



INSTITUTO BRASILEIRO DE ENSINO, DESENVOLVIMENTO E PESQUISA
ESCOLA DE DIREITO
MESTRADO PROFISSIONAL EM DIREITO

EMÍLIO CARLO TEIXEIRA DE FRANÇA

REGIME JURÍDICO DO CRÉDITO: O ACESSO DE MICRO E PEQUENAS
EMPRESAS E A CONCRETIZAÇÃO NORMATIVA

BRASÍLIA/DF

2020



MESTRADO PROFISSIONAL EM DIREITO

EMÍLIO CARLO TEIXEIRA DE FRANÇA

**REGIME JURÍDICO DO CRÉDITO: O ACESSO DE MICRO E PEQUENAS
EMPRESAS E A CONCRETIZAÇÃO NORMATIVA**

Dissertação de Mestrado desenvolvida no Programa de Mestrado Profissional em Direito, sob a orientação do professor Ricardo Morishita Wada, apresentada para obtenção do Título de Mestre em Direito.

BRASÍLIA/DF

2020

EMÍLIO CARLO TEIXEIRA DE FRANÇA

**REGIME JURÍDICO DO CRÉDITO: O ACESSO DE MICRO E PEQUENAS
EMPRESAS E A CONCRETIZAÇÃO NORMATIVA**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Profissional de Direito do IDP, como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito.

Aprovado em: 14/12/2020

BANCA EXAMINADORA

Prof. Doutor Ricardo Morishita Wada
IDP

Prof. Doutor Guilherme Pinheiro
IDP

Prof. Doutor Edson Alvisi
UFF

Dedico este trabalho à minha família, por todo apoio e amor na vida, além da paciência por minhas ausências para estudar.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, que me deu força e resiliência para superar, da melhor forma, os obstáculos e concluir este trabalho.

À minha família, amigas e amigos, por todo apoio emocional e prático, no dia a dia, fundamental para seguir sempre em frente com equilíbrio e foco.

Ao professor Ricardo Morishita Wada, orientador extremamente dedicado e profissional, que se esforça muito para passar todo seu vasto conhecimento a seus alunos com muita sabedoria.

Por todo apoio, inspiração, dicas e contribuição com discussões extremamente valiosas, aos professores Aqil Sahah, Amanda Flávio de Oliveira, Fábio de Sá e Silva, Suzette Grillot, Michelle Moraes de Sa e Silva, Danilo Doneda, Marília de Ávila e Silva Sampaio, Mônica Sapucaia, Laura Schertel, Nefi Cordeiro, Marlon Tomazette, Plínio Lacerda, Edson Alvisi, Guilherme Pereira Pinheiro, Daniel Amin Ferraz e Fernando Fontainha.

Aos participantes dos seminários realizados no âmbito desta pesquisa, trazendo conhecimentos de grande valia – Antonia Tallarida Serra Martins, Bruno Quick Lourenço de Lima, Giovanni Beliváqua, Sidney Daniel Rodrigues, Tiago Luiz Cabral Peroba, Henrique de Freitas Junqueira.

Pelas relevantes discussões e contribuições, aos membros do grupo de estudos e pesquisas IDP/UFF.

Aos amigos e colegas da 1ª turma de 2019.

Aos amigos e colegas de instituição pelo apoio e pelas discussões – Antônio Marcos Fonte Guimarães, Diogo José Sousa da Silva, Fabiano de Oliveira Silva, Fernando Alberto Sampaio Rocha, Gilneu Francisco Astolfi Vivan, Guilherme Themes Miguel José, Jeferson Azambuja Gomes, João André Calvino Marques Pereira, Mardilson Queiroz, Otávio Ribeiro Damaso, Sérgio André Alves da Silva e Uverlan Rodrigues Primo.

“Quando vou a um país, não examino se há boas leis, mas se as que lá existem são executadas, pois boas leis há por toda parte”

Montesquieu

“Se você não é parte da solução, então é parte do problema”.

Eldridge Cleaver

RESUMO

A pesquisa realizou estudo empírico de direito com análise jurídica das normas do crédito, para o segmento de micro e pequenas empresas, diante do ordenamento jurídico. A motivação da pesquisa foi a dificuldade de acesso ao crédito por micro e pequenas empresas, aliada ao fato de o crédito ser considerado fator primordial para o sucesso e a manutenção de tais agentes econômicos e do desenvolvimento do País. A proposta é analisar o regime jurídico de concessão do crédito para o segmento das micro e pequenas empresas, e a sua concretização normativa. A metodologia de pesquisa adotada foi estudo empírico do Direito com análise jurídica das normas do crédito diante o paradigma pós-positivista e da metódica da Teoria Estruturante do Direito, de Friedrich Müller. A pesquisa propõe estudar o regime jurídico que regulamenta o crédito, suas interpretações e formas de concretização, além de dados acerca de acesso ao crédito. A hipótese da pesquisa é se o regime jurídico analisado no programa normativo tem sua concretização realizada no âmbito normativo, atingindo ao fim proposto por dispositivos constitucionais e infraconstitucionais que dispõem expressamente que as micro e pequenas empresas devem usufruir de tratamento diferenciado e favorecido, por meio do acesso ao crédito. Caso comprovada tal hipótese, a pesquisa se propõe a analisar propostas de aperfeiçoamento normativo legal visando a mais efetiva concretização de tal ordenamento, além de oferecer modelo de conjunto de dados e análises do regime jurídico para eventual nova verificação em momento futuro.

Palavras-chave: Acesso. Crédito. Microempresas. Pequenas empresas. Regime jurídico.

ABSTRACT

The research carried out an empirical study of law with legal analysis of credit standards, for the segment of microenterprises, in view of the legal system. The motivation of the research was the difficulty of access to credit by microenterprises, coupled with the fact that credit is considered a primary factor for the success and maintenance of such economic agents and for the development of the country. The proposal is to analyze the legal regime granting credit to the segment of micro and small companies, and its normative implementation. The research methodology adopted was an empirical study of law with a legal analysis of credit rules in the face of the post-positivist paradigm and the method of Friedrich Müller's Structuring Theory of Law. The research proposes to study the legal regime that regulates credit, its interpretations and forms of implementation, in addition to data on access to credit. The research hypothesis is whether the legal regime analyzed in the normative program has its concretization carried out in the normative scope, reaching the end proposed by constitutional and infraconstitutional provisions that expressly provide that micro and small companies must enjoy differentiated and favored treatment, through the access to credit. If such a hypothesis is proven, the research proposes to analyze proposals for legal normative improvement aiming at the most effective implementation of such order, in addition to offering a data set model and analyzes of the legal regime for possible new verification at a future time.

