurso a Min. Relatora e o Min. Carlos Fernando Mathias. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, provido, para declarar a legalidade da cobrança dos juros remuneratórios, como

pactuados, e ainda decotar do julgamento as disposições de ofício. Ônus sucumbenciais redistribuídos²⁸⁵

Diante disso, a Súmula nº 381 do STJ foi editada com o objetivo principal de excluir o consumidor de crédito de uma das mais importantes proteções do CDC. Trata-se de uma exclusão especialíssima, ou seja, a exclusão dos contratos bancários de crédito do arbítrio de ofício dos magistrados. É a consolidação da independência do topo do poder econômico, livre de amarras, livre de fiscalização, livre da regulação. Foi o retrocesso de um caminho que seguia no sentido de oportunizar à pessoa física e, principalmente, aos micros e pequenos empresários, que dependem de capital, uma relação econômica mais equilibrada com aqueles que detêm o poder sobre o dinheiro, sob a perspectiva da vulnerabilidade de uma das partes.

Ressalta-se que o Superior Tribunal de Justiça tem como uma de suas funções precípua a uniformização da interpretação das leis em todo o território nacional, completando a tarefa do legislador, sendo um dos protagonistas na produção do Direito e que esse esteja em conformidade com as necessidades sociais. Outrossim, a sua atuação não se restringe à interpretação, mas se refere à missão de dar sentido à lei mediante fundamentações adequadas aos casos específicos e ao momento histórico de modo geral.²⁸⁶

Nesse sentido, no julgamento do precedente, a ausência de argumentação esclarecedora que correspondesse a um fator comprovadamente danoso ao sistema jurídico é um indício da falta de compreensão da Corte quanto ao sistema de nulidades construído pelo Direito do Consumidor brasileiro e até pelo Direito Civil em geral, visto que a proteção contra as nulidades é uma garantia de ordem pública. A nulidade absoluta é a ofensa à própria autoridade do Direito, sendo dever do magistrado o pronunciamento sobre a nulidade do ato, sob pena de violar a lei, a partir de uma análise cuidadosa dos fatos.²⁸⁷

O entendimento privatista do STJ se afasta dos princípios e das funções constitucionais a ele inerentes, na medida em que privilegia o mais forte da relação jurídica. No campo dos contratos bancários, a proteção consumerista era debilitada e, a partir do novo entendimento, ela se tornou inexistente, ou seja, significa que a busca pelos lucros é imperativa na sociedade e a proteção do interesse social dos consumidores é um instituto dotado de flexibilidade na

²⁸⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RESP nº 1061530 RS 2008/0119992-4, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 22 out. 2008. Segunda Seção. DJe: 10/03/2009. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 30 out. 2020.

²⁸⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto Corte de precedentes: recompreensão do sistema processual da Corte Suprema**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 138-142.

²⁸⁷ MIRAGEM, Bruno. Nulidade das cláusulas abusivas nos contratos de consumo: entre o passado e o futuro do direito do consumidor brasileiro. **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 72, p. 46-76, Out-Dez/2009.

modulação. É a vitória do capitalismo selvagem, traduzindo-se na diplomação dos bancos como ditadores do regramento financeiro.

No contexto das MPEs, a jurisprudência privilegiou a classe bancária, validando o desequilíbrio da relação. O contrato de adesão locupletou os bancos por meio das cláusulas abusivas que camuflam as reais cobranças. A vulnerabilidade dessas empresas fora desconsiderada e, na constância do superendividamento, é necessário envidar esforços e custos para ultrapassar a crise.

Na maior parte das vezes, o mover de recuperação nem é acionado, tendo em vista a falta de conhecimento sobre as possibilidades de reestruturação por meio dos auxílios contábeis e jurídicos para uma revisão judicial em que se conta com a tutela do Poder Judiciário. Em complemento, mesmo que eventualmente haja esse conhecimento, nem sempre há recursos para viabilizar a ação. Nessa conjuntura, a vulnerabilidade das MPEs torna-se latente, corroborando para a extinção das atividades.

Nesse passo, é importante ilustrar o impacto dessa jurisprudência no ambiente das decisões das instâncias inferiores, como na recente ação revisional de uma ME em face do Banco do Brasil. Veja-se:

CIVIL. PROCESSO CIVIL. AÇÃO MONITÓRIA. CONTRATO DE FINANCIAMENTO. CAPITAL DE GIRO. INADIMPLEMENTO. REVISÃO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS. INAPLICABILIDADE DO CDC. CAPITALIZAÇÃO DE JUROS. POSSIBILIDADE. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. 1. Pessoa jurídica que realiza contrato de financiamento bancário com a finalidade de obtenção de capital de giro para implementação de sua própria atividade comercial não se enquadra no conceito de consumidor final, de modo que, consoante entendimento do C. STJ, não se mostra possível a aplicação das regras de defesa do consumidor no contrato firmado pelas partes. Precedente AgRg no AREsp n. 71.538/SP. 2. A capitalização mensal dos juros com periodicidade inferior a um ano, desde que expressamente pactuada, é permitida nos contratos celebrados a partir de 31 de março de 2000. Medida Provisória 2.170-36/2001. Jurisprudência do C. STJ ratificada no julgamento do RESP 973.827, sob o regime do artigo 543-C do CPC/1973. 3. Recurso improvido.²⁸⁸

Assim, o exame das decisões alhures apresentadas demonstra que, muito embora se reconheça a aplicabilidade do CDC às relações contratuais bancárias, o posicionamento do STJ vai ao encontro dos interesses do sistema bancário e, nesse espectro, não legitima *ipso facto* a imposição de limites às cobranças abusivas nos contratos bancários. Igualmente, não se extrai

²⁸⁸ DISTRITO FEDERAL. TJDF. **Apelação Cível nº 0000615-25. 2017.8.07.0001**, Relator: Desembargador Getúlio Moraes Oliveira. Mega Forte Atacadista da Construção Eireli-ME e Banco do Brasil. Data de Julgamento: 06 nov. 2019, 7ª Turma Cível, DJe 26/11/2019. Disponível em: <www.tjdft.jus.br>. Acesso em: 31 out. 2020.

do conjunto de decisões já proferidas sobre a matéria qualquer parâmetro concreto de abusividade para que sirva de base no julgamento pelas instâncias ordinariamente inferiores. Sendo assim, resta ao consumidor vulnerável se adequar às regras de mercado estabelecidas arbitrariamente pelas instituições financeiras.

3.5 A influência do Poder Judiciário na regulação do mercado de crédito das MPEs

Como se observa, a contratação bancária creditícia abusiva pode não apenas ser uma das causas da inviabilidade da atividade empresarial, pelo superendividamento, como pode gerar reflexos no mercado como um todo. A ocorrência da alta na taxa dos juros, juntamente com condições de empréstimo mais rígidas pode gerar a restrição das próprias linhas de crédito, diante da impossibilidade de os bancos distinguirem quem efetivamente buscará a tutela jurisdicional.

Nesse sentido, bem observa Fabiano Jantalia, exemplificamente no que se refere à revisão da taxa de juros:

Como se vê, a revisão judicial das taxas de juros cobradas pelas instituições financeiras tende a gerar resultados socialmente indesejáveis, haja vista que os parâmetros impessoais adotados pela jurisprudência não permitem ao mercado nem mesmo prever a extensão dos contratos passíveis de revisão. Diante da ausência de parâmetros confiáveis para “separar o joio do trigo”, promove-se um aumento generalizado das taxas cobradas de todos ou, pelo menos, não se promovem reduções das taxas que, de outro modo, seriam possíveis para os tomadores de recursos que não fossem considerados como de alto risco.²⁸⁹

As decisões judiciais no Brasil têm causado impactos significativos na organização estrutural dos bancos, de modo que influenciam diretamente a oferta de produtos creditícios ao mercado, devido à possibilidade de intervenção judicial com consequentes prejuízos financeiros.

Como exposto, diante da posição consumerista dos tribunais, os bancos realizaram forte *lobby* em razão da diminuição dos índices de lucratividade, movendo uma revisão jurisprudencial que teve como causa o retrocesso do entendimento acerca da vulnerabilidade. Consequentemente, muitas decisões judiciais foram proferidas de maneira injusta, causando impacto negativo para a empresa superendividada. Percebe-se que o banco sai vitorioso e a

²⁸⁹ JANTALIA, Op. cit., p. 260.

empresa que já estava em crise pela onerosidade excessiva de um contrato abusivo ainda terá que arcar com os honorários sucumbenciais.

Cumpra salientar que a ineficiência judicial envolvendo a falta de entendimento material e a morosidade das decisões aliadas à também onerosa máquina do Judiciário, mais o risco da imprevisibilidade dos julgados, afiguraram-se como causas dos altos *spreads* bancários no país. Embora a jurisprudência tenha viés voltado para a hegemonia dos bancos, esses argumentam que a morosidade da decisão judicial reduz as garantias de adimplemento, o que afeta significativamente o direito ao recebimento das instituições credoras.

Ainda sob esse prisma, as decisões judiciais muitas vezes são pautadas nas ideologias dos próprios juízes, frequentemente ligadas ao papel social que o juiz tem a cumprir. Essa politização gera a polarização de vertentes, uma relacionada ao cumprimento fiel do contrato independente de sua repercussão social e econômica e outra à busca de justiça social.

Nesse sentido, a jurisprudência e os padrões de comportamento do Judiciário acabam desempenhando papel regulador nas disputas envolvendo questões relacionadas ao mercado de crédito. O entendimento judicial sobre juros, encargos, liquidez, títulos de crédito e formas de execução contratual exemplificam esse “ativismo judicial”.

Nesse mesmo sentido, juízes e tribunais comumente apresentam comportamentos individualizados em discordância com os precedentes do colegiado ou dos tribunais superiores, resultando em incoerência jurisprudencial, em que processos similares são decididos de diferentes modos. Esse *modus operandi* afeta negativamente o mercado de crédito no Brasil por gerar insegurança jurídica na relação contratual, sendo vetor de orientação para o comportamento dos agentes econômicos.

Com a quebra de contratos por força de decisão judicial, ocorre a alta de juros como forma de compensar o prejuízo causado pelos inadimplentes, implicando o encarecimento do crédito com a consequente inacessibilidade. No ambiente empresarial, as MPEs são as mais prejudicadas, por serem vistas como as mais vulneráveis devido à sua fragilidade financeira, o que hipoteticamente apresentaria maior risco aos credores. Nessa linha, Armando Castelar Pinheiro assinala:

Como os agentes se adaptam, quanto menos privilegiado for o grupo social, e maior o ‘risco’ de receber proteção, maior tenderá a ser a discriminação. [...] E quanto mais difícil for discriminar, maior será o custo agregado em termos de crescimento

sacrificado. Isso significa que são exatamente as partes que o magistrado buscava proteger que se tornam as mais prejudicadas por essa neutralidade.²⁹⁰

Do ponto de vista da racionalidade econômica, a relativização do *pacta sunt servanda* leva instabilidade ao mercado de crédito, especialmente pelas mudanças na hermenêutica jurídica advindas do embate entre constitucionalistas e civilistas. Os conceitos como função social da propriedade privada ou a boa-fé objetiva, desacompanhados de uma jurisprudência coerente e consolidada, impedem a previsão do impacto econômico das decisões, ocasionando a reação negativa por parte do mercado.²⁹¹

Dessa forma, as conclusões apontam para o fato de que a intervenção judicial nos contratos de crédito não são prejudiciais apenas às instituições financeiras, que têm a sua margem de lucro diminuída, mas, também, como efeito cíclico, às próprias empresas que necessitam do crédito e acabam sendo retaliadas pela distorção do funcionamento do mercado gerada pela judicialização desses contratos.

Portanto, a liberdade de contratação bancária em desrespeito às normas vigentes sem o estabelecimento de regras equitativas pode ser um fato gerador de uma sucessão de acontecimentos negativos para as empresas, para os próprios bancos, para a economia e para a sociedade em geral, considerando que a busca individual do interesse próprio das instituições financeiras na relação contratual pode resultar na ineficiência do mercado.²⁹²

Ademais, caso instituições financeiras e as empresas tenham negociado um contrato “perfeito”, não havendo lacunas, obscuridades ou ilegalidades, não há necessidade de o Poder Judiciário fornecer condições supletivas. Se foi negociado um contrato perfeito, ele não tem falhas, de modo que não necessita de um tribunal para regulamentar as suas condições. Desse modo, o precedente judicial funciona como indutor de alteração da estrutura de incentivo dos agentes econômicos, repercutindo não apenas nos limites do processo em exame, mas no âmbito do mercado empresarial-econômico.

²⁹⁰ PINHEIRO, Armando Castelar. Direito e economia num mundo globalizado: cooperação ou confronto?

Texto para discussão n° 963. Rio de Janeiro: IPEA, 2003. p. 23.

²⁹¹ ARIDA, Pérsio. A pesquisa em direito e em economia: em torno da historicidade da norma. **Revista Direito GV**, n° 1, vol. 1. São Paulo: FGV, 2005, p. 7. Afirma o autor que o efeito dos desdobramentos das decisões judiciais foi a diminuição da calculabilidade dos contratos, criando um elemento adicional de risco e incerteza na avaliação de seus efeitos. É como se o cumprimento dos contratos pudesse ser interrompido nos termos em que fora celebrado, afastando o tempo e o espaço histórico em que ocorre a sua constituição.

²⁹² No Brasil, os custos de transação são elevadíssimos: há uma excessiva burocracia (causa), o que leva a uma ineficiência, que por sua vez é responsável por criar ambientes de incerteza (insegurança jurídica) quanto às relações do mercado, prejudicando sobremaneira o desenvolvimento econômico da nação (consequência). MONTORO FILHO, André Franco. **Direito e economia.** São Paulo: Saraiva, 2008, p. 9.

É possível vislumbrar que as decisões judiciais em matéria de contratos bancários podem constituir uma estrutura de incentivos que pautarão o comportamento dos agentes econômicos. Nesse caso específico, as instituições financeiras e as empresas. Essas decisões podem afetar o custo e a disponibilidade de crédito, impactando diretamente o mercado e consequentemente as próprias empresas.