Key words: Legal Regime. Credit. Small companies. Microenterprises. Access.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 CONTEXTUALIZAÇÃO DO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL, ASPECTOS INSTITUCIONAIS E HISTÓRIA DO CRÉDITO NO BRASIL	16
1.1 O sistema financeiro nacional, sua função social e respectivos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal	18
1.2 Breve histórico do mercado de crédito no Brasil.....	33
1.2.1 Informalidade da pessoa natural e da pessoa jurídica.....	41
1.2.2 Concentração, competitividade e verticalização bancária.....	35
1.2.3 Taxas de juros, <i>spread</i> bancário e novos instrumentos (<i>Pix</i> , <i>Open Banking</i> , Central de Recebíveis e <i>Sandbox</i> Regulatório).....	47
2 PROGRAMA NORMATIVO DA LEGISLAÇÃO DO CRÉDITO PARA AS MICRO E AS PEQUENAS EMPRESAS.....	67
2.1 Estrutura e análise normativa do regime jurídico.....	68
2.2 Elementos para a concretização da norma.....	70
2.2.1 Ordem constitucional aplicada às micro e às pequenas empresas.....	70
2.2.2 Instrumentos legais de crédito para micro e pequenas empresas.....	75
2.2.3 A perspectiva econômica e social do micro e do pequeno empreendedor – seminário acadêmico específico para a pesquisa.....	99
3 ÂMBITO NORMATIVO DO ACESSO AO CRÉDITO PARA MICRO E PEQUENAS EMPRESAS.....	105
3.1 Demonstrações gráficas dos dados das variáveis de risco das contratações e respectivas inferências de cenário diante do ordenamento jurídico normativo e jurisprudencial, antes e após a decretação de estado de calamidade.....	108
3.2 Demonstrações gráficas dos dados das variáveis de custo das contratações e respectivas inferência de cenário diante do ordenamento jurídico normativo e jurisprudencial, antes e após a decretação de estado de calamidade.....	111
3.3 Demonstrações gráficas dos dados das variáveis de reflexos e volume das contratações e respectivas inferências de cenário diante do ordenamento jurídico normativo e jurisprudencial, antes e após a decretação de estado de calamidade.....	117

4	CONCRETIZAÇÃO DAS NORMAS DE ACESSO AO CRÉDITO DAS MICRO E DAS PEQUENAS EMPRESAS	123
4.1.	Regime jurídico, elementos legais e regulatórios para a concretização da norma diante do acesso ao crédito por micro e pequenas empresas.....	124
4.2.	Propostas de projeto de lei – aperfeiçoamento de programas de crédito para micro e pequenas empresas e da lei das empresas simples de crédito.....	128
	CONCLUSÃO.....	131
	REFERÊNCIAS.....	136
	ANEXOS	143

INTRODUÇÃO

A concessão de crédito, em qualquer sistema financeiro, exerce papel primordial nas sociedades, tendo em vista seu objetivo primário de intermediação de recursos financeiros que viabilizam fundamentalmente o exercício de princípios constitucionais basilares da cidadania e da livre iniciativa.

As empresas se valem da intermediação financeira para acessar operações de crédito que promovam ações fundamentais, como investimentos iniciais de implantação, capital de giro, reposição de estoques e reinvestimentos.

Por sua vez, as micro e as pequenas empresas representam, de forma estruturante, um segmento responsável por indicadores relevantes para nossa sociedade, como proporcionar mais da metade dos empregos formais do País e quase a totalidade das empresas formalmente constituídas.

Essa importância é corroborada pelo art. 179 da Constituição Federal, o qual expressamente estabelece que será dispensado tratamento diferenciado com vistas a incentivar as micro e as pequenas empresas.

Da mesma forma, dispositivo legal ainda mais específico, o inciso III do art. 1º da Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006, traz, em seu texto, comando afirmando ser o “acesso ao crédito” objeto do tratamento diferenciado a ser oferecido às micro e às pequenas empresas.

Assim, a intermediação financeira, por meio do crédito a tal segmento de empresas, contribui – reconhecidamente pelo legislador pátrio constitucional e infraconstitucional – de forma objetiva, para a geração de empregos e renda e, conseqüentemente, para o desenvolvimento da economia, da sociedade e do País como um todo.

A problemática que motivou o presente estudo foi a frequência com que ocorre a publicação, por diversos meios, sobre as dificuldades de micro e pequenas empresas acessarem o crédito.

Adicionalmente, é relevante registrar que dados oficiais demonstram que as empresas desse segmento têm tempo de atividade inferior ao desejado: cerca de 60% não

sobrevivem ao primeiro ano, o que pode sinalizar defeitos no funcionamento do sistema que abarca tal atividade empresarial, trazendo prejuízos a toda sociedade.

Como problema de estudo acerca do tema, a proposta da pesquisa é analisar o regime jurídico que oferece o arcabouço constitucional, legal e infralegal normativo-regulatório relativo à concessão e à operacionalização do crédito para o segmento das micro e pequenas empresas, procurando, assim, avaliar a correlação entre o regime jurídico nacional e a concretização normativa, especificamente o que se refere ao segmento de empresas objeto do estudo.

A metodologia de pesquisa adotada foi de estudo empírico em Direito, com análise jurídica das normas do crédito, para o segmento das micro e pequenas empresas, visando, assim, demonstrar como as disposições normativas contribuíram para o crédito às micro e às pequenas empresas.

A escolha da metodologia é coadunada pela análise da norma e dos fatos, tendo como fundamentação a teoria estruturante do Direito, de Friedrich Müller (2013), de concretização normativa das leis, analisando, no programa normativo, a parte do texto legal, verificando, no âmbito normativo, como é, e quanto é concretizado o texto da lei.