Nessa ordem, o sistema ideal seria aquele pronto e capacitado para solucionar as disputas com agilidade, imparcialidade, previsibilidade e nos termos da lei. É necessário que os juízes estejam livres de influências políticas para que não surjam decisões politizadas, em desfavor das parcelas vulneráveis, a fim de que seja cumprido o papel social do juiz.

O sistema judicial funciona como o porto seguro na resolução dos conflitos entre os agentes econômicos, sendo imprescindível que a comunidade tenha a convicção de que a justiça realmente existe. É decisivo para a sociedade que a lei vigente seja respeitada, sem manipulações e em prol de interesses de apenas uma parte, pois o mercado de crédito se baseia em certezas jurídicas e, na instabilidade, corre-se o risco de desaparecimento de oportunidades, devido à falta de expectativa de ganho que o guia.

CAPÍTULO 4 A REGULAÇÃO BANCÁRIA NA PRESERVAÇÃO DAS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS

A segurança jurídica das relações contratuais de empréstimo bancário é severamente comprometida dada a incerteza, a imprevisibilidade e a instabilidade dos atos e fatos jurídicos durante a execução do contrato. Agrava-se o fato quando a problemática se desdobra em ações revisionais morosas, impactando o Produto Interno Bruto (PIB) e, com isso, retardando o crescimento econômico.

Nesse ambiente, paira um clima geral de insegurança para a atividade econômica, de modo que a ameaça de rentabilidade tem como efeito direto a queda nos investimentos, reduzindo a possibilidade de desenvolvimento e crescimento. Para a estabilidade da economia, é necessário que economistas e juízes estejam alinhados e que o Direito e a Economia não promovam o afastamento da convergência de disciplinas tão necessárias para o desenvolvimento de uma sociedade.²⁹³

Por outro lado, grande parte dos magistrados não são versados em complexos temas econômicos e ainda assim proferem decisões em questões difíceis, o que fatalmente resulta em erros e exageros, agravando problemas em vez de corrigi-los. No caminho inverso, um Judiciário com bom funcionamento, na administração de um sistema jurídico eficiente, aumentaria os investimentos estrangeiros à medida que as decisões fossem influenciadas pelo Direito Econômico Internacional, com estudos aprofundados sobre o impacto que as decisões judiciais provocam nos diversos setores da economia.

Diante da criticidade dos desdobramentos contratuais bancários no Judiciário, é necessário que os participantes do setor bancário se submetam a algum tipo de regulação com o objetivo da própria proteção, na preservação das funções de intermediação financeira. Geralmente, as crises financeiras das empresas são oriundas por erros de gestão, salvo o superendividamento por questões supervenientes, e, para o desenvolvimento da economia, é preciso a implantação de mecanismos que previnam essas crises sistêmicas. Os efeitos de uma crise são avassaladores para a economia de modo geral, sendo o setor empresarial o

²⁹³ FRANCO, Gustavo. BARROSO, Henrique de. Celebrando a Convergência. In **CATEB et al. Direito & Economia**. 2. ed. São Paulo: Livraria do Advogado, 2008. p. 15-18.

mais atingido. Na ponta da cadeia, as micro e pequenas atividades sofrem as maiores perdas com as crises e, na ausência de crédito, ocorre a extinção em massa.

A regulação tem como escopo a conquista de um resultado satisfatório, no qual prevaleça o interesse público, com o menor sacrifício possível de outros interesses protegidos pela Constituição Federal e com menos gastos de recurso públicos.

Considerando que a intervenção do Estado é uma exceção à autonomia de vontade da sociedade e da economia, a qual está protegida pelos direitos fundamentais inseridos na Constituição, é imperioso que haja publicidade e exposição de motivos no exercício da atividade regulatória, para que a decisão administrativa seja balizada por um processo argumentativo, dando oportunidade para manifestação dos agentes envolvidos.²⁹⁴

A atividade bancária está sujeita a múltiplos riscos e, por isso, a atuação regulatória estatal se apresenta em várias classificações pela doutrina. Rosa Maria Lastra doutrina que a atuação regulatória estatal funciona como um processo de supervisão padrão, no qual se decompõe em supervisão bancária e regulamentação bancária. A supervisão se desenvolveria em: autorização para operar no mercado; fiscalização das atividades; imposição de medidas punitivas aos infratores das regras estabelecidas; e administração de crises que impactam o setor.²⁹⁵

De forma mais específica, a regulamentação bancária, consiste em um conjunto de regras ou restrições impostas às atividades exercidas pelos bancos por uma autoridade normativa e fiscalizadora, incluindo atos do legislativo e instrumentos ou regras emanadas de autoridades delegadas. Em âmbito nacional, as autoridades delegadas estão no governo por meio de ministérios, do Banco Central do Brasil e de outras agências reguladoras de bancos.²⁹⁶

A intervenção regulatória se classifica em três tipos: (i) a regulação econômica, que se refere ao controle sobre preços, lucros e condições de entrada e saída de um mercado, podendo implicar, no setor bancário, o controle do nível de taxa de juros cobrados nos empréstimos ou pagos aos detentores do depósito, além de restrições dos setores e áreas de atuação em que os bancos podem entrar; (ii) a regulação da informação, que consiste na

²⁹⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueredo. **Direito regulatório**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 93.

²⁹⁵ LASTRA, Rosa Maria. **Banco Central e regulamentação bancária**. Trad. Dan Markus Kraft. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 90.

²⁹⁶ Idem, p. 92.

submissão dos bancos à exigência de que informações específicas sejam disponibilizadas junto aos serviços que o banco proporciona, como taxa de juros sobre empréstimos, por exemplo; (iii) regulação de segurança e solidez, que se dedica a evitar a insolvência dos bancos, aplicando instrumentos de exigências de capital, de limitações nas atividades, e o monitoramento da boa-fé e competência das operações e administração do banco.²⁹⁷

Em que pese todas as formas de qualificar as regulações bancárias, o critério mais adequado é a classificação de acordo com a finalidade que cada movimento apresenta e o aspecto de mercado o qual se pretende preservar ou corrigir. A regulação bancária, de modo geral, possui competências de organização, de coordenação, de regulamentação, de supervisão e de punição de atores do setor. Nesse raciocínio, consideram-se três grupos divididos quanto às finalidades perseguidas: regulação de condutas, regulação prudencial e regulação sistêmica.²⁹⁸

A disciplina e a supervisão das práticas adotadas pelos bancos em suas relações negociais são os objetivos principais da regulação de condutas. O fundamento dessa modalidade é a identificação das assimetrias informacionais. Por todo o exposto, é conclusivo que assimetria informacional é um dos principais, se não o principal problema da contratação bancária, e é nesse déficit de informações que a atividade regulatória tem seu fim. A regulação de conduta deve ter como objetivo a proteção dos consumidores de produtos e serviços bancários, não apenas tutelando as posições individuais, mas também garantindo a estabilidade, a eficiência e a confiabilidade dos mercados.

Nesse sentido, tem-se a ponderação de Gustavo José Marrone de Castro Sampaio:

A regra de proteção e defesa dos consumidores de produtos e serviços bancários deve obrigatoriamente pautar a atividade regulatória estatal, presente em sua forma de regulação de condutas, e deve incidir sobre a instituição financeira como intermediário ou prestador de outros serviços, como, por exemplo, o de pagamento, seja em sua organização interna ou sobre atos comerciais diversos praticados com terceiros. Portanto, o agente regulador deve atuar no sentido de que sejam criados mecanismos formais de controle da atividade bancária, com regras de qualificação técnica, ou mesmo moral, aplicáveis aos bancos, seus administradores e representantes, bem como de padronização de procedimentos e modelos de negócio, com a obrigatoriedade de envio de informações para os consumidores e também para os reguladores e de vedação ao uso de informações obtidas através da posição privilegiada que detém.²⁹⁹

²⁹⁷ WHITE, Lawrence J. Regulation in the United States: understanding the lessons of the 1980s and 1990s. *NYU Working Paper*, nº EC 00-02. p. 1-26. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1292681>>. Acesso em: 03 nov. 2020.

²⁹⁸ SAMPAIO, Gustavo José Marrone de Castro. **Fundamentos da regulação bancária e a aplicação do princípio da subsidiariedade**. São Paulo: Almedina, 2015. p. 82.

²⁹⁹ Idem, p. 83.

A regulação de conduta no âmbito das relações bancárias, de forma eficiente, pode reduzir as desigualdades negociais geradas pela assimetria informacional entre as instituições financeiras e as empresas, especialmente entre aqueles consumidores vulneráveis, como o caso das MPEs. A proteção exercida pelo Estado por meio da intervenção é o mecanismo mais simples e menos custoso, visto que sua efetividade diminuiria circunstancialmente a procura pelo Judiciário na resolução de conflitos de consumo de crédito. As consequências dessa procura, por si só, já é motivo de interesse público, mais que suficiente, para legitimar o ato interventivo estatal.

Já a regulação prudencial procura estabelecer instrumentos para controlar o risco assumido por instituições financeiras. Possui caráter preventivo, no sentido de delinear regras que impeçam crises sistêmicas e com isso proteger os depositantes contra perdas em caso de insolvência dos bancos.³⁰⁰

A regulação sistêmica, por sua vez, não possui conceituação precisa, trata-se de uma expressão sobre o receio de que vários bancos quebrem por conta de algum acontecimento específico. O temor do risco dá liberdade total ao Banco Central do Brasil para que tome as medidas que julgue necessárias. Daí, tem-se os privilégios concedidos aos bancos, sendo essa uma justificativa para adoção de medidas protetivas, ou seja, a prevenção da crise sistêmica.³⁰¹

A competência regulatória do setor bancário brasileiro é do Conselho Monetário Nacional (CMN) e do Banco Central do Brasil (Bacen), que compõem o Sistema Financeiro Nacional (SFN). A função do SFN é aproximar os sujeitos econômicos superavitários e deficitários, tornando viável um sistema de alocação de recursos, otimizando-os com o fornecimento de alternativas de aplicação aos poupadores e permitindo que os agentes empreendedores tenham acesso para realizar seus projetos.³⁰²

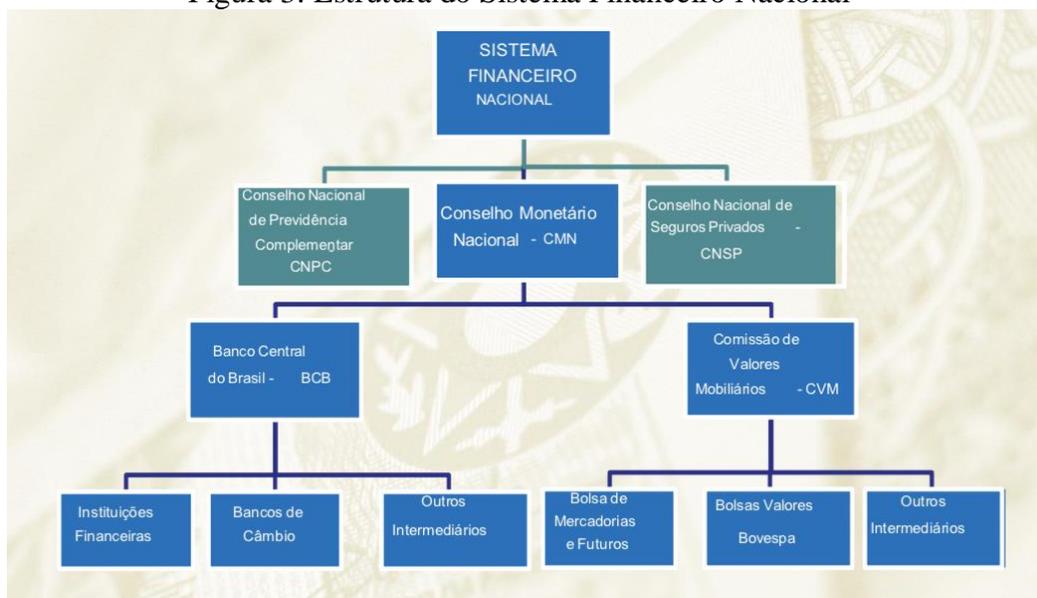
Nesse sentido, tem-se o mapeamento da estrutura do SFN:

³⁰⁰ TURCZYN, Sidnei. **O Sistema Financeiro Nacional e a regulação bancária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 368.

³⁰¹ KAUFMAN, George. Bank failures, systemic risk, and bank regulation. **Cato Journal**, v. 16, n. 1, 1996, p. 26.

³⁰² ASSAF NETO, Alexandre. **Mercado Financeiro**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 45.

Figura 3: Estrutura do Sistema Financeiro Nacional



Fonte: Procuradoria-Geral do Bacen (2016)

O Conselho Monetário Nacional (CMN) é a instituição mais importante do SFN. É um órgão do Ministério da Economia, que possui funções normativas, como a formulação de políticas públicas no estabelecimento de diretrizes sobre moeda, crédito e câmbio, conforme orientações da Presidência da República. Dentre as suas competências, destacam-se o poder de limitação da taxa de juros, descontos, comissões e qualquer forma de remuneração de operações, serviços financeiros ou serviços bancários. Um de seus traços marcantes é o grau de confidencialidade das deliberações, pois a publicidade só é dada em alguns casos, como na deliberação do conteúdo de resoluções.³⁰³

O Banco Central do Brasil tem como função principal, a administração da política econômica do país, bem como garantir a estabilidade e o poder de compra da moeda, podendo definir as taxas de juros e câmbio. Tem como competência: (i) a emissão de dinheiro; (ii) a efetivação dos serviços de meio circulante; (iii) o recolhimento compulsório dos bancos comerciais; (iv) a fiscalização das instituições financeiras e aplicação de penalidades; (v) a concessão da autorização de instalação e funcionamento das instituições financeiras; (vi) a regulação na execução dos serviços de compensação de cheques e de outros papéis; (vii) o exercício permanente de vigilância nos mercados de capitais, financeiros e de empresas que possam interferir nesses mercados; (viii) a execução de operações de compra e venda de títulos

³⁰³ ERLING, Marlos Lopes Godinho. **Regulação do sistema financeiro nacional: desafios e propostas de aprimoramento institucional**. São Paulo: Almedina, 2015. p. 354.

públicos federais; e (ix) o controle dos capitais estrangeiros, garantindo o correto funcionamento do mercado cambial.³⁰⁴³⁰⁵ Esse órgão também está ligado ao Ministério da Economia, sendo a principal autoridade monetária do país.