Em suma, tal metodologia estruturada pela teoria de Müller irá permitir a análise empírica/fática do conjunto normativo quanto ao regime jurídico e seus efeitos, visando à concretização efetiva das pretensões de justiça das leis com o acesso ao crédito pelas micro e pequenas empresas.

A avaliação empírica desses dados acontecerá em conjunto com a análise normativa do regime jurídico, visando a verificação da concretização normativa intentada pelo legislador pátrio, para, então, responder à hipótese da pesquisa, que questiona se há tal concretização da norma do regime jurídico neste caso.

Com outra formulação, a pergunta a ser respondida pela pesquisa é: **O regime jurídico pátrio analisado no programa normativo tem sua concretização realizada no âmbito normativo, de forma a atingir o objetivo proposto de contribuir com o desenvolvimento da atividade empresarial das micro e pequenas empresas, por meio do acesso ao crédito, a fim de que esse segmento cumpra seu papel de propulsor do desenvolvimento econômico-social?**

Assim, a hipótese a ser estudada é a de que, no regime jurídico específico das micro e pequenas empresas, não é observada a concretização normativa da forma intentada pelo legislador pátrio no que se refere ao acesso ao crédito sustentável pelos agentes de tal segmento, que é notoriamente relevante para o desenvolvimento econômico e social do País por meio da geração de renda e emprego.

Nesse sentido, a pesquisa estuda o regime jurídico nacional específico das micro e pequenas empresas, por meio do art. 179 da Constituição Federal e do inciso III do art. 1º da Lei Complementar n.º 123/2006, observando tais dispositivos, suas interpretações e formas de concretização.

No primeiro capítulo, será apresentada a contextualização do sistema financeiro nacional, do mercado de crédito no Brasil, geral e voltado para as micro e as pequenas empresas, e o ordenamento jurídico nacional aplicado – dispositivos constitucionais, passando pela legislação complementar e ordinária e chegando a atos normativos regulatórios infralegais.

No segundo capítulo, será abordado o “programa normativo”, assim denominado pela teoria de Müller, especificamente no que se refere à legislação do crédito, quando será analisado o regime jurídico sobre o tema, abrangendo preliminarmente dispositivos da Constituição Federal: arts. 1º (livre iniciativa e dignidade da pessoa humana), 3º (garantia do desenvolvimento nacional), art. 5º (aplicação imediata dos direitos fundamentais), além do art. 146, e mais especificamente, o art. 179 do texto principal.

E no que se refere à esfera legal, ainda fazem parte do regime jurídico estudado na pesquisa a Lei Complementar n.º 123/2006, que estabelece o Estatuto das Micro e das Pequenas Empresas, concentrada a análise nos dizeres do inciso III do art. 1º; seguindo, então, para a Lei Complementar n.º 167/2019, que criou as Empresas Simples de Crédito; e, por fim, a Lei n.º 13.999/2020 e as Medidas Provisórias n.ºs 936, 944, 958, 975 e 992, todas de 2020, que implementaram programas de acesso ao crédito específicos para o segmento das micro e das pequenas empresas.

O terceiro capítulo da pesquisa traz os elementos metajurídicos do “âmbito normativo”, conforme denominação da teoria de Müller, com elementos não linguísticos do mercado de crédito nacional para as micro e as pequenas empresas, com dados de variáveis econômicas com relação ao acesso ao crédito e às operações contratadas, são elas: risco, taxas de juros, volume e prazo contratados, inadimplência e endividamento das empresas, sempre

segmentado por tamanho (micro, pequena, média e grande), visando verificar o quanto a concretização do texto da norma foi analisada no “programa normativo”, no que se refere ao acesso ao crédito por esse segmento.

Registre-se que tais dados econômicos foram escolhidos em razão de sua relevância para demonstrar, em primeiro lugar, o comportamento do acesso ao mercado de crédito para micro e pequenas empresas durante o período estudado, 2014 a 2019, visando observar o histórico do acesso ao crédito; e 2020, visando analisar alterações normativas em razão da pandemia, sempre por tamanho da empresa (micro, pequenas, médias e grandes empresas), subdivididos em variáveis quanto ao risco, quanto às condições das contratações e quanto aos resultados das contratações.

Ao final, no quarto capítulo, serão abordadas as sínteses de cada elemento teórico e prático estudado e as propostas de aperfeiçoamento normativo legal visando à concretização normativa do regime jurídico nacional específico do acesso ao crédito para as micro e as pequenas empresas, que permita ser cumprida, de forma sustentável, suas funções econômica e social.

A pesquisa busca oferecer um instrumento de medição da concretização do regime jurídico do crédito no Brasil, permitindo que possa ser utilizado, no futuro próximo, como forma de verificação, se houve evolução no quadro de eventuais aperfeiçoamentos de medidas legislativas, sejam essas decorrentes da pandemia, ou outras posteriormente editadas.

As inferências da pesquisa serão fundadas nas seguintes hipóteses:

(i) o ordenamento jurídico, instaurado pela Constituição Federal e pela Lei Complementar n.º 167/2006, proporcionou tratamento favorecido e diferenciado às micro e às pequenas empresas em relação às empresas de médio e de grande porte, observando o período entre julho de 2014 a março de 2020;

(ii) o tratamento favorecido e diferenciado permite às micro e às pequenas empresas proteção em momentos de volatilidade da economia ou alterações operacionais do mercado que atuam, observando o período entre julho de 2014 e março de 2020; e

(iii) o tratamento diferenciado às micro e às pequenas empresas, no período de estado de calamidade em razão da pandemia – observando o período entre julho de 2019 e junho

de 2020, considerado que foi decretado estado de calamidade em 20 de março de 2020 – foi significativo para que esse segmento tivesse acesso ao crédito.

1 CONTEXTUALIZAÇÃO DO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL, ASPECTOS INSTITUCIONAIS E HISTÓRIA DO CRÉDITO NO BRASIL

O Sistema Financeiro Nacional (SFN)¹ é constituído pelo mercado financeiro, mercado de ações e mercado de seguros, e por seus respectivos reguladores e supervisores – Banco Central do Brasil (BCB)², Comissão de Valores Mobiliários (CVM)³, Superintendência de Seguros (Susep)⁴ e Superintendência de Previdência Complementar (Previc)⁵.

Destaca-se que estão sob a regulação e a supervisão do BCB as instituições do mercado financeiro, objeto de estudo desta pesquisa, as instituições financeiras⁶, as instituições assemelhadas⁷ às instituições de pagamento⁸.

¹ O Sistema Financeiro Nacional (SFN) é formado por um conjunto de entidades e instituições que promovem a intermediação financeira, isto é, o encontro entre credores e tomadores de recursos. É por meio do sistema financeiro que as pessoas, as empresas e o governo circulam a maior parte dos seus ativos, pagam suas dívidas e realizam seus investimentos. O SFN é organizado por agentes normativos, supervisores e operadores, os quais determinam regras gerais para o bom funcionamento do sistema. As entidades supervisoras trabalham para que os integrantes do sistema financeiro sigam as regras definidas pelos órgãos normativos. Os operadores são as instituições que ofertam serviços financeiros, no papel de intermediários”.

² O Banco Central do Brasil (BCB) é uma autarquia federal de natureza especial ligada ao Ministério da Fazenda, que tem como missão garantir a estabilidade do poder de compra da moeda do País, o Real, e assegurar a eficiência e o bom funcionamento do mercado financeiro local. A instituição é responsável por executar a estratégia estabelecida pelo Conselho Monetário Nacional (CMN) para manter a inflação sob controle e atua como secretaria executiva desse órgão. O CMN formula as políticas da moeda e do crédito no País.

³ A Comissão de Valores Mobiliários (CVM) tem como objetivo fiscalizar, normatizar, disciplinar e desenvolver o mercado de valores mobiliários no Brasil. A CVM é uma autarquia federal de natureza especial, vinculada ao Ministério da Economia, com personalidade jurídica e patrimônio próprios, dotada de autoridade administrativa independente, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes, e autonomia financeira e orçamentária.

⁴ A Superintendência de Seguros (Susep) é autarquia federal, vinculada ao Ministério da Economia, responsável pelo controle e fiscalização dos mercados de seguro, previdência privada aberta, capitalização e resseguro.

⁵ A Superintendência de Previdência Complementar (Previc) é uma autarquia federal de natureza especial, vinculada ao Ministério da Economia, responsável pela fiscalização e supervisão das atividades das entidades fechadas de previdência complementar e de execução das políticas para o regime de previdência complementar operado pelas referidas entidades.

⁶ Instituições financeiras são definidas no art. 17 da Lei n.º 4.595/64: “Consideram-se instituições financeiras, para efeitos da legislação em vigor, as pessoas jurídicas públicas ou privadas, que tenham como atividade principal ou acessória a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor de propriedade de terceiros”.

⁷ Assemelhadas são instituições não consideradas pela legislação como sendo instituições financeiras, mas, no entanto, são reguladas e supervisionadas pelo Banco Central do Brasil.

⁸ Lei n.º 12.865, de 9 de outubro de 2013.

“Art. 6º Para os efeitos das normas aplicáveis aos arranjos e às instituições de pagamento que passam a integrar o Sistema de Pagamentos Brasileiro (SPB), nos termos desta Lei, considera-se:

.....
 III – instituição de pagamento – pessoa jurídica que, aderindo a um ou mais arranjos de pagamento, tenha como atividade principal ou acessória, alternativa ou cumulativamente;”. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112865.htm. Acesso em 23/06/2020.

Tem-se observado, nos últimos anos, um SFN com grau de concentração⁹ acima da média mundial em países com economia comparável à do Brasil, significando poucos agentes: instituições financeiras bancárias (cinco) detentoras da maioria dos ativos e das operações fundamentais, mais de 80%, conforme Relatório de Economia Bancária do Banco Central¹⁰.

Um resultado estimado desse fato é a perda de concorrência no sistema bancário, que se reflete em níveis superiores de restrição e custo das operações de crédito, gerando dificuldades do acesso ao crédito¹¹, e também em atuação de instituições à margem da lei, com diversos questionamentos judiciais, a exemplo do que ocorre com as *factorings*¹².

Ressalta-se, ainda, que, além do aspecto concorrencial, questões como *spread*¹³ bancário e informalidade¹⁴ são componentes relevantes para definir o nível de acesso ao crédito por agentes econômicos, no caso estudado, as micro e pequenas empresas¹⁵.

⁹ Grau de concentração bancária é um indicador utilizado como parâmetro internacional que demonstra o quanto determinado sistema financeiro tem de número de instituições financeiras bancárias em relação ao mercado em que atuam em termos de volume de ativos, quantidade de operações e de clientes.

¹⁰ Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/publicacoes/relatorioeconomiabancaria>.

¹¹ Acesso ao crédito é quando o tomador, demandante por crédito no sistema bancário, atende a todas exigências legais, regulatórias e operacionais da instituição cedente do crédito.

¹² A *factoring* é uma empresa que se destina a conceder crédito a empresas adquirindo seus direitos creditórios originados de vendas mercantis ou de serviços (duplicatas e outros instrumentos de crédito).

¹³ *Spread* é o termo internacionalmente utilizado para definir o percentual de recursos detido por instituição concedente de crédito, e corresponde na diferença entre o custo de captação dos recursos por parte de tais instituições e o custo do crédito concedido por parte do tomador. O *spread* não consiste apenas no lucro das instituições, pois dele ainda se reduz os valores com custos administrativos, operacionais e de eventual recuperação do crédito por parte das instituições cedentes do crédito, além da mensuração do risco de inadimplência de cada operação ou carteira de operações, atividade da economia, dentre outras variáveis.

¹⁴ Dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), divulgados na Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio Contínua (PNAD), demonstram que onze estados brasileiros têm mais de 50% de seus trabalhadores na informalidade, o que significa que desempenham atividades de subsistência sem registro, e, portanto, sem acesso a nenhum programa de acesso ao crédito.

¹⁵ Conforme o art. 3º da Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006, “consideram-se microempresas ou empresas de pequeno porte, a sociedade empresária, a sociedade simples, a empresa individual de responsabilidade limitada e o empresário a que se refere o art. 966 da Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas (...)”.

Importante lembrar que o critério¹⁶ principal que define o que são microempresas é o faturamento de até R\$360.000,00 por ano de receita bruta,¹⁷ e, para a pequena empresa, é o faturamento anual, receita bruta, entre R\$ 360.000,00 e R\$ 4.800.000,00.