Vale ressaltar que a adequada regulação implica, direta ou indiretamente, o fortalecimento da confiança no sistema financeiro e a proteção aos depositantes e investidores. Assim, o país entra em situação de estabilidade financeira, na qual o sistema é capaz de desempenhar de maneira eficaz as funções básicas de alocação de recursos, sem a necessidade de medidas emergenciais que causam instabilidade e insegurança ao mercado.

A estabilidade financeira proporciona a redução da desigualdade social e do nível de desemprego, aumentando a renda média e o acesso ao crédito, além de desenvolver os mercados de crédito e de capital. A estruturação de um sistema financeiro sólido é essencial para o bom funcionamento da economia e para o crescimento econômico de longo prazo.

Cumprir destacar que o SFN tem como fundamento a promoção do desenvolvimento equilibrado do País e deve servir aos interesses da coletividade, conforme disposição constitucional. Nessa esfera, as MPEs são impulsionadas pelo crédito no funcionamento de suas atividades, exigindo, assim, uma postura proativa do SFN para a implantação de políticas públicas de incentivo e disponibilização do crédito. A regulação bancária pode criar linhas específicas para esse setor, que de outra forma não seria atendido. Ainda sob esse fundamento, a regulação deveria assegurar a fixação de tarifas e taxas de juros atrativos, diminuindo o risco de inadimplência.³⁰⁶

Desse modo, o Estado é o responsável direto pelo desenvolvimento econômico do país, pois é seu dever orientar o comportamento dos agentes econômicos, criando ou aplicando regras que exercem influência sobre o mercado. Assim, a partir da união de esforços dos três poderes, é possível adequar a lei para que se cumpra os fins socioeconômicos, inclusive, em respeito aos princípios do direito privado, em especial, os princípios da preservação da empresa, de sua função social. A instrução sobre comportamentos favoráveis ao sistema direcionada aos agentes

³⁰⁴ TURCZYN, Sidnei. op. cit., p. 140.

³⁰⁵ PORTO, Antonio José Maristello; GONÇALVES, Antonio Porto; SAMPAIO, Patricia Regina Pinheiro. **Regulação financeira para advogados**. Rio de Janeiro: Elsevier: FGV, 2012. p. 72.

³⁰⁶ PINHEIRO, Armando Castelar. SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 459.

econômicos pode permitir que mais pessoas e empresas sejam beneficiadas, diminuindo, assim, os efeitos colaterais negativos da busca excessiva pelos lucros.

4.1 A convergência entre o Direito e a Economia no equilíbrio do contrato de crédito

A relação entre o Direito e a Economia se materializa na organização da atividade econômica, na qual é necessária a definição dos papéis que cada instituição desempenhará, principalmente rumo ao desenvolvimento econômico de um país. Sob essa constatação, os juristas e economistas se tornam indissociáveis na formação juseconômica dos sistemas políticos. Embora essa necessidade de “confusão” ainda não esteja clara, o desdobramento de crises econômicas e de crises do Judiciário demonstram as complementaridades envolvidas nas duas disciplinas.

Nesse ponto de intersecção, estão inseridos os mercados, estruturas de formação de valores e significados, com as quais os indivíduos buscam atender seus interesses específicos. O mercado significa troca em uma comunidade e sem trocas não há economia em desenvolvimento e o Direito perde a sua força na imposição de normas. Portanto, o processo de interação é o que definirá o valor dos significados da riqueza.³⁰⁷

Nessa seara, quando o Judiciário é provocado para dar solução a um conflito do mercado, tem-se como resultado a baixa compreensão e possíveis interpretações falhas, abrindo espaço para injustiças. Surge então mais uma lacuna em que a junção entre Direito e Economia pode suprir. Sendo assim, a economia de mercado deve ser inspirada no Direito e em um Direito que considere as regras de mercado. Não se pode impor a justiça a qualquer custo nem se deixar que prevaleça um mercado sem limites.³⁰⁸

O direito é um sistema de regras que regula as condutas humanas. A economia é uma ciência que estuda a atividade econômica, analisando a gestão e o comportamento dos mais variados tipos de organizações humanas. A incomunicabilidade entre as duas disciplinas e a necessidade do Direito de contar com dados teóricos cederam espaço à Análise Econômica do

³⁰⁷ MALLOY, Robin Paul. **Law and Market Economy: Reinterpreting the Values of Law and Economics**. 1. ed. Cambridge UK: Cambridge University Press, 2000. p. 51. Malloy desenvolveu um conceito de lei e economia de mercado em que a função da lei é melhorar os processos sociais de criatividade a fim de servir à formação de riqueza sustentável.

³⁰⁸ WALD, Arnaldo. Entrevista. **Informativo Iasp**, n. 72, p. 3, abr-mai. 2005.

Direito (AED), que é a utilização da abordagem econômica para tentar compreender o Direito no mundo e o mundo no Direito. Essa metodologia econômica pode ser aplicada a todas as áreas do Direito – de Contratos ao Direito Constitucional, de Regulação ao Processo Civil –, em todas as pontas que possam aplicar conhecimentos econômicos em áreas associadas à Economia.³⁰⁹

Nesse contexto, o *juseconomista*, enquanto operador da AED, considera o Direito sob o ponto de vista dos custos e benefícios em que os agentes econômicos pautam seu comportamento. A investigação acerca das causas e consequências das regras jurídicas podem ser atribuídas à *juseconomia*. Essa análise tem o pretexto de tentar prever como os sujeitos se comportarão na imposição de uma regra e na sua eventual alteração. Nesse panorama, o Direito como norma, conta com o negacionismo e até ignorância dos agentes, tendo em vista o objetivo perseguido. Eles ponderam os custos e os benefícios de cada ato, adotando a conduta que tenha o efeito mais benéfico, podendo ser nominada como conduta racional maximizadora.³¹⁰

O Direito Contratual, analisado à luz da AED, usa ferramentas da Ciência Econômica na explicação, compreensão e resolução dos problemas jurídicos. É realizada uma análise positiva e outra normativa. A análise positiva avalia a eficiência de determinado instituto e suas consequências econômicas em diferentes arranjos. Trata-se de uma análise científica que avalia fenômenos sem a proposta de alterações. Já a análise normativa, permite a adoção das melhores formas de regramentos comportamentais e a interpretação de princípios e normas, podendo formular políticas públicas de reforma do sistema que deseja ser alterado para cumprir os fins predeterminados.³¹¹

Os contratos geram riquezas e têm a sua existência pela concordância das partes envolvidas. Estão pautados nos princípios da autonomia da vontade, da boa-fé objetiva e da função social, que é o cerne das disputas judiciais nos questionamentos dos instrumentos bancários. A intervenção judicial se justifica na superação de erros e ineficiências contratuais advindos das falhas de mercado, em particular, dos custos de transação. A pactuação de um contrato ideal evitaria a judicialização como forma de resolução, evitando consequências

³⁰⁹ GICO JR. Ivo. **Introdução ao Direito e Economia**. In Direito e economia no Brasil: estudos sobre a análise econômica do direito; organizado por Luciano Benetti Timm. 3.ed. Indaiatuba, SP: Foco, 2019. p.14. Para o autor, a Análise Econômica do Direito nada mais é que a aplicação do instrumental analítico e empírico da economia, em especial da microeconomia e da economia do bem-estar social, para se tentar compreender, explicar e prever as implicações fáticas do ordenamento jurídico, bem como da lógica (racionalidade) do próprio ordenamento jurídico.

³¹⁰ Idem, p. 18-19.

³¹¹ TIMM, Op. Cit., p.158-159.

negativas para a economia. O contrato equilibrado cumpre sua função social, visto que as obrigações são divididas sem incorrer onerosidade excessiva para apenas uma parte. Com isso, evitar-se-ia a extinção de atividades pelo superendividamento em decorrência de um contrato abusivo.

Nessa dinâmica, a AED permite avaliar as políticas dos institutos jurídicos, levando ao intérprete as consequências da intervenção judicial dos contratos, ponderando os custos e os benefícios.

Desse modo, a aplicação da lei contratual moldada a partir de premissas de equilíbrio levaria à melhoria da eficiência e do bem-estar dos agentes, tendo como resultado a queda da litigância. Entretanto, a realidade que se apresenta é a regulação do mercado de crédito pela fundamentação de decisões nem sempre eficientes, tampouco justas. A influência do poderio econômico dos bancos macula a ordem jurídica, desprivilegiando os menos favorecidos. Decisões fundamentadas na liberdade das partes desconsideram o contrato de adesão e a condição de vulnerabilidade.

No tocante às MPEs, as decisões judiciais se pautam nas normas civilistas, colocando essas atividades em grau de intelecto igual às médias e grandes empresas, sem cotar que essas decisões podem ocasionar a extinção das atividades e com isso a eclosão do desemprego.

O desemprego é um dos principais gatilhos das crises e do retardamento do desenvolvimento econômico. Além disso, tem a própria afetação da estrutura do Judiciário com o crescimento de demandas que não avançaram na via extrajudicial, pelo próprio custo benefício desse arranjo. O cálculo racional é realizado pelas duas partes de um contrato: os bancos calculam a probabilidade do número de pactos a serem condicionados na via judicial e as empresas apostam nas estratégias protelatórias para o cumprimento de suas obrigações sem sofrerem a execução. O pequeno detalhe dessa engrenagem, que é o diferencial não considerado, é o fato de que, na maior parte dos casos, as MPEs não têm conhecimentos técnicos sobre a possibilidade de questionamento judicial e muito menos recursos para arcar com despesas de advogados, contadores e peritos.

O desenho do contrato é um fator determinante do desempenho econômico de um país. Nesse sentido, a informação assimétrica pode resultar na não efetivação das relações socioeconômicas desejáveis ou em práticas indesejáveis, em desacordo com os termos negociados pelas partes, como, por exemplo, os desdobramentos dos contratos bancários. Em

síntese, a contratação gera custos, de modo que a forma da contratação é imprescindível para atenuar esses custos e o impacto sobre o desempenho econômico. Outrossim, um dos principais elementos que definem o desenho dos contratos é o problema de fazer cumprir o acordo estabelecido, sob os aspectos que têm o papel de forçar o cumprimento de seus deveres, é o que a literatura econômica denomina *enforcement*.³¹²

Seguindo esse raciocínio, tendo como base a assimetria de informação, tem-se um problema recorrente conhecido como risco moral, que é aplicado ao comportamento pós-contratual de uma parte que detém uma informação privilegiada, podendo tirar proveito em prejuízo da outra. Significa que é possível que uma parte altere seus comportamentos sem que a outra parte possa impedir essa alteração. Ou seja, a dependência econômica de uma parte em relação a outra acentua ainda mais o problema.³¹³

Por essas razões, uma ação econômica orientada pela ordem jurídica tem como resultado a previsibilidade e com isso a eficiência se consolida. Todavia, é necessário considerar as exceções: (i) nem todas as regularidades da conduta se devem a normas jurídicas; e (ii) nem todas as normas jurídicas conseguem criar regularidades desejadas. O choque de uma norma jurídica com o uso e os costumes tem sua eficácia comprometida. Essas hipóteses são importantes para compreender os limites da eficácia das ações governamentais, trazendo consequências para a análise da relação entre o Direito e a Economia, tendo em vista que a Economia não é integralmente controlável e que os agentes privados, tomadores de decisão relevantes, podem não se submeter às normas jurídicas impostas.³¹⁴ Pelo contrário, a não resposta ao ordenamento jurídico pode despertar o poder de influência desses sujeitos sobre as instituições, induzindo a alteração da norma ou, até mesmo, o retrocesso nas interpretações, suspendendo a sua eficácia, como foi o caso da Súmula nº 381 do STJ, em que se proibiu que o juiz conhecesse de ofício cláusulas abusivas em contratos bancários.

Diante da problemática envolvendo falhas de mercado, como as assimetrias informacionais identificadas nos contratos bancários, é necessário que haja a intervenção estatal não só para o incremento do bem-estar social, mas para a sobrevivência das empresas. Uma das

³¹² SZTAJN, Rachel. ZYLBERSZTAJN, Decio. AZEVEDO, Paulo Furquim. Economia dos contratos. In **Direito & Economia: Análise econômica do Direito e das Organizações**, organizado por Decio Zylbersztajn e Rachel Sztajn. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 114-120.

³¹³ Idem, p. 123.

³¹⁴ MELLO, Maria Tereza Leopardi. Direito e economia em Weber. **Revista Direito GV**, v. 2, n.2, p. 45-66, Jul-Dez/2006.

maneiras mais eficazes é a intervenção por meio de instrumentos de regulação³¹⁵, que vão além do campo econômico, mas que aumentam benefícios e minimizam os custos sociais, atentando-se aos valores sociais previstos na CF.³¹⁶ Nesse sentido, a importância dos contratos é enfatizada por Eros Grau:

A ação estatal sobre os contratos é de importância capital, dada a sua configuração como instituto fundamental na economia de mercado. Isso porque a conformação das relações contratuais importa a conformação do exercício da própria atividade econômica. Daí a sua transformação – dos contratos que se praticam na economia de mercado administrado, ordenado ou organizado – em instrumentos dinâmicos voltados ao alcance não apenas dos fins almejados pelas partes, mas também, na medida em que conformados pelo Estado, dos fins últimos da ordem econômica.³¹⁷

Assim, a atuação estatal se justifica com vistas a corrigir as falhas contratuais bancárias, a partir de uma estimativa juseconômica em que foram antes confrontados custos e benefícios. Ademais, é importante que os problemas originalmente postos não sofram agravamentos ou mitiguem seus efeitos pela tomada de medidas inadequadas. Desse modo, a intervenção se materializa por meio de políticas públicas e ações que regulem determinadas situações e que estejam estabelecidas em critérios democráticos com a possibilidade da participação de todos os atores.