1.1 O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL, SUA FUNÇÃO SOCIAL E RESPECTIVOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PREVISTOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

É indispensável, de início, trazer uma noção fundamental acerca do SFN.

O SFN é composto pelos reguladores e supervisores anteriormente mencionados e, também, por três órgãos normativos, em instância superior, que determinam as regras gerais e realizam a fiscalização visando seu melhor funcionamento. São eles: o Conselho Monetário Nacional (CMN)¹⁸; o Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP)¹⁹; e o Conselho Nacional de Previdência Complementar (CNPC)²⁰.

¹⁶ Os critérios estão estabelecidos nos incisos I e II do art. 3º da Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006, *in fine*:

“Art. 3º

.....

I – no caso da microempresa, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais); e

II – no caso de empresa de pequeno porte, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta superior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) e igual ou inferior a R\$ 4.800.000,00 (quatro milhões e oitocentos mil reais)”.

¹⁷ Receita Bruta para efeito de enquadramento nos limites da Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006, para microempresa e pequena empresa está definido no §1º do art. 3º da Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006, *in fine*:

“Art. 3º

.....

§1º Considera-se receita bruta, para fins do disposto no *caput* deste artigo, o produto da venda de bens e serviços nas operações de conta própria, o preço dos serviços prestados e o resultado nas operações em conta alheia, não incluídas as vendas canceladas e os descontos incondicionais concedidos”.

¹⁸ O CMN é responsável pelas regras dos principais ramos do SFN, que tratam dos mercados da moeda, do crédito e do câmbio, supervisionados pelo BCB, e de capitais, supervisionado pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM) e formula as políticas da moeda e do crédito no País. Foi estabelecido em 1964, pela mesma lei que criou o Banco Central. Atualmente, é composto pelo Ministro da Economia, que o preside; o Presidente do BC; e o Secretário Especial de Fazenda do Ministério da Economia.

¹⁹ O CNSP é responsável pelas regras inerentes aos seguros privados, contratos de capitalização e previdência complementar aberta. O mercado de seguros é o que oferece, por meio de empresas, serviços de proteção contra perdas; o mercado de capitalização é composto por contratos que preveem remuneração do capital de poupadores e prêmios; e, por fim, o mercado de previdência complementar aberta, que é um serviço de previdência complementar ao Regime Geral de Previdência Social (RGPS).

Todos esses mercados pelos quais o CNSP é o órgão normativo responsável são supervisionados pela Superintendência de Seguros Privados (Susep).

²⁰ O CNPC é responsável pelas regras inerentes aos fundos de pensão gestoras de planos de aposentadoria, poupança ou pensão para funcionários de empresas públicas e privadas, servidores públicos de todos os entes da federação e integrantes de associações ou entidades de classe, que têm como órgão supervisor a Superintendência Nacional de Previdência Complementar (Previc).

O chamado mercado monetário fornece à economia papel-moeda²¹ e moeda escritural²²; o mercado de crédito faz a intermediação financeira²³ entre poupadores²⁴ e demandantes de recursos, remunerando os primeiros e oferecendo operações de crédito para empresas e famílias; o mercado de câmbio, por sua vez, regula a paridade cambial²⁵ entre a moeda nacional e outras moedas; e, por fim, o mercado de capitais permite às empresas captar no mercado recursos de terceiros, de forma a compartilhar seus ganhos e perdas.

Tais conceitos e seu respectivo regime jurídico são objeto de análise do programa normativo afirmado por Müller (1999, p. 98-99)²⁶, que os chama de elementos que permitem a concretização da norma e assim os organiza:

Os elementos metodológicos *strictiore sensu* (interpretações gramaticais, histórica, genérica, sistemática, e – com restrições – teleológica), os imperativos da interpretação em conformidade com a constituição e da correção funcional do resultado são diretamente referidos a normas.

Também os elementos do âmbito da norma atuam na direção da orientação não-mediada na norma – mais especificamente, pela via da análise primacialmente não-linguística do âmbito da norma – por ocasião da concretização, referida ao caso, da norma de decisão a partir da norma jurídica.

Em termos de fundamentação teórica dogmática preliminar – direitos fundamentais, democracia e a função social do SFN –, é possível afirmar que o conceito mais atual acerca dos direitos fundamentais engloba os direitos humanos universais e os direitos nacionais dos cidadãos, que são partes fundamentais de todo Estado constitucional.

Na Constituição Federal, os direitos fundamentais estão citados no art. 5º e têm aplicação imediata, conforme determina expressamente o §1º do dispositivo, Abboud (2019).²⁷

Acerca de tal dispositivo, Canotilho (2018, p. 548)²⁸ faz as seguintes anotações:

A despeito de alguma divergência, a doutrina e a jurisprudência reconhecem, em termos gerais, que o mandamento da **imediata aplicabilidade alcança todas as normas de direitos fundamentais, independentemente de sua localização no**

²¹ Cédulas impressas emitidas pelo Banco Central do Brasil e impressas pela Casa da Moeda do Brasil.

²² Valores depositados em contas de instituições financeiras bancárias.

²³ Conceituação de intermediação financeira. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/estabilidade/financeira/bancoscaixaseconomicas>.

²⁴ Agentes da economia detentores de reservas de recursos financeiros e que os depositam em instituições financeiras bancárias visando a remuneração desses valores.

²⁵ Termo que representa a referência entre os valores de duas moedas.

²⁶ MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do Direito Constitucional**. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, n.º 16, 1999. p. 98-99.

²⁷ ABOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução ao Direito – teoria, filosofia e sociologia do direito**. 2019, p. 368.

²⁸ CANOTILHO, JJ Gomes *et al.* (Ed.). **Comentários à Constituição do Brasil**. Saraiva Jur., 2018.

texto constitucional, o que, além disso, guarda sintonia com o teor literal do art. 5º, § 1º, CF, visto que este expressamente faz referência às normas definidoras de direitos e garantias fundamentais e não apenas aos direitos individuais constantes do art. 5º. (grifo nosso)

É relevante destacar essas anotações, tendo em vista a categórica conclusão quanto à imediata aplicação das normas de direito fundamental, independentemente de sua localização no texto constitucional, o que desafia operadores do direito, gestores públicos, juristas, legisladores e magistrados no sentido de efetivar a concretização normativa de tais comandos constitucionais de ordem fundamental.