4.2 A repressão ao abuso do poder econômico na preservação das MPEs para fins de desenvolvimento econômico

A atividade empresarial é um fenômeno que impulsiona a sociedade para o desenvolvimento em todos os níveis, é uma conjunção de elementos econômicos e sociais que tem como função não só atender os interesses privados, mas também atender significativamente os interesses sociais daqueles que possuem relação direta com a atividade, além daqueles que indiretamente se beneficiam dos efeitos colaterais dentro da cadeia de consumo.

A empresa pode ser traduzida como um organismo multidisciplinar que influencia e transforma a sociedade, tanto na prestação de serviços essenciais como no estabelecimento de

³¹⁵ Regulação é o conjunto de medidas legislativas, administrativas e convencionais, abstratas ou concretas, pelas quais o Estado, de maneira restritiva da liberdade privada ou meramente indutiva, determina, controla, ou influencia o comportamento dos agentes econômicos, evitando que lesem os interesses sociais definidos no marco da Constituição e orientando-os em direções socialmente desejáveis. ARAGÃO, Alexandre S. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 37.

³¹⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2009. p. 447.

³¹⁷ GRAU, Eros R. op. cit., p. 92.

padrões de consumo. É uma das responsáveis pela aceleração da economia, tendo em vista que também arrecada impostos, além de sua principal função social que é a geração de empregos.³¹⁸ Na condição de pessoas jurídicas, carregam a mesma reponsabilidade social do Estado na observância dos direitos individuais, como, por exemplo, a responsabilidade com os encargos trabalhistas.

As micro e pequenas empresas são um dos grandes pilares da economia, tanto pela quantidade, representando quase 99% das atividades no país, quanto pela empregabilidade, sendo responsáveis por mais da metade dos postos de trabalho. Essas unidades produtivas foram transformadas em um grande instrumento de inclusão social em virtude da sua capacidade de geração de emprego e renda, sendo a máquina econômica propulsora do país. São, em regra, fonte de recursos para a população de média e baixa renda, com perfil menos qualificado, dando oportunidade aos menos favorecidos, desempenhando assim um relevante papel social. Além disso, funcionam como distribuidoras de renda, auxiliando na desconcentração de riquezas, diminuindo o abismo estabelecido entre as diferentes classes sociais.³¹⁹

Igualmente, as MPEs realocam a mão de obra descartada pelas grandes empresas, reinserrindo essas pessoas no mercado de trabalho, valorizando as características individuais de cada trabalhador. Viabilizam, também, a sustentabilidade das populações locais, distribuindo renda àqueles que não são alcançados pelo Poder Público. São responsáveis por estimular o empreendedorismo, despertando o interesse pela criação de novas empresas que complementem as atividades umas das outras ou integrem o mesmo círculo concorrencial.

Nessa linha de pensamento, a Constituição Federal consagrou o princípio da função social da empresa, nos arts. 5º, inciso XXIII, e 170, inciso III³²⁰, tanto no âmbito dos direitos e garantias fundamentais como no capítulo dos princípios gerais da atividade econômica, inserido no contexto da ordem econômica e financeira. A ordenação da função social como princípio significa o reconhecimento da empresa como geradora de empregos, tributos e riquezas para a

³¹⁸ COMPARATO, Fábio Konder. **Direito empresarial: estudos e pareceres**. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 3

³¹⁹ NOHARA, Irene Patrícia. Do acesso aos mercados. In: MAMEDE, Gladston. **Comentários ao Estatuto Nacional da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte**. São Paulo: Atlas, 2007. p. 266.

³²⁰ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da União**. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 08 nov. 2020. Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXIII a propriedade atenderá a sua função social. [...] Art. 170 A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] III – função social da propriedade.

comunidade, devendo assim ser assegurada a sua preservação.³²¹ É importante esclarecer que as expressões “função social da empresa” e “preservação da empresa” são distintas, tendo em vista que a primeira é muito mais abrangente e de matiz distinta. Já a preservação da empresa é um princípio corolário do princípio da função social da empresa, sendo aquele um princípio geral de Direito que tem como escopo preservar as organizações econômicas produtivas, diante do prejuízo econômico e social que a extinção de uma empresa pode acarretar aos empresários, às sociedades empresárias, aos trabalhadores, aos fornecedores, aos consumidores e à sociedade civil, sendo um princípio a ser aplicado pelo Judiciário para garantir a continuidade da atividade.³²²

Contudo, a função social não deve ser vista como critério restritivamente aplicado às grandes empresas, pelo maior ou menor interesse social. Pelo contrário, cada atividade, independente do seu enquadramento, contribui igualmente para o desenvolvimento econômico, social e cultural da nação. Se sua atuação obedece às leis a que se sujeita e é consentânea com esses objetivos, de acordo com os preceitos constitucionais, não há que se falar em não cumprimento da função social. Por esse motivo, o Estado tem o dever-poder de tutelar as MPEs, prezando pelo cumprimento de todos os princípios e normas, protegendo a atividade na sua liberdade, na sua livre iniciativa, na dignidade da pessoa humana do empresário, mas também reconhecendo a sua vulnerabilidade nas relações díspares, em que justifica a intervenção do Estado com vias de estabelecer o equilíbrio e, com isso, preservar a empresa. A dependência econômica da MPEs as coloca em posição de submissão a todo tipo de abuso praticado no ambiente econômico, como é constatado no âmbito das relações bancárias, especialmente pelo fator de dependência do crédito para funcionamento das atividades.

Noutro passo, o Direito Concorrencial³²³ explica que a posição dominante de uma empresa equivale à sua participação em um certo mercado, que pode ter esse destaque em decorrência da opção dos consumidores, não se tratando de uma prática anticoncorrencial. A

³²¹ FRAZÃO, Ana. **Função social da empresa – repercussões sobre a responsabilidade civil de controladores e administrados de S/As**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 214-219.

³²² NONES, Nelson. Sobre o princípio da preservação da empresa. **Revista Jurídica – CCJ/FURB**, v. 12, nº 23, p. 114-129, jan./jun. 2008.

³²³ Em 2011, foi sancionada a **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**, que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, e altera algumas leis no âmbito do Direito Econômico e da Concorrência, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112529.htm>. Acesso em: 07 nov. 2020.

antijuricidade se dá quando a empresa é detentora de expressiva participação no mercado e abusa da sua posição, o que ensejaria a repressão das autoridades de defesa da concorrência. O abuso decorre da relevante posição, promovendo aumento de preços, com imposição de condições, resultando em um quadro favorável à empresa que impõe. Em complemento, o poder econômico se refere à condição econômica da empresa e à possibilidade de ela intervir no mercado de maneira a impor aos outros agentes condição que não deixe opção, senão aderir ou sair da disputa.³²⁴

Sob esse prisma, situam-se vários tipos de mercado, sendo o ideal aquele denominado mercado competitivo, no qual não há a intervenção do Estado para coibir o uso abusivo do poder econômico, pois predomina o preço de livre concorrência. No lado oposto, existem os mercados imperfeitamente competitivos nos quais não há competição natural, sendo necessária a atuação do Estado para fomentar e regular a competição entre os agentes econômicos, citando como exemplo a presença das agências reguladoras. Nesse contexto, encontram-se os mercados oligopolizados, que têm como característica um pequeno número de empresas ou a existência de grandes agentes econômicos em pequena quantidade, estabelecidos sobre as mesmas regras, em que não há qualquer condição de um agente pequeno concorrer. E, ainda, o cartel, que são condutas concertadas, uma espécie de acordo horizontal celebrado entre agentes econômicos que atuam em um mesmo mercado relevante, no mesmo nível da cadeia produtiva. Sem rivalidade, essas empresas têm o controle dos preços, neutralizam a concorrência e auferem maiores lucros.³²⁵

O cartel tem como efeito principal a afetação ao bem-estar econômico, tendo em vista que a imposição de regras nessas circunstâncias faz com que a renda da sociedade seja transferida para os seus integrantes, assim como em um regime de monopólio.³²⁶ Essa conduta é considerada uma infração à ordem econômica, visto que está consubstanciada no acordo entre

³²⁴ BAGNOLI, Vicente. **Direito econômico**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 196-197.

³²⁵ *Idem*, p. 198.

³²⁶ A **Resolução nº 20/1999** do Conselho Administrativo da Defesa Econômica (CADE), em seu Anexo I, definiu cartéis como: acordos explícitos ou tácitos entre concorrentes do mesmo mercado, envolvendo parte substancial do mercado relevante, em torno de itens como preços, quotas de produção e distribuição e divisão territorial, na tentativa de aumentar preços e lucros conjuntamente para níveis mais próximos dos de monopólio. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/resolucao/resolucao-no-20-de-9-de-junho-de-1999.pdf/view>>. Acesso em: 07 nov. 2020.

concorrentes, fixando as regras, com vistas a aumentar as margens de lucro, eliminando a concorrência.³²⁷

Veja que a conduta das instituições financeiras se enquadra nos conceitos de oligopólio e cartel, guardadas as devidas características aplicadas aos casos concretos. O tema contrato bancário é complexo, tem conotação multidisciplinar e envolve a intersecção de várias disciplinas do Direito, além das Ciências Econômicas, havendo a participação dos três poderes da República: o Executivo na administração de agências reguladoras e sanções de leis; o Legislativo na produção das leis e alterações na Constituição; e o Judiciário, que atua na regulação por intermédio das lides dando a devida resolução, ora justa, na maior parte das vezes, ora injusta.

No que se refere à competência para análise de casos do sistema financeiro, as bases estão assentadas na Lei nº 12.259/2011 e têm como principal agente o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), uma autarquia vinculada ao Ministério da Justiça, que tem como missão zelar pela concorrência no mercado, de modo preventivo, repressivo e educativo e é responsável pela investigação e decisão sobre matérias concorrenciais.³²⁸ Do outro lado, encontra-se o Bacen, que funciona como autoridade monetária e órgão regulador do SFN, exercendo a fiscalização das instituições financeiras, além de aplicar penalidades, estando expresso no §2º do art. 18 da Lei nº 4.595/1964 que ele é o responsável por regular a matéria concorrencial entre as instituições financeiras.³²⁹

O conflito de competência instaurado rendeu sucessivos debates e foi objeto de análise pelo STJ³³⁰, na qual a AGU, suscitada pelo Ministério da Fazenda, posicionou-se pela

³²⁷ RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert; SILVA, Rutelly Marques da. **Aspectos econômicos e jurídicos sobre cartéis na revenda de combustíveis: uma agenda para investigações**. SEAE/ MF. Documento de Trabalho nº 40, dez, 2006. p. 9.

³²⁸ PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva. **Direito concorrencial**. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 167.

³²⁹ BANCO CENTRAL DO BRASIL. Art. 18. §2º As instituições financeiras somente poderão funcionar no País mediante prévia autorização do Banco Central do Brasil ou decreto do Poder Executivo, quando forem estrangeiras. §2º O Banco Central do Brasil, no exercício da fiscalização que lhe compete, regulará as condições de concorrência entre instituições financeiras, coibindo-lhes os abusos com a aplicação da pena nos termos da Lei. (vetado)

³³⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RESP nº 1.094.218-DF (2008/0173677-1)** Banco de Crédito Nacional S/A e outro e Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. Relatora: Ministra Eliana Calmon. S1 – Primeira Seção DJ 25 ago. 2010. DJe: 12 abr. 2011. Disponível em: < www.stj.jus.br>. Acesso em: 07 nov. 2020. ADMINISTRATIVO – ATO DE CONCENTRAÇÃO, AQUISIÇÃO OU FUSÃO DE INSTITUIÇÃO INTEGRANTE DO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL – CONTROLE ESTATAL PELO BACEN OU PELO CADE – CONFLITO DE ATRIBUIÇÕES – LEIS 4.595/64 E 8.884/94 – PARECER NORMATIVO GM-20 DA AGU. 1. Os atos de concentração, aquisição ou fusão de instituição relacionados ao Sistema Financeiro Nacional sempre foram de atribuição do BACEN, agência reguladora a quem compete normatizar e fiscalizar o sistema como um todo, nos termos da Lei. 4.594/64. 2. Ao CADE cabe fiscalizar as

competência privativa do Bacen. O julgamento, iniciado em 2008, ficou empatado por 3x3, com metade dos magistrados entendendo que a competência é do Bacen e a outra, que as competências são complementares entre eles. Em prosseguimento, houve interposição de Recurso Extraordinário pelo CADE, tendo sido negado o seu seguimento pelo ministro Dias Toffoli, sob o entendimento de que a matéria de discussão diria respeito apenas à legislação infraconstitucional.³³¹ Todavia, o CADE interpôs Agravo Regimental, o qual até os dias de hoje não foi julgado.³³² Diante dessa pendência, CADE e BACEN se reuniram para chegar à conciliação de competências em que ambas autarquias assinaram um “memorando de entendimentos”³³³ em que foram previstos intercâmbio de informações e discussões sobre medidas com o intuito de harmonizar os interesses e o compromisso na comunicação recíproca em relação a atividades ilícitas, assim como o fornecimento de dados e informações indispensáveis para apurar as infrações.

Sob o ponto de vista da concorrência, a concentração bancária dificulta a livre iniciativa, agrava as falhas do sistema e ainda compromete a qualidade dos produtos e serviços dispostos no mercado. O crédito, elemento essencial das atividades empresariais, fica escasso e com alto custo, com efeitos negativos em toda a economia. Sem contar que o comportamento ditatorial das relações bancárias de forma uniformizada entre as instituições coloca o consumidor em pleno estado de vulnerabilidade, aderindo a qualquer tipo de proposta. Nesses embates entre o

operações de concentração ou desconcentração, nos termos da Lei 8.884/94. 3. Em havendo conflito de atribuições, soluciona-se pelo princípio da especialidade. 4. O Parecer GM-20, da Advocacia Geral da União, adota solução hermenêutica e tem caráter vinculante para a administração. 5. Vinculação ao parecer, que se sobrepõe à Lei 8.884/94 (art. 50). 6. O Sistema Financeiro Nacional não pode subordinar-se a dois organismos regulatórios. 7. Recurso especial provido.

³³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 664.189 DF**. Relator: Min. Dias Toffoli. Dj: 09 jun. 2014. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 07 nov. 2020. CADE e Banco BCN e outros. Decisão monocrática: Ante o exposto e acolhendo as ponderações ministeriais que são utilizadas também como razões de decidir (fls. 959/961), nos termos do artigo 21, inciso IX, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, julgo prejudicado o recurso extraordinário interposto pelo Banco de Crédito Nacional S/A e outro e, nos termos do artigo 557, caput, do Código de Processo Civil, nego seguimento ao recurso extraordinário interposto pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE.

³³² Idem. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 664.189 DF**. Relator: Min. Celso de Mello. Dj: 19 mar. 2018. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 07 nov. 2020. Despacho: Os órgãos de imprensa têm veiculado noticiário sobre a formulação de “memorando de entendimento” destinado a viabilizar a atuação conjunta do CADE e do BACEN, em tema de defesa da concorrência e em processos de fusão e aquisição no âmbito do sistema financeiro nacional. Desse modo, manifestem-se ambas as autarquias sobre o seu alegado propósito de pôr termo ao conflito existente.

³³³ MEMORANDO DE ENTENDIMENTOS. Relativo aos procedimentos de cooperação na análise de atos de concentração econômica no Sistema Financeiro Nacional. **CADE/BACEN**. 2018. Disponível em: <www.cade.gov.br>. Acesso em: 07 nov. 2020.

poder político e o poder econômico, as MPEs são engolidas pelas influências e, sem voz ativa, são explicitamente prejudicadas e ficam à mercê de todo o sistema.

O modelo de cooperação entre autoridade da concorrência e a agência reguladora do sistema financeiro, de acordo com experiências internacionais, aparenta ser o mais eficiente. Entretanto, a dificuldade recai no ponto de equilíbrio entre a regulação prudencial e sistêmica do setor financeiro com vistas a preservar a sua higidez e a regulação concorrencial, na prevenção e repressão de atos lesivos à concorrência, como o abuso do poder econômico. Ou seja, para que se instale a estabilidade do mercado bancário, é necessário que haja concorrência visando à saúde do sistema financeiro.³³⁴

É importante destacar que a Ordem Econômica Constitucional é o conjunto de normas ou instituições jurídicas que realizam a determinação legal no sentido concreto, regulando os limites da atuação do Estado.³³⁵ A ordem jurídica do mercado está fundada em três pilares: no Direito da Concorrência, no Direito Regulatório e no Direito do Consumidor. O Direito do Consumidor é fiscalizado por vários órgãos distribuídos no território nacional e tem no Judiciário a maior parte das resoluções de conflito. O Direito Regulatório é organizado em áreas especializadas e mercados muito específicos. Regula com direção política e toma decisões vinculadas a outras decisões. Já o Direito Econômico é composto por normas jurídicas que regulam a produção e circulação de produtos e serviços, com vistas ao desenvolvimento econômico regional e nacional.

Nesse cenário, há uma visível dificuldade do Estado em regular a economia pela complexidade envolvida nos diferentes setores econômicos e em função da pluralidade de fontes materiais de direito. Com isso, em vários momentos, o Estado tem negociado com forças econômicas transnacionais, que condicionam seus investimentos às regras particulares de solução de conflitos. É perceptível o claro enfraquecimento da força estatal, que fica sujeito à criação de normas privadas predadoras, afetando setores sociais sensíveis, como o que acomete às MPEs.

³³⁴ FERNANDES, Micaela B. B. **Cade e Bacen: do conflito de competência à atuação conjunta no mercado financeiro**. Jota – Opinião e Análise. Publicado em: 21.11.2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/cade-e-bacen-do-conflito-de-competencia-a-atuacao-conjunta-no-mercado-financeiro-21112018#_ftn4>. Acesso em: 07 nov. 2020.

³³⁵ BATISTA, Vanessa Oliveira. Os princípios constitucionais e a microempresa na ordem econômica brasileira. **Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC**, n. 27, p. 317 a 326, 2007.

Desse modo, é possível vislumbrar que, de um lado encontram-se as MPEs e sua função social e econômica, de outro, os bancos, igualmente com suas respectivas funções, mas agindo frequentemente no abuso do poder econômico³³⁶ em prol do aumento arbitrário dos lucros³³⁷. Cabe lembrar que esses se utilizam da assimetria de informação, na medida em que não fornecem às empresas as informações necessárias para fazerem as melhores escolhas, comprometendo significativamente a eficiência econômica do mercado que ambos se encontram.

Assim, é necessário que os princípios constitucionais prevaleçam e não sejam negociados, podendo custar até a democracia brasileira. Os princípios dirigem todas as normas e essas conduzem à interpretação da Constituição. As MPEs são a mola propulsora do desenvolvimento econômico do Brasil e, por isso, é imperioso que seja criado um ambiente adequado para a proliferação e conservação desses negócios. As políticas de crédito, de tributos, de empreendedorismo, entre vários outros tipos de incentivo, devem ser permanentes e uniformes, a fim de que essas atividades não sejam reféns do abuso de poder de grandes companhias, como ocorre no processo de concessão de crédito pelas instituições financeiras.

Ademais, a conjugação de todas as vertentes indica que o Poder Público na intervenção direta do Estado no domínio econômico, por meio de sua atividade regulatória, tem o dever de tutelar às MPEs, devendo fazer valer o seu poder discricionário para que se cumpram os mandamentos constitucionais. Sobretudo, políticas de incentivo, implementando o tratamento diferenciado e reprimindo ou coibindo qualquer forma de abuso de poder, sendo essa a medida mais eficiente para que os pequenos negócios sejam preservados e cumpram a sua função social e econômica.

³³⁶ O artigo 173, § 4º, da Constituição Federal, destaca que deverão ser reprimidas as práticas consistentes em **abuso de poder econômico**, que objetivem (i) domínio dos mercados, (ii) eliminação da concorrência e, (iii) **aumento arbitrário de lucros**.

³³⁷ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Lei de Defesa da Concorrência, Origem Histórica e Base Constitucional. **Arquivos do Ministério da Justiça**, Brasília, v. 45, n.180, 1992, p. 183. “Existe **aumento arbitrário de lucros** sempre que a busca e obtenção do lucro e acumulação de capital se verifique de forma astuciosa, desproporcional em relação aos custos do investimento”.

CONCLUSÃO

Dado o exposto, é possível constatar que os contratos bancários possuem características e regramento especial. Diferenciam-se das demais modalidades por terem contornos econômicos próprios. São regidos por um mercado de capitais que dita as próprias normas e se esforça arduamente para que elas sejam recepcionadas pelo Estado. A busca pelo lucro a qualquer custo transpõe a relação *inter partes* para um macro ambiente no qual valores e princípios constitucionais são mitigados, causando impactos econômicos em todos os setores da sociedade.

Sob essa realidade, as relações de crédito para fomento das atividades empresariais das MPEs são intermediadas por cláusulas abusivas, nas quais estão embutidos custos e riscos em um contrato de adesão no qual as condições não são negociáveis, limitando a autonomia da vontade do tomador. Percebe-se que o contrato de adesão é o instrumento mais fértil para a inclusão de disposições que beneficiem desmedidamente o ofertante que o elabora, uma vez que este é dotado de capacidade técnica e informação privilegiada. Assim, impõe regras e condutas que remetem o consumidor bancário a um estado pleno de vulnerabilidade, tendo em vista a sua racionalidade limitada.

Verifica-se que essa prática reflete a postura dominante dos bancos revestida de uma conduta racional, que utiliza da assimetria de informação, sob um ponto de vista da rentabilidade, desdobrando-se para uma vertente do desequilíbrio. Entretanto, esse modelo não se coaduna com os comandos constitucionais que determinam o desenvolvimento equilibrado e privilegiam o interesse social.

No contexto geral, as MPEs desempenham papel relevante na criação e na descentralização da riqueza, tanto que foram prestigiadas com um Estatuto Nacional que dispõe sobre o tratamento diferenciado a ser dado a elas e se constitui como uma política pública do Estado na promoção do desenvolvimento socioeconômico. Por outro lado, o mercado de crédito as interpreta como atividades dotadas de fragilidade financeira, o que reduz o nível de confiabilidade pela opacidade informacional associada a uma aparente incapacidade de se autofinanciar. Por esse motivo, é imperioso que Estado implemente políticas de facilitação do acesso ao crédito, acompanhadas por diretrizes normativas com caráter educativo, direcionando o comportamento das MPEs para a administração consciente, ao mesmo tempo que levaria segurança para os ofertantes. Além disso, um mercado seguro reage com condições menos rígidas, tendo como efeito a redução do custo do capital.

Nesse contexto, destaca-se que o Sebrae tem contribuído significativamente na capacitação e no aumento da competitividade das micro e pequenas empresas, de modo que deve ser enaltecido como uma instituição fundamental no fortalecimento e na educação das MPEs, visto que desenvolve programas com diretrizes para a redução da informalidade. Observa-se, ainda, que a instituição contribui com idealização de políticas financeiras que visam à perpetuidade das empresas, tendo como destaque a instrução acerca do crédito sustentável, reduzindo consideravelmente o risco de inadimplência.

Em que pese todo o esforço empregado para o aumento da credibilidade das MPEs, o crédito a custo baixo ainda é escasso e são poucas as empresas que conseguem acessar as boas linhas fornecidas pelo BNDES, principalmente, pela discricionariedade atribuída aos bancos intermediadores, que têm como primazia a lucratividade com menos riscos, em contraposição às premissas estabelecidas para a criação dessas linhas. Nesse sentido, para a concretização dos objetivos, é imprescindível que o Estado desenvolva políticas de fiscalização para que seja disponibilizado ostensivamente o acesso a todas atividades que necessitam de capital. E, ainda, é preciso haver o desenvolvimento de sistemas que forneçam informações complementares, qualitativas e eficazes, oportunizando o crédito às empresas que não possuem garantias.

Desta feita, regressando ao ponto crucial da vulnerabilidade das empresas frente às condições abusivas impostas pelos bancos nos instrumentos de crédito, percebeu-se que essas práticas contribuem, muitas vezes de forma isolada, para o superendividamento das empresas, no momento em que essas buscam a renegociação contratual para a manutenção do seu negócio. Todavia, o que se vê na prática é que as repactuações são as alternativas mais nocivas, visto que o valor do débito é sucessivamente multiplicado, colocando as MPEs em estado de inadimplência pleno, podendo levar à sua extinção. Da análise empírica dos contratos reais, inferiu-se que a abusividade ocorre de forma reiterada, mesmo depois das renegociações.

Diante desse cenário, as empresas recorrem ao Judiciário para que os contratos sejam readequados, tendo em vista as abusividades apresentadas, em discordância com as normas de ordem pública consolidadas na CF, no Código Civil e nas normas especiais do CDC. Constata-se que, nesses casos, o superendividamento é uma causa superveniente, proveniente do acúmulo de encargos pela busca de lucros exorbitantes e que causam o desequilíbrio contratual.

Contudo, as MPEs se deparam com uma jurisprudência instável e pautada predominantemente pelos interesses dos bancos, em prejuízo às funções sociais de suas atividades, impactando o desenvolvimento econômico do país. O principal obstáculo se refere à interpretação

sobre a vulnerabilidade das MPEs quanto à aplicação do CDC. O STJ referendou entendimento de que pessoa jurídica pode ser amparada pelo CDC apenas na hipótese de ser destinatária final, excetuando as empresas que buscam capital de giro para a implementação de suas atividades. Observa-se que o posicionamento do STJ converge com os interesses do sistema bancário, de modo que legitima os comportamentos abusivos com a elevação da impunidade.

Em outro ponto, de acordo com o CDC, é possível que os juízes reconheçam as abusividades de ofício, tendo essa norma influenciado milhares de ações revisionais bancárias com objetivo de ser reestabelecido o equilíbrio. Entretanto, o sistema bancário não poderia ficar inerte, tendo em vista as baixas nos índices de lucratividade. Por isso, liderou um movimento de reforma da jurisprudência, resultando na inconstitucional Súmula nº 381 do STJ, que, de forma específica, assevera que é vedado ao julgador conhecer de ofício as cláusulas abusivas dos contratos bancários. Infere-se dessa decisão a força de influência dos bancos na interpretação das normas jurídicas do país e como o poderio econômico direciona o Estado com vistas à manutenção da dependência econômica dos sujeitos hipossuficientes. Essa interpretação significou o retrocesso da justiça social, com a consolidação dos interesses econômicos sobre os mandamentos constitucionais destinados a proteger as causas sociais.

Pelo exposto, conclui-se que é necessário que o Estado intervenha submetendo o sistema bancário a regras que visem proteger toda a sociedade de uma falha que produz efeitos cíclicos, que afetam as empresas, mas também as próprias instituições financeiras. A intervenção do Poder Público nos mercados se justifica pela presença de concentração bancária para que sejam corrigidas as falhas de mercado e seja maximizada a eficiência econômica com a defesa do interesse público. Nesse passo, é necessário que o crédito seja democratizado, com a criação de linhas específicas para setores específicos que não são devidamente atendidos, como as MPEs.

Assim, fica evidenciada a necessidade de consolidação de valores constitucionais e da mudança de direcionamento do atual setor bancário e financeiro do Brasil. Sobretudo, pelo fato de os bancos serem potenciais protagonistas do progresso, de modo que a condução de suas atividades com prudência é capaz de reduzir as incertezas mercadológicas e a consequente diminuição das desigualdades econômicas. Ademais, a repressão ao abuso do poder econômico é fundamental para que os preceitos constitucionais sejam sobrepostos na prevalência dos interesses sociais rumo ao desenvolvimento econômico.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, Nelson. **Direito bancário**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

ÁGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. Os contratos bancários e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. **Informativo jurídico da biblioteca Ministro Oscar Saraiva**, v. 15, n.1, p. 1-148, jan. jun. 2003.

_____. **Os juros na perspectiva do Código Civil. Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002: convergências e assimetrias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

ALBERTO FILHO, Reinaldo P. **Da Perícia ao Perito**. 4 ed. rev. e atual. Niterói/RJ: Impetus, 2015.