É fato que há notória dificuldade de aplicação imediata por gestores, legisladores e julgadores no que se refere a direitos fundamentais como o previsto no inciso IV do art. 5º de nossa Constituição, que expressamente dispõe que “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”.

Especialmente a primeira parte, a qual trata da manifestação do pensamento, o que envolve determinado grau de complexidade a caracterização e a conceituação de tal liberdade e de qual objeto específico que se propõe, dificultando, assim, compreender o que é simples manifestação de pensamento ou fato adverso não protegido por tal direito fundamental.

Ficam, então, diversos questionamentos sobre como podem gestores, legisladores e julgadores tratar e efetivamente promover a aplicação imediata, a concretização de tal direito fundamental previsto expressamente em nossa Lei Maior.

No entanto, quando tratamos de outros direitos fundamentais como o previsto no inciso XXIII do mesmo dispositivo, estabelecendo que “a propriedade atenderá a sua função social”, ficamos diante de um comando mais objetivo, de menor complexidade para sua imediata aplicação.

A concretização da função social de uma empresa, por exemplo, pode ser materializada a partir do momento em que ela gera renda e emprego, que é uma suposição econômica básica; ou na medida em que tal empresa fornece produtos e/ou serviços (adquirindo de fornecedores, vendendo a pessoas naturais e a outras empresas), gerando lucro, riquezas e empregos.

Assim, a gestores, legisladores e julgadores cabe proporcionar a formação e a sustentável existência de tais relevantes agentes econômicos, especialmente quando mais dependentes de políticas públicas como no caso das micro e pequenas empresas.

Retomando, então, às previsões dos direitos fundamentais na Constituição, podemos dizer que faz parte, também, do Estado constitucional da atualidade a positivação dos direitos fundamentais no texto constitucional, o que, segundo Müller (2013)²⁹, é razão para serem considerados direitos vigentes, devendo ser respeitados como direito positivo, para garantir, assim, a concretização deles.

É relevante asseverar que devem ser delineadas as hipóteses de restrição aos direitos fundamentais – igualmente importantes para a segurança de tais direitos –, quando são consideradas a proporcionalidade da restrição, a fundamentação em interesse social e não público, a autorização constitucional, a fundamentação exaustiva e, por fim, a possibilidade de revisão pelo Poder Judiciário de eventual ato restritivo de direitos fundamentais, conforme assinalado por Abboud (2019).³⁰

Ainda sobre as restrições a direitos fundamentais, Mendes (2020, p. 198)³¹ registra:

Não há dúvida de que a ideia de restrição leva, aparentemente, à identificação de duas situações distintas: o direito e a restrição.

Se direito fundamental e restrição são duas categorias que se deixam distinguir lógica e juridicamente, então existe, a princípio, um direito não limitado, que, com a imposição de restrições, converte-se num direito limitado.

Essa teoria, chamada de teoria externa, admite que entre a ideia de direito e a ideia de restrição inexistente uma relação necessária. Essa relação seria estabelecida pela necessidade de compatibilização concreta entre os diversos tipos de direitos fundamentais³².

Essa concepção contrapõe-se a chamada teoria interna, para a qual não existem os conceitos de direito e de restrição como categorias autônomas, mas sim a ideia de direito fundamental com determinado conteúdo. A ideia de restrição é substituída pela de limite.

²⁹ MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do Direito: introdução à teoria e metódica estruturantes**. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

³⁰ ABOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução ao Direito – teoria, filosofia e sociologia do direito**. 2019, p 375.

³¹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. Saraiva Educação SA, 2020. p. 198.

³² Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*. Cit, p. 250.

Em conclusão acerca da escolha por uma das teorias, Mendes (2020, p. 198) assevera que “a prevalência de uma ou de outra teoria dependerá, essencialmente, da compreensão sobre os direitos fundamentais”.

Assim, a compreensão que trazemos é de que direito e restrição não são categorias autônomas e cada direito fundamental tem limite e não restrição. Dessa forma, a sua aplicação é imediata, permanece contida a possibilidade de aplicação imediata, restando apenas o estabelecimento de limites para tal aplicação.

Corroborando esse entendimento e ampliando essa visão para os princípios da ordem econômica previstos em nossa Carta Magna, é relevante registrar o consignado por Silva (1982, p. 11)³³:

a determinação constitucional segundo a qual as ordens econômica e social têm por fim realizar a justiça social constitui uma norma-fim, que permeia todos os direitos econômicos e sociais, mas não só eles como, também, toda a ordenação constitucional, porque nela se traduz um princípio político constitucionalmente conformador, que se impõe ao aplicador da Constituição. Os demais princípios informadores da ordem econômica – propriedade privada, função social da propriedade, livre concorrência, defesa do consumidor, defesa do meio ambiente, redução das desigualdades regionais e sociais, busca do pleno emprego – são da mesma natureza.

Ademais, inevitável trazer, juntamente com a discussão sobre o Estado constitucional, a noção de democracia, especialmente quando associada ao desenvolvimento, pois o cerne aqui proposto é associar direitos fundamentais, função social e desenvolvimento como formas de melhoria da vida da sociedade.

Conforme nos ensina Sen (2011)³⁴, havia, historicamente, uma divergência entre os que acreditavam que democracia promove desenvolvimento e outros que, paradoxalmente, defendiam diametralmente o contrário, afirmando, de forma categórica, que não há como desenvolver um país sob um regime democrático.

Especialmente países do Leste Asiático, nas décadas de 1970 e 1980, e seguintes, puderam expressar ideias contrárias às democracias, em razão de experimentarem

³³ DA SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. Editora Revista dos Tribunais, 1982. p. 11.

³⁴ SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. Editora Companhia das Letras, 2011.

desenvolvimento pujante sem vivenciarem um regime democrático e, conforme registra Sen (2011, p. 365)³⁵:

Coreia do Sul, Cingapura, Taiwan e Hong Kong não conseguiram surpreendentemente alcançar um rápido progresso econômico sem cumprir, pelo menos no começo, os requisitos básicos do governo democrático? E, após as reformas econômicas em 1979, a China autoritária não se saiu muito melhor, com relação ao crescimento econômico, do que a Índia democrática?