ANDRIGHI, Fátima Nancy. O Código de Defesa do Consumidor pela Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: alguns apontamentos. In: **20 anos do Código de defesa do consumidor: estudos em homenagem ao professor José Geraldo Brito Filomeno**. São Paulo: Atlas, 2010.

AOKI, Vanessa C. G, BADALOTTI, Rosana. Dificuldades e perspectivas no acesso de micro e pequenas empresas a linhas de crédito públicas: o caso de Chapecó. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, set./out. 2014.

ARAGÃO, Alexandre S. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

ARIDA, Pérsio. A pesquisa em direito e em economia: em torno da historicidade da norma. **Revista Direito GV**, nº 1, vol. 1. São Paulo: FGV, 2005.

ASSAF NETO, Alexandre. **Mercado Financeiro**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

BACELAR, Lúcia Souza. Simples Nacional: Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos. **RVMD – Revista do curso de mestrado em Direito**, Brasília, v.6, nº 2, p. 377-411, Jul-Dez, 2012.

BAGNOLI, Vicente. **Direito Econômico**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. Departamento de Relacionamento com Investidores e Estudos Especiais (GERIN). **Juros e spread bancário**, Brasília, 2016, p. 10. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/content/cidadaniafinanceira/Documents/publicacoes/serie_pmf/FAQ%2001-Juros%20e%20Spread%20Banc%C3%A1rio.pdf>. Acesso em: 21 set. 2020.

_____. **Resolução nº 2682, de 21 de dezembro de 1999**. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br>>. Acesso em: 21 jul. 2020.

_____. **Resolução nº 3.919 de 25 de novembro de 2010**. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/res/2010/pdf/res_3919_v4_P.pdf>. Acesso em: 15 set. 2020.

_____. **Lei nº 4.595 de 31 de dezembro de 1964**. Disponível em: <<https://www.bcb.gov.br/pre/leisedecretos/Port/lei4595.pdf>>. Acesso em: 21 jul. 2020.

_____. **Resolução nº 3.518 de 6 de dezembro de 2007**. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/48002/Res_3518_v4_P.pdf>. Acesso em: 15 set. 2020.

_____. **Estatísticas de Taxa de Juros**. Disponível em: <www.bcb.gov.br/estatisticas>. Acesso em: 19 set. 2020.

_____. **Plano contábil das instituições do sistema financeiro nacional – COSIF**. Disponível em: <www.bcb.gov.br>. Acesso em: 20 out. 2020.

BANCO DO NORDESTE. **BNB e SEBRAE assinam acordo que beneficia micro e pequenas empresas, com aval do Ministério da Economia**. Disponível em: <https://www.bnb.gov.br/noticias/-/asset_publisher/x8xtPijhdmFZ/content/bnb-e-sebrae-assinam-acordo-que-beneficia-micro-e-pequenas-empresas-com-aval-do-ministerio-da-economia/50120?inheritRedirect=true>. Acesso em: 10 fev. 2020.

BATISTA, Vanessa Oliveira. Os princípios constitucionais e a microempresa na ordem econômica brasileira. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**, Fortaleza, v.27, 2007.

BATISTA, Neimar. AMORIM, Ana Rosa T. A vulnerabilidade no direito privado: Do conceito às aplicações. **Revista Tuiuti: Ciência e Cultura**, dossiê FACJUR, n. 57, c.5. Curitiba, 2018.

BENJAMIM, Antônio Herman V; BESSA, Leonardo Rocco; MARQUES, Claudia Lima. **Manual de direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Manual de direito do consumidor à luz da jurisprudência do STJ**. Salvador: Edições Juspodivm, 2009.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**. Disponível em: <www.planalto.gov.br> Acesso em: 20 fev. 2020.

_____. Código Civil. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 09 nov. 2020.

_____. **Decreto nº 6.306, de 14 de dezembro de 2007**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/D6306compilado.htm>. Acesso em: 24 set. 2020.

_____. **Decreto nº 22.626, de 07 de abril de 1933**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D22626.htm>. Acesso em: 09 nov. 2020.

_____. **Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14595.htm>. Acesso em: 09 nov. 2020.

_____. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm>. Acesso em: 09 nov. 2020.

_____. **Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 (Consolidação das Leis do Trabalho)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 13 fev. 2020.

_____. **Lei Complementar nº 105, de 10 janeiro de 2001**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp105.htm>. Acesso em: 09 nov. 2020.

_____. **Lei Complementar n. 123, de 14 de dezembro de 2006**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp123.htm>. Acesso em: 07 dez. 2018.

_____. **Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L1060compilada.htm>. Acesso em: 09 nov. 2020.

_____. **Lei nº 6.899 de 1981.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6899.htm>. Acesso em: 12 fev. 2020.

_____. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm>. Acesso em: 12 fev. 2020.

_____. **Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9317.htm> Acesso em: 29 jan. 2020.

_____. **Lei nº 9.841, de 5 de outubro de 1999.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9841.htm> Acesso em: 29 jan. 2020.

_____. **Lei nº 10.931, de 2 de agosto de 2004.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/110.931.htm>. Acesso em: 09 nov. 2020.

_____. **Lei nº 12.153, de 22 de dezembro de 2009.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112153.htm>. Acesso em: 13 fev. 2020.

_____. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm#art127>. Acesso em: 17 set. 2020.

_____. **Lei nº 13.467 de 2017.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm>. Acesso em: 13 fev. 2020.

_____. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 08 nov. 2020.

_____. **Lei nº 13.784, de 20 de setembro de 2019.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13874.htm>. Acesso em: 25 jan. 2020.

_____. **Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em: 13 fev. 2020.

_____. **Lei Complementar nº 155, de 27 de outubro de 2016.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp155.htm>. Acesso em: 17 fev. 2020.

_____. **Lei Complementar nº 147, de 07 de agosto de 2014.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp147.htm#art16>. Acesso em: 18 fev. 2020.

_____. Senado Federal. **Projeto de Lei Complementar nº 137, de 2019, que dispõe sobre a cédula de crédito microempresarial.** Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7956147&ts=1568136604973&disposition=inline>>. Acesso em: 18 fev. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão em Recurso Especial nº 1270174 – RS.** (2011/0184925-9). Banco Volkswagen S/A e Uldemary Sosa Blota. Relatora: Ministra Maria Isabel Galloti. DJe: 05 nov. 2012. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 15 set. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão de AgRg no Recurso Especial nº 687.239 – RJ** (2004/0084577-7). Banco do Brasil S/A e CJF de Vigilância LTDA. Relato: Ministra Nancy de Andrighi. DJe: 02 mai. 2006. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 28 set. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão em Recurso Especial nº 541.867-BA (2003/0066879-3).** American Express do Brasil S/A Turismo e Central das Tintas LTDA. Relator: Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. Segunda Seção. DJ 10 nov. 2004. DJe: 16 mai. 2005. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 28 out. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.578.553 – SP (2016/0011277-6).** Adailton Vicente da Silva e Banco Bradesco Financiamentos S.A. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. DJe: 06 dez. 2018. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 16 set. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Jurisprudência em teses.** n. 48, dez., 2015. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/internet_docs/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprudência%20em%20teses%2048%20-%20Bancário.pdf](http://www.stj.jus.br/internet_docs/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprudencia%20em%20teses%2048%20-%20Bancário.pdf)> Acesso em: 14 jun. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no **RESP 988878/RS, Agravo Regimental no Recurso Especial 2007/0223893-2,** Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, Órgão Julgador Terceira Turma, Data do Julgamento 14/11/2007, Data de Publicação/Fonte DJ 28.11.2007.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Revista Eletrônica do STJ**. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2017_43_capSumulas481-485.pdf>. Acesso em: 13 fev. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão em Recurso Especial nº 1.251.331 – RS**. Aymoré Crédito e Financiamento e Investimento S/A e Enéas da Silva Amaral. Relatora: Ministra Maria Isabel Galloti. DJe: 24 out. 2013, Tema 618. Disponível em: < www.stj.jus.br>. Acesso em: 16 set. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão em Recurso Especial nº 1013562-SC (2007/02898490)**. Relator: Ministro Castro Meira. DJ 05 nov. 2008. DJe: 05 nov. 2008. Disponível em: < www.stj.jus.br>. Acesso em: 29 out. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmulas 30 e 296 do STJ**. Disponível em: < http://www.stj.jus.br/docs_internet/SumulasSTJ.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão em Recurso Especial nº 1.058.114 – RS**. (2008/0104144-5). Banco Volkswagen S/A e Luciane Gonçalves da Costa. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. DJe: 16 nov. 2010. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=874640&num_registro=200801041445&data=20101116&formato=PDF >. Acesso em: 26 ago. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão em Recurso Especial nº 1.061.530 – RS** (2008/0119992-4). Unibanco União de Bancos Brasileiros S/A e Rosemari dos Santos Sanches. Relatora: Ministra Nancy de Andrighi. DJe: 10 mar. 2009. Disponível em: < www.stj.jus.br>. Acesso em: 18 set. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão em Recurso Especial nº 1.639.320 – SP**. Danilo Calhado Rodrigues e outros e Banco Itau BBA S.A. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. DJe: 17 dez. 2018, Tema 972. Disponível em: < www.stj.jus.br>. Acesso em: 17 set. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **RESP nº 1.094.218-DF (2008/0173677-1)** Banco de Crédito Nacional S/A e outro e Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. Relatora: Ministra Eliana Calmon. S1 – Primeira Seção DJ 25 ago. 2010. DJe: 12 abr. 2011. Disponível em: < www.stj.jus.br>. Acesso em: 07 nov. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI 2591 DF**, Relator (a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno. Confederação Nacional do Sistema Financeiro - CONSIF e Presidente da República/Congresso Nacional, j. 07.jun. 2006. DJe: 29 set. 2006. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266855>>. Acesso em: 21 set. 2020.

_____. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 664.189 DF**. Relator: Min. Celso de Mello. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 07 nov. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 664.189 DF**. Relator: Min. Dias Toffoli. CADE e Banco BCN e outros. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 07 nov. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **AI 670710/RS**. Relatora: Min. Carmen Lúcia. J. 21 fev. de 2008. DJe. 18 mar. 2008. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho95462/false>>. Acesso em: 24 set. 2020.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. **Acórdão n. 912304, 20150610075763APC**. Raimundo Nonato Soares Lima e HSBC BANK BRASIL S/A – Banco Múltiplo, Losango Promocoos e Vendas LTDA. Relatora: Ana Cantarino, Revisor: Flavio Rostirola, 3ª Turma Cível, DJE 28 jan. 2016. Disponível em: <www.tjdft.jus.br>. Acesso em: 17 set. 2020.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. **Apelação Cível nº 0000615-25. 2017.8.07.0001**, Relator: Desembargador Getúlio Moraes Oliveira. Mega Forte Atacadista da Construção Eireli-ME e Banco do Brasil. Data de Julgamento: 06 nov. 2019, 7ª Turma Cível, DJe 26/11/2019. Disponível em: <www.tjdft.jus.br>. Acesso em: 31 out. 2020.

_____. Tribunal de Justiça do Piauí. **Acórdão em Apelação Cível nº 2015.0001.009870-2**. Relator Des. Hilo de Almeida Sousa. 3ª Câmara Especializada Cível. DJe: 15 fev. 2017. Disponível em: <www.tjpi.jus.br>. Acesso em: 25 set. 2020.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul – **AI 70051625861 RS**, Relator: Roberto Sbravati, Data de julgamento: 22/10/2012, Décima Quarta Câmara Cível, Data de publicação: Diário da Justiça do dia 23/10/2012.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Décima Oitava Câmara Cível, **Agravo de Instrumento No 70005175666**, Relator: Cláudio Augusto Rosa Lopes Nunes, Julgado em 07/08/2003.

BOTTESI, Claudine. C. L. **Lei Complementar 147/14: o fortalecimento do tratamento diferenciado dispensado às microempresas e às empresas de pequeno porte nas compras públicas, 2015**. Disponível em: <http://www4.tce.sp.gov.br/sites/default/files/20150708_-_artigo-claudine_-leicomplementar147-14.pdf>. Acesso em: 19 fev. 2020.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2013.

CADE. Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência. **Resolução nº 20/1999**. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/resolucao/resolucao-no-20-de-9-de-junho-de-1999.pdf/view>>. Acesso em: 07 nov. 2020.

CARLOS, Cristiano. Avança no Senado projeto que obriga governo a quitar dívidas com micro e pequenas empresas. **Agência do Rádio Mais**, Brasília, 11 de junho de 2019. Disponível em: <<https://www.agenciadoradio.com.br/noticias/avanca-no-senado-projeto-que-obriga-governo-a-quitar-dividas-com-micro-e-pequenas-empresas-pind191291>>. Acesso em: 18 fev. 2020.

CARLINI, Angélica; SARAIVA NETO, Pery. **Aspectos jurídicos dos contratos de seguros**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Por Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.

CASTANHO DE CARVALHO, Adriana T. C. S. A fixação de juros remuneratórios pelas instituições financeiras e os preceitos constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência. **Série Aperfeiçoamento de Magistrados 5 – Curso “Juros” - Aspectos Econômicos e Jurídicos**. Rio de Janeiro: EMERJ, 2012.

CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli; LIMA, Clarissa Costa de; A força do microssistema do CDC: tempos de superendividamento e de compartilhar responsabilidades. In: CAVALLAZZI, Rosângela Luanrdelli; LIMA, Clarissa Costa de; MARQUES, Claudia Lima (Orgs.). **Direito do consumidor endividado II: vulnerabilidade e inclusão**. São Paulo: Editora RT, 2016.

CAVALLI, Cássio. Plano de recuperação. In: **Tratado de direito comercial: falência e recuperação de empresas**. v. 7. São Paulo: Saraiva, 2015.

CHIEZA, Rosa Angela, ORTIZ, Julia. **A importância do crédito na visão Shumpeteriana e a experiência gaúcha na busca de alternativas à ampliação do acesso ao crédito para empresas de menor porte**. Disponível em: <<https://www.fee.rs.gov.br/3eeg/Artigos/m09t03.pdf>> Acesso em: 07 dez. 2018.
COASE, Ronald H. **A Firma, o Mercado e o Direito**. São Paulo: Editora Forense, 2016.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. v. 3, 10. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

COMPARATO, Fábio Konder. **Direito empresarial: estudos e pareceres**. São Paulo: Saraiva, 1995.

CONSELHO FEDERAL DE ADMINISTRAÇÃO. Âncoras da economia. **Revista Brasileira de Administração - RBA**, ano 28, n. 130, p. 34-45, mai/jun. 2019.

CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL. Resolução nº 2.197, de 31 de agosto de 1995. Disponível em: <<http://www.fgc.org.br>>. Acesso em: jul. 2020.

CONSELHO NACIONAL DA INDÚSTRIA (CNI). **FGO e FGI – Fundos garantidores de risco de crédito (Como as micro e pequenas empresas podem se beneficiar)**. Brasília, Núcleo de Acesso ao Crédito (NAC), 2020. Disponível em: <<http://www.portadaindustria.com.br>>. Acesso em: 2 jul. 2020.

COOTER, Robert, ULLEN, Thomas, tradução Luis Marcos Sander, Francisco Araújo da Costa. **Direito & economia**. 5a. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

COSTA, Geraldo Faria Martins da. Superendividamento: solidariedade e boa-fé. **In Direitos do Consumidor Endividado: superendividamento e crédito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul-set 2002.

COSTA, Pablo Henrique Hubner de Lanna; SILVA, Filipe Augusto. Crises econômico-financeiras nas microempresas e empresas de pequeno porte: uma análise jurídica. **Revista de Direito Privado**. v. 76, p. 172, abr. 2017.

COVELLO, Sérgio Carlos. **Contratos bancários**. 4.ed. São Paulo: Universitária de Direito, 2001.

COVAS, Silvânio. Contratos bancários. **Revista Brasileira de Direito Comparado**. n. 18, p. 163-170, jan. 2000.

CUÉLLAR, Leila. **Estudos de direito econômico**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

COSTA, Alan P. N. LEANDRO, Luiz Alberto L. O atual cenário das micro e pequenas empresas no Brasil. In: XIII SIMPÓSIO DE EXCELÊNCIA NA GESTÃO E TECNOLOGIA. 31 de out. e 01 de nov. **Anais XIII**, Faculdade Dom Bosco, Resende/RJ, 2016.

CUNHA, André. M; PRATES, Daniela. M; CARVALHO, Carlos E. O Sistema Nacional de Fomento: Formato Atual e Propostas de Reforma. **Análise Econômica**. Porto Alegre, ano 34, n. 65, p. 270, mar. 2016.

DAMASCENO, Danilo L., ARTES, Rinaldo., MINARDI, Andrea M. A. F. Determinação de rating de crédito de empresas brasileiras com a utilização de índices contábeis. **Revista de Administração**, São Paulo, v. 43, n. 4, p. 344-355 out./nov./dez. 2008.

DIEESE. Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos. Disponível em: <<https://www.dieese.org.br/materialinstitucional/quemSomos.html>>.

_____. **Desempenho dos bancos.** Disponível em: <<https://www.dieese.org.br/desempenhodosbancos/2018/desempenhoDosBancos1semestre2018.html>>. Acesso em: 10 dez. 2018.

DORNAS DE CARVALHO SILVA, Pedro Henrique. Tratamento diferenciado e favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte nas aquisições públicas e sua disciplina normativa. **Revista TCEMG – Comentando a jurisprudência**, abr. maio. Jun. 2013.

EFING, Antônio Carlos. **Contratos e procedimentos bancários à luz do Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. GIBRAN, Fernanda Mara. A comprovação da onerosidade excessiva nos contratos bancários: uma nova reflexão a partir da realidade brasileira. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 63, 2007.

ENNECCERUS, Ludwig. **Derecho de obligaciones**. Tratado de derecho civil de L Enneccerus, T. Kipp e M. Wolf. Undécima revisión por Heinrich Lehmann. Trad. Castelhana da 35. Ed. Alemã por Blas Pérez Gonzáles e José Alguer. Barcelona: Bosch, 1954.

ERLING, Marlos Lopes Godinho. **Regulação do sistema financeiro nacional: desafios e propostas de aprimoramento institucional**. São Paulo: Almedina, 2015.

ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – EMERJ. **Juros: aspectos econômicos e jurídicos**. Rio de Janeiro: EMERJ, 2012.

ETHOS – INSTITUTO ETHOS DE EMPRESAS E RESPONSABILIDADE SOCIAL; AKATU – INSTITUTO AKATU PELO CONSUMO CONSCIENTE. **Responsabilidade social das empresas: percepção do consumidor brasileiro – pesquisa 2010**. São Paulo: Ethos; Akatu, 2010. Disponível em: <http://www.akatu.org.br/Content/Akatu/Arquivos/file/10_12_13_RSEpesquisa2010_pdf.pdf>. Acesso em: 16 jan. 2018.

EVERTON JUNIOR, Antonio. **MPE: avanços importantes para as micro e pequenas empresas 2017-2018**. Rio de Janeiro: Confederação Nacional de Bens, Serviços e Turismo, 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **Direito dos contratos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FERNANDES, Micaela B. B. **Cade e Bacen: do conflito de competência à atuação conjunta no mercado financeiro**. Jota – Opinião e Análise. Publicado em: 21.11.2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/cade-e-bacen-do-conflito-de-competencia-atuacao-conjunta-no-mercado-financeiro-21112018#_ftn4>. Acesso em: 07 nov. 2020.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Lei de Defesa da Concorrência, Origem Histórica e Base Constitucional. **Arquivos do Ministério da Justiça**, Brasília, v. 45, n.180, 1992.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

FONAJE – Fórum Nacional de Juizados Especiais. Disponível em: <<https://www.amb.com.br/fonaje/?p=32>>. Acesso em: 13 fev. 2020.

FORGIONI, Paula A. **Teoria geral dos contratos empresariais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. Disponível em: <<https://institutodc.com.br/wp-content/uploads/2017/06/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf>>

FRANCO, Gustavo. BARROSO, Henrique de. Celebrando a Convergência. In **CATEB et al. Direito & Economia**. 2. ed. São Paulo: Livraria do Advogado, 2008.

FRANTZ, Laura Coradini. **Revisão dos contratos**. São Paulo: Saraiva, 2007.

FRAZÃO, Ana. **Função social da empresa – repercussões sobre a responsabilidade civil de controladores e administrados de S/As**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

FREITAS, Thiago. **Cédula de crédito microempresarial: o título de crédito esquecido?** Empório do Direito: out. 2016. Disponível em: <<https://emporiiododireito.com.br/leitura/cedula-de-credito-microempresarial-o-titulo-de-credito-esquecido>>. Acesso em: 18 fev. 2020.

FUCHSLOCH, Andrea Varela R. Uma visão sobre o Sistema Nacional de Fomento e a participação do BNDES. **Sistema Nacional de Fomento, financiando o desenvolvimento. Coletânea de Trabalhos.** ABDE.

FUNDO GARANTIDOR DE CRÉDITOS. Disponível em: <<http://www.fgc.org.br>>. Acesso em: 21 jul. 2020.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: contratos em espécie.** 9. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

GANDRA S.M. Ives. **Direito constitucional interpretado.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

GICO JR. Ivo. **Introdução ao Direito e Economia.** In Direito e economia no Brasil: estudos sobre a análise econômica do direito; organizado por Luciano Benetti Timm. 3.ed. Indaiatuba, SP: Foco, 2019.

GOMES, Orlando. **Contratos.** 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 323-337.

_____. **Contratos.** 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 112.

_____. atualizadores Edvaldo Brito; Reginalda Paranhos de Brito. **Contratos.** 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 328

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988.** São Paulo: Malheiros, 2012.

HALL, Joshua C. e SOBEL, Russell S. Public Policy and Entrepreneurship. The Center for Applied Economics. **Technical Report 06-0717.** The University of Kansas: jul, 2006.

INTERNATIONAL FINANCE CORPORATION. **Micro, Small, and Medium Enterprises: A Collection of Published.** The USA: 2007. Disponível em: <www.ifc.org>. Acesso em: 20 jan. 2020.

JANTALIA, Fabiano. **Juros bancários.** São Paulo: Atlas, 2012.

JARLETTI, Andressa. **Defesa judicial do consumidor bancário.** 2014. 80/81 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014.

_____. Critérios obrigatórios para validar a capitalização de juros em contratos bancários. **Cadernos jurídicos.** n. 82, Curitiba: OAB Paraná, 2018.

JUSTEN FILHO, Marçal. **O Estatuto da Microempresa e as licitações públicas.** São Paulo: Dialética, 2007.

_____. Marçal. **Curso de direito administrativo.** 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

KAUFMAN, George. Bank failures, systemic risk, and bank regulation. **Cato Journal,** v. 16, n. 1, 1996.

KINDLEBERGER, Charles Poor. **Desenvolvimento econômico.** São Paulo: MC Granwhill do Brasil, 1976.

KOROBKIN, Rusell. Pesquisa empírica em direito contratual: possibilidades e problemas. **Revista de Estudos Empíricos em Direito.** vol. 2, n. 1, jan. 2015.

LAGES, Leandro Cardoso. **Superendividamento empresarial.** 2017. Tese (Doutorado em Direito) – PUC – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2017.

LASTRA, Rosa Maria. **Banco Central e regulamentação bancária.** Trad. Dan Markus Kraft. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

LAVAL SILVA, Cláudio Henrique. **Avanços e limites da lei geral da micro e da pequena empresa (LC 123/2006) – 2006 a 2013.** Dissertação (Mestrado em Desenvolvimento e Planejamento Territorial – PUC, Goiânia, 2014.

LIMA, Sthéfanni Machado de. Vulnerabilidade e hipossuficiência na sistemática do Código de Defesa do Consumidor. Belo Horizonte: **Revista do CAAP**, n. 2, V. XVII.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual elementar de direito civil**. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v.2. p. 293-295.

LORGA, Marco Antonio. Direito Empresarial e desenvolvimento social: políticas públicas para micro e pequenas empresas. **Revista Jurídica Unicuritiba**, Curitiba, v. 2, n. 29, p. 212-227, jan. 2012.

LÜERSEN, Eduardo Camera; SILVA, Josnei De Oliveira Da. Acessibilidade à justiça por meio da lei 9.099/95 para as pessoas jurídicas de direito privado. *In*: 6º Simpósio de Sustentabilidade e Contemporaneidade nas Ciências Sociais – 2018, Cascável-PR. **Anais do Simpósio Sustentabilidade e Contemporaneidade nas Ciências Sociais**, 2018.

MACHADO, Wilson Pantoja. **Superendividamento: a responsabilidade pré-contratual do credor**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

MACKAAY, Ejan, ROSSEAU, Stéphane, tradução Rachel Sztajn. **Análise econômica do direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MALLOY, Robin Paul. **Law and Market Economy: Reinterpreting the Values of Law and Economics**. 1. ed. Cambridge UK: Cambridge University Press, 2000.

MAMEDE, Gladston. Microatividades e pequenas atividades econômicas beneficiárias da lei complementar n. 123/2006: o artigo 3º do Estatuto Nacional da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte. **Opinião Jurídica**, Fortaleza, ano IV, n. 8, p. 103, jul/dez. 2006.

MANDELBAUM, Renata. **Contratos de adesão e contratos de consumo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

MARCOS LIMA, Emanuel; DE MORAIS LIMA, Jessica. O tratamento diferenciado dispensado às micro e pequenas empresas pela Constituição Federal do Brasil. **Interciência**, Caracas, vol. 41, núm. 1, 2016. Disponível em: < <https://www.interciencia.net/wp-content/uploads/2017/10/23-LIMA-41-1.pdf> >. Acesso em: 25 jan. 2020.

MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto Corte de precedentes: recompreensão do sistema processual da Corte Suprema**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARINS DE SOUZA, James j. Proteção contratual do CDC a contratos interempresariais, inclusive bancários. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 18, p. 94-104, abr./jun. 1996.

MARQUES, Claudia Lima. **Boa-fé nos serviços bancários, financeiros, de crédito e securitários e o Código de Defesa do Consumidor: informação, cooperação e renegociação**. Texto original e formado por extratos da 4ª edição do livro Contratos no Código de Defesa do Consumidor, RT, São Paulo, 2002.

_____. **Sugestões para uma lei sobre o tratamento do superendividamento de pessoa físicas em contratos de crédito ao consumo: proposições com base em pesquisa empírica de 100 casos no Rio Grande do Sul**. In Direitos do Consumidor Endividado: superendividamento e crédito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais** 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARTINELLI, Dante Pinheiro. **As Políticas Públicas de Apoio às Micro, Pequenas e Médias Empresas (MPME): o caso de um município no interior de São Paulo**. Disponível em: < http://issbrasil.usp.br/artigos/gso_8.pdf >. Acesso em: 06 fev. 2020.

MELLO, Márcio. **Proteção do consumidor de crédito bancário e financeiro**. 2. ed. rev. ampl, e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MELLO, Maria Tereza Leopardi. Direito e economia em Weber. **Revista Direito GV**, v. 2, n.2, p. 45-66, Jul-Dez/2006.

MEMORANDO DE ENTENDIMENTOS. Relativo aos procedimentos de cooperação na análise de atos de concentração econômica no Sistema Financeiro Nacional. **CADE/BACEN**. 2018. Disponível em: <www.cade.gov.br>. Acesso em: 07 nov. 2020.

MENDONÇA, Saulo Bichara; DUARTE, Márcia Michele Garcia. Acesso à justiça: instrumentalização em reconhecimento às especificidades das microempresas e empresas de pequeno porte. **Revista Jurídica Cesumar-Mestrado**, v. 17, n. 1, p. 81-106, 2017.

MIRAGEM, Bruno. Comissão de permanência e contrato bancário: comentários à nova Súmula 472/STJ. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 83, p. 311-328, jul-set/2012.

_____. Nulidade das cláusulas abusivas nos contratos de consumo: entre o passado e o futuro do direito do consumidor brasileiro. **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 72, p. 46-76, Out-Dez/2009.