O autor traz para discussão o argumento dos defensores de que não há desenvolvimento combinado com democracia, a exemplo do ocorrido nos relacionados países asiáticos.

O principal desafio, na avaliação dessa questão, é a associação direta entre desenvolvimento unicamente com crescimento de indicadores como Produto Interno Bruto (PIB)³⁶ e crescimento da indústria, sem considerar fatores essenciais para a vida e a liberdade dos cidadãos de determinado país.

Desta feita, passamos então à compreensão de que os instrumentos e os mercados que levam ao desenvolvimento, medido por meio dos indicadores econômicos e sociais, possuem intrinsecamente uma notória função social.

No que concerne à função social em nosso País, a Constituição Federal de 1988 a prevê como fundamento, em diversos dispositivos, às vezes de forma expressa, como no caso da função social da empresa e da função social da propriedade; outras vezes, contudo, o faz de forma implícita, como no caso do sistema financeiro, tratado no *caput* do seu art. 192,: “o sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem (...)”.

Merece destaque, além do inciso III do art. 170 da Constituição Federal, que trata da função social da propriedade, o VII do mesmo dispositivo, sobre a redução das desigualdades regionais e sociais e, em particular, o inciso IX, que dispõe expressamente acerca do tratamento especial que deve ser oferecido às empresas de pequeno porte.

³⁵ SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. Editora Companhia das Letras, 2011. p. 365.

³⁶ Conforme o IBGE, em sua página da internet, rede mundial de computadores, <https://www.ibge.gov.br/explica/pib.php>, o Produto Interno Bruto (PIB) é a soma de todos os bens e serviços finais produzidos por um país, estado ou cidade, geralmente em um ano. Todos os países calculam o seu PIB nas suas respectivas moedas.

Deve também ser lembrado o dizer do art. 1º da Constituição Federal, que traz os princípios da dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

E sobre os princípios expressos, em nossa Constituição, cabe lembrar o que cita Ferreira Filho (2010, p. 368),³⁷ indicando Luís Roberto Barroso:

O pós-positivismo identifica um conjunto de ideias difusas que ultrapassam o legalismo estrito do positivismo normativista, sem recorrer às características da razão subjetiva do naturalismo. Sua marca é a ascensão dos valores, o reconhecimento da normatividade dos princípios e a essencialidade dos direitos fundamentais.

A importância desse registro reside no fato de que o pós-positivismo traz consigo o reconhecimento da normatividade dos princípios, bem como o tratamento essencial que deve ser oferecido aos direitos fundamentais.

Segue ainda Ferreira Filho (2010, p. 372)³⁸, em reflexão sobre a normatividade dos princípios na mesma obra, citando Streck, que assevera:

É certo que é bem próprio do neoconstitucionalismo sustentar “a superação da regra pelo princípio”. Isto não pode significar outra coisa senão que o aplicador do direito pode ignorar a regra expressa na lei – expressão da vontade geral, portanto da democracia, pelo que lhe parece a conveniente adequação do princípio ao caso.

Tal reflexão mostra a extensão que se pode atribuir a um princípio constitucional no neoconstitucionalismo – com a supremacia do princípio sobre a regra singular, há, então, a concretização da norma por vontade da democracia, de acordo com a melhor conveniência jurídica e de justiça para cada caso.

Lembramos, ainda, que o art. 3º da mesma Carta Magna prevê, em seus incisos, como objetivos fundamentais: “construir uma sociedade livre, justa e solidária”; “garantir o desenvolvimento nacional”; “erradicar a pobreza e a marginalização” e “reduzir as desigualdades sociais e regionais”.

³⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Aspectos do direito constitucional contemporâneo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. E-book. (1 recurso online). ISBN 9788502139770. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788502139770>. Acesso em: 22 jul. 2020. p. 368.

³⁸ Ob. Cit.48 p. 372.

Conforme dito por Roman (2008, p. 89)³⁹, o Sistema Financeiro Nacional exerce sua função social de forma integrada com a ordem econômica e financeira, devendo fazê-lo “em atenção aos ditames da justiça social, de forma a contribuir para o atendimento de objetivos socialmente desejados.”

Dessa forma, segue o autor afirmando que o SFN, em obediência aos ditames da Constituição Federal, deve também seguir os princípios e as regras constitucionais referentes à ordem econômica, como a dignidade da pessoa humana, o valor social do trabalho, a livre iniciativa, a sujeição aos ditames da justiça social e a função social da propriedade, entre outros.

Na esteira do anteriormente consignado sobre as regras constitucionais atinentes à ordem econômica, outro trecho da Constituição Federal, cujos termos expressos devem ser lembrados e são sempre mencionados pelos doutrinadores e pesquisadores, é o capítulo "Dos Princípios Gerais da Atividade Econômica", iniciado pelo art. 170 da Constituição Federal.

No entanto, certamente os registros expressos em nossa Carta Magna, assim como a interpretação que se devem seguir os princípios acima elencados, não são suficientes para que haja a plena concretização normativa do comando constitucional.

Não podemos, então, deixar de considerar as questões políticas, conforme lembra Hesse (2009, p. 1)⁴⁰, transcrevendo tese fundamental de Ferdinand Lassalle: “questões constitucionais não são questões jurídicas, mas, sim, questões políticas. Assim, ensinam-nos não apenas os políticos, mas também os juristas.”

Vemos-nos, portanto, diante de assertiva que leva à reflexão sobre a necessidade de se considerar a participação ativa de interesses políticos na concretização normativa preconizada por Müller.

Pode-se dizer que o texto constitucional indica diretrizes teleológicas de orientação finalística, de forma a estabelecer deveres para sua eficácia, especialmente de ordem

³⁹ ROMAN, Flávio José. Normas Constitucionais de justiça social: incidência e eficácia no sistema financeiro. **Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central**, 2008, 2.2: 89.

“Afirmar que o sistema financeiro deve desempenhar uma função social é destacar a necessidade de exercer suas atividades em atenção aos ditames da justiça social, de forma a contribuir para o atendimento de objetivos socialmente desejados.