MONTORO FILHO, André Franco. **Direito e economia**. São Paulo: Saraiva, 2008.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueredo. **Direito regulatório**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

NASSER, Paulo Magalhães. **Onerosidade excessiva no contrato civil**. São Paulo: Saraiva, 2011.

NEVES, Iedo Batista. **Vocabulário enciclopédico de tecnologia jurídica e de brocardos latinos**. v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

NOHARA, Irene Patrícia. Do acesso aos mercados. In: MAMEDE, Gladston. **Comentários ao Estatuto Nacional da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte**. São Paulo: Atlas, 2007.

NONES, Nelson. Sobre o princípio da preservação da empresa. **Revista Jurídica – CCJ/FURB**, v. 12, nº 23, p. 114-129, jan./jun. 2008.

NORTH, Douglas. Institutions and Economic Theory. **American Economist**, Vol. 36, 1992.

NOVAES, Alinne Arquette Leite. **A teoria contratual e o Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: RT, 2001

OLE, Lando. HUGH, Beale. **Principles of European Contract Law, Parts I and II, prepared by tge Comission on European Contract Law**, 2000, p. XXIII.

OLIVEIRA, Celso Marcelo de. **Manual de direito bancário**. São Paulo: IOB Thonsom, 2006. **Código de defesa do consumidor e os contratos bancários**. Campinas: LZN Editora, 2002.

_____. **Limite constitucional dos juros bancários: doutrina e jurisprudência**. Campinas: LZN Editora, 2001.

_____. **Código de defesa do consumidor e os contratos bancários**. Campinas: LZN Editora, 2002.

PEREIRA JUNIOR, Jessé T.; DOTTI, Marinês. R. **Políticas Públicas nas licitações e contratações administrativas**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

PEREIRA, Mariah R. ARDENGHI, Régis S. A flexibilização do *pacta sunt servanda* nos contratos bancários diante dos princípios focados no dirigismo contratual. **Revista da ESMESC**. V. 21, n. 27, p. 278-280, 2014.

PIMENTA, Eduardo Goulart. **Recuperação de empresas**. São Paulo: IOB, 2006.

_____. Direito e economia num mundo globalizado: cooperação ou confronto? **Texto para discussão nº 963**. Rio de Janeiro: IPEA, 2003. p. 23.

PETTER, Lafayette Josué. **Direito econômico**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013.

PINHEIRO, Armando Castelar. Direito e economia num mundo globalizado: cooperação ou confronto? **Texto para discussão nº 963**. Rio de Janeiro: IPEA, 2003. p. 23.

_____. SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

PORTO, Antonio José Maristello; GONÇALVES, Antonio Porto; SAMPAIO, Patricia Regina Pinheiro. **Regulação financeira para advogados**. Rio de Janeiro: Elsevier: FGV, 2012.

PRAZERES FILHO, Luiz Alberto. Análise da lei do estatuto nacional da microempresa e da empresa de pequeno porte à luz da análise econômica do direito. **Direito UNIFACS – Revista Eletrônica mensal**, Salvador, n. 151, 2013. Disponível em: < <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/2448/1795> > . Acesso em: 22 jan. 2020.

RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert; SILVA, Rutelly Marques da. **Aspectos econômicos e jurídicos sobre cartéis na revenda de combustíveis: uma agenda para investigações**. SEAE/ MF. Documento de Trabalho nº 40, dez, 2006.

RALIO, Vanessa. R.Z.; DONADONE, Julio César. Estudo sobre o histórico de atuação do Sebrae na consultoria para micro e pequenas empresas brasileiras. **GEPROS. Gestão da Produção, Operações e Sistemas**, Bauru, Ano 10, nº 2, p. 33-47, abr-jun/2015.

RAMOS, Tony Luiz. Plano especial de recuperação das micros e pequenas empresas. São Paulo: Iglu, 2006, p. 9; Pinheiro, Hélia Marcia Gomes. A recuperação da microempresa e das empresas de pequeno porte. In: Santos, Paulo Penalva (Coord.). **A nova lei de falências e de recuperação de empresas: Lei 11.101/2005**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

Rêgo, Werson. O sistema financeiro nacional e os juros remuneratórios nas operações bancárias de crédito, à luz do sistema de proteção e defesa do consumidor. **Banco do conhecimento: artigos escritos por magistrados do TJRJ**. Rio de Janeiro, 2009. P. 1-23. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=bd2ad27a-fff2-4f21-9fe6-c27b684a0ce2&groupId=10136>. Acesso em: 21 set. 2020.

RENNER, Rafael. **Novo direito contratual: a tutela do equilíbrio contratual no código civil**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2007.

RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos de crédito bancário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

RODRIGUES, Mádson Ottoni. A concessão de crédito no Brasil e a interpretação dos contratos bancários pelo Superior Tribunal de Justiça. **Revista Direito e Liberdade**, Natal, v. 20, n. 1, p. 87-112, jan./abr. 2018. Quadrimestral.

RODRIGUES, Mauro Sérgio. **Processo civil do consumidor bancário**. Campinas: Millenium, 2011.

SALOMÃO NETO, Eduardo. **Direito bancário**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

SAMPAIO, Gustavo José Marrone de Castro. **Fundamentos da regulação bancária e a aplicação do princípio da subsidiariedade**. São Paulo: Almedina, 2015.

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

Schonblum, Paulo Maximilian W. Mendlowics. **Contratos bancários**. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

SCHWINGEL, Inês; RIZZA, Gabriel. Políticas públicas para a formalização das empresas: lei geral das micro e pequenas empresas e iniciativas para a desburocratização. **Mercado de Trabalho: conjuntura e análise**, Brasil, núm. 54, p. 50, fev. 2013.

SANTANA, Jair. **Novo estatuto da ME e EPP – Lei complementar nº 147 de 7 de agosto de 2014. Essencialidades e Orientações**. Belo Horizonte: R. Santana Consultoria, 2014.

SARFATI, Gilberto. Do public policies for entrepreneurship make a difference? Prospective Scenarios for Canada, Ireland, and Italy. **Futures Studies Research Journal: Trends and Strategies**, v.4, p. 116-119, 2012.

SARTO, Victor Hugo R. ALMEIDA, Luciana Togeiro de. A teoria dos custos de transação: uma análise a partir das críticas evolucionistas. **Revista Iniciativa Econômica**, v. 2. n.1, p. 1-25, Jan -jun, 2015.

SAUNDERS, Anthony. **Medindo o risco de crédito. Novas abordagens para value et risk**. 10. ed. Rio de Janeiro: QualityMark, 2002.

SCHLABITZ, Clarissa Jahns. **Custo de transação e o mercado de crédito brasileiro: uma análise sob a ótica da nova economia institucional**. 2008. 75/76 f. Dissertação (Mestrado em Economia) – Faculdade de Ciências Econômicas, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2008.

SCHREIBER, Anderson. **Equilíbrio contratual e dever de renegociar**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SCHWINGEL, Inês; RIZZA, Gabriel. Políticas públicas para a formalização das empresas: lei geral das micro e pequenas empresas e iniciativas para a desburocratização. **Mercado de Trabalho: conjuntura e análise**, Brasil, núm. 54, p. 50, fev. 2013 Disponível em: <<http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/3846?mode=full> >. Acesso em: 26 jan. 2020.

SEBRAE – SERVIÇO DE APOIO ÀS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS. **Boletim de Estudos e Pesquisas**. Brasília: UGE, n. 61, 2017.

_____. **Participação das Micro e Pequenas Empresas da Economia Brasileira**. Brasília: UGE, Julho, p.7, 2014.

_____. **Orientações de linhas de crédito para às micro e pequenas empresas e o microempreendedor individual**. Amapá: Revitalização do Atendimento, out. 2014. Disponível em: <<https://www.sebrae.com.br/Sebrae/Portal%20Sebrae/UFs/AP/Anexos/Cartilha%20de%20linhas%20de%20credito%20para%20MPes%20e%20MEI.pdf> > . Acesso em: 05 fev. 2020.

_____. NACIONAL. **Fundos constitucionais de financiamento, out. 2018**. Disponível em: <<https://www.sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/artigos/fundos-constitucionais-de-financiamento,88db347ea5b13410VgnVCM100000b272010aRCRD> >. Acesso em: 05 fev. 2020.

_____. **“Capital Empreendedor” prepara dono do pequeno negócio para buscar investimentos de risco**, mar. 2019. Disponível em: <<http://www.agenciasebrae.com.br/sites/asn/uf/NA/capital-empreendedor-prepara-dono-de-pequeno-negocio-para-buscar-investimentos-de-risco,3b09190f394c9610VgnVCM1000004c00210aRCRD>> . Acesso em: 07 fev. 2020.

_____. **Fundo de Aval do Sebrae oferece garantia para os pequenos negócios**. Disponível em: <<https://www.sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/sebraeaz/fundo-de-aval-do-sebrae-oferece-garantia-para-os-pequenos-negocios,ac58742e7e294410VgnVCM2000003c74010aRCRD>>. Acesso em: 11 fev. 2020.

_____. **Sobrevivência das Empresas no Brasil. 2016**. Disponível em: <<https://m.sebrae.com.br/Sebrae/Portal%20Sebrae/Anexos/sobrevivencia-das-empresas-no-brasil-relatorio-apresentacao-2016.pdf>> . Acesso em: 06 fev. 2020.

_____. SENADO FEDERAL. **Glossário Legislativo**. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/glossario-legislativo/sistema-s>> . Acesso em: 06 fev. 2020.

_____. **Projeto de Lei Complementar nº 137, de 2019**, que dispõe sobre a cédula de crédito microempresarial. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7956147&ts=1568136604973&disposition=inline>>. Acesso em: 18 fev. 2020.

SCHUMPETER, Joseph Alois. **Teoria do desenvolvimento econômico: uma investigação sobre lucros, capital, crédito, juro e ciclo econômico**; tradução de Maria Sílvia Possas, 3. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1988.

SILVA, José Anchieta da. **A súmula de efeito vinculante amplo no direito brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SILVA COSTA, José Ivandir. **Simples Nacional: novo modelo de tributação das microempresas e empresas de pequeno porte**. Dissertação (Mestrado em Gestão Empresarial) – FGV, Rio de Janeiro, 2010.

SILVA, DE PLÁCIDO E. **Vocabulário jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 5. ed. 1978.

_____. **Vocabulário jurídico conciso**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. SOUZA, Sylvio Capanema de. Considerações sobre a cumulação das garantias pessoais e reais, na alienação fiduciária. **Jus navigandi**. Ano 6, n. 56, Teresina, abr. 2002. Disponível em: <

<https://jus.com.br/artigos/2910/consideracoes-sobre-a-cumulacao-das-garantias-pessoais-e-reais-na-alienacao-fiduciaria>>. Acesso em: 7 jul. 2020.

SZTAJN, Rachel. ZYLBERSZTAJN, Decio. AZEVEDO, Paulo Furquim. Economia dos contratos. In **Direito & Economia: Análise econômica do Direito e das Organizações**, organizado por Decio Zylbersztajn e Rachel Sztajn. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

TAVARES, André R. **Direito constitucional econômico**. 3. ed. São Paulo: Método, 2011.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito do consumidor: direito material e processual**, v. único. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2020.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TIMM, Luciano B. GUARISSE, João Francisco M. **Análise econômica dos contratos**. In: TIMM, Luciano. **Direito e economia no Brasil: estudos sobre a análise econômica do direito**. 3. ed. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2019.

TOLOMEI, Fernando S. Linhas gerais sobre contratos bancários. **ETIC - ENCONTRO DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA DO CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE PRUDENTE** v. 5, n. 5, 2009. Disponível em: <<http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/view/2124/2272>>. Acesso em: 24 jul. 2020.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: títulos de crédito**, v.2. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

_____. **Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário**, v.1. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

_____. Recuperação judicial de microempresas e empresas de pequeno porte. In **Recuperação de empresas**. Rio de Janeiro: Cadernos FGV projetos, ano 13, nº 33, set. 2018. P. 136-145. Disponível em: <www.fgv.br/fgvprojetos>. Acesso em: 22 out. 2020.

TORODOV, Francisco; TORRES FILHO, Marcelo Maciel. **Direito do consumidor e direito da concorrência**. Secretaria de Acompanhamento Econômico. Comunidade virtual do Programa Nacional de Promoção da Concorrência, 2014. Disponível em: <<http://www.fazenda.gov.br/centrais-de-conteudos/publicacoes/apostilas/advocacia->

daconcorrenca/3-seae_direito_consumidor_direito_concorrenca.pdf. A>. Acesso em: 17 set. 2020.

TURCZYN, Sidnei. **O Sistema Financeiro Nacional e a regulação bancária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

VENOSA, Silvio Salvo. **Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos** – vol. II. São Paulo: Atlas, 2009.

_____. VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil, Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos**. Rio de Janeiro: Atlas, 2008.

VINAGRE, Ana Maria Q Ribeiro da Silva. **Acesso à justiça: tratamento diferenciado para o microempreendedor individual (MEI), microempresas (ME) e empresas de pequeno porte (EPP)**. Brasília, 2013. 20f. – Artigo (Especialização em Direito e Gestão dos Serviços Sociais Autônomos no curso de Pós-Graduação Latu Sensu do Instituto Brasiliense de Direito Público. Disponível em: < <http://hdl.handle.net/123456789/1355>>. Acesso em: 13 fev. 2020.

WHITE, Lawrence J. Regulation in the United States: understanding the lessons of the 1980s and 1990s. **NYU Working Paper**, nº EC 00-02. p. 1-26. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1292681>>. Acesso em: 03 nov. 2020.

ZICA, Roberto M. F.; MARTINS, Henrique C.; CHAVES, Alessandro F. B. **Dificuldades e perspectivas de acesso ao sistema financeiro nacional pelas micro e pequenas empresas**. São Paulo: Egepe Mackenzie, 2008. Disponível em: <http://redegarantias.com/archivos/web/ficheros/Articulos_Marinho/Artigo_Dificuldades_e_Perspectivas_de_Acesso_ao_Sistema_Financeiro_Nacional_pelas_Micro_e_Pequenas_Empresas.pdf>. Acesso em: 05 dez. 2018.