A determinação do exercício de uma funcionalidade social pelo sistema financeiro, contudo, não se resume às disposições do referido art. 192 da Constituição. É que o sistema financeiro não se imagina isolado da ordem econômica e financeira; ele constitui apenas um capítulo desse título constitucional.”

⁴⁰ HESSE, Konrad. **Temas fundamentais do direito constitucional**: textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009. p.124.

legislativa, jurisdicional e política, aliada, por óbvio, à atividade jurisdicional convergente com tais ditames.

Conforme assinala Neves (2017, p. 46)⁴¹, “O sinal linguístico indica a função social da empresa, por tudo que já foi exposto, a norma impõe ao Judiciário a sua concretização no caso concreto, em complemento ao legislador.”.

Cabe, assim, ao Judiciário a função de concretização da norma, conforme a valoração realizada pelos elementos interpretativos do texto legal ou constitucional, no caso da função social da empresa, que tem previsão expressa no texto constitucional. E, no caso das micro e pequenas empresas, a interpretação para valoração e concretização normativa tem como referência, além do texto constitucional, o texto de leis específicas acerca de sua atividade.

Resta saber se tais leis específicas abrangem todos os aspectos das atividades desse segmento empresarial, como o acesso ao crédito bancário, na condição de consumidor de serviços bancários.

Nesse sentido, tratando da ordem jurisdicional, trazemos à lembrança que julgados do Supremo Tribunal Federal (STF), baseados em Decisão na ADI n.º 2.591/DF⁴², que

⁴¹ NEVES, Edson Alvisi. **A intervenção judicial na empresa**. 1. ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 46.

⁴² Ementa

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.

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. O preceito veiculado pelo art. 3º, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor, deve ser interpretado em coerência com a Constituição, o que importa em que o custo das operações ativas e a remuneração das operações passivas praticadas por instituições financeiras na exploração da intermediação de dinheiro na economia estejam excluídas da sua abrangência.

4. Ao Conselho Monetário Nacional incumbe a fixação, desde a perspectiva macroeconômica, da taxa base de juros praticável no mercado financeiro.

5. O Banco Central do Brasil está vinculado pelo dever-poder de fiscalizar as instituições financeiras, em especial na estipulação contratual das taxas de juros por elas praticadas no desempenho da intermediação de dinheiro na economia.

6. Ação direta julgada improcedente, afastando-se a exegese que submete às normas do Código de Defesa do Consumidor [Lei n.º 8.078/90] a definição do custo das operações ativas e da remuneração das operações passivas praticadas por instituições financeiras no desempenho da intermediação de dinheiro na economia, sem prejuízo do controle, pelo Banco Central do Brasil, e do controle e revisão, pelo Poder Judiciário, nos termos do disposto no Código Civil, em cada caso, de eventual abusividade, onerosidade excessiva ou outras distorções na composição contratual da taxa de juros. ART. 192, DA CB/88. NORMA-OBJETIVO. EXIGÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR EXCLUSIVAMENTE PARA A REGULAMENTAÇÃO DO SISTEMA FINANCEIRO.

determina o alcance do Código de Defesa do Consumidor (CDC) a todas instituições financeiras, demonstram que há, no Poder Judiciário, a preocupação no sentido de trazer efetividade a tais comandos constitucionais. No caso, a Suprema Corte firma o entendimento no sentido de que os serviços prestados pelas instituições financeiras bancárias se aplicam ao Código de Defesa do Consumidor (CDC).

Partindo, então, da referência de tal decisão, depreendemos que o CDC se aplica às relações consumeristas envolvendo as instituições financeiras bancárias e, tendo em vista a definição de consumidor consignada no art. 2º do referido Código, no sentido de que são consumidores pessoas naturais e jurídicas, as micro e as pequenas empresas são, então, postas na condição de consumidoras de serviços bancários.

Em relação à cobrança de taxas de juros abusivas ou em valores elevados sem a devida justificativa, quando da contratação de tais serviços bancários, ressaltamos o que disse Wada (2016, p. 202)⁴³: “Havendo autonomia para a aplicação do art. 39, inciso X, do CDC, resta o desafio de interpretar o sentido e o alcance da ‘justa causa’ que autoriza o aumento dos preços e dos serviços no mercado de consumo”.

7. O preceito veiculado pelo art. 192 da Constituição do Brasil consubstancia norma-objetivo que estabelece os fins a serem perseguidos pelo sistema financeiro nacional, a promoção do desenvolvimento equilibrado do País e a realização dos interesses da coletividade.

8. A exigência de lei complementar veiculada pelo art. 192 da Constituição abrange exclusivamente a regulamentação da estrutura do sistema financeiro. CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL. ART. 4º, VIII, DA LEI N.º 4.595/64. CAPACIDADE NORMATIVA ATINENTE À CONSTITUIÇÃO, FUNCIONAMENTO E FISCALIZAÇÃO DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. ILEGALIDADE DE RESOLUÇÕES QUE EXCEDEM ESSA MATÉRIA.

9. O Conselho Monetário Nacional é titular de capacidade normativa – a chamada capacidade normativa de conjuntura – no exercício da qual lhe incumbe regular, além da constituição e fiscalização, o funcionamento das instituições financeiras, isto é, o desempenho de suas atividades no plano do sistema financeiro.

10. Tudo o quanto exceda esse desempenho não pode ser objeto de regulação por ato normativo produzido pelo Conselho Monetário Nacional.

11. A produção de atos normativos pelo Conselho Monetário Nacional, quando não respeitem ao funcionamento das instituições financeiras, é abusiva, consubstanciando afronta à legalidade.

Decisão: Após o voto do Senhor Ministro Carlos Velloso, Relator, emprestando ao § 2º do artigo 3º da Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990, interpretação conforme a Carta da República, para excluir da incidência a taxa dos juros reais nas operações bancárias, ou a sua fixação em 12% (doze por cento) ao ano, e do voto do Senhor Ministro Néri da Silveira, julgando improcedente o pedido formulado na inicial, solicitou vista o Senhor Ministro Nelson Jobim. Falaram, pela Confederação Nacional do Sistema Financeiro – CONSIF, o Professor Ives Gandra da Silva Martins, e, pela Advocacia-Geral da União, o Dr. Walter do Carmo Barletta. Presidência do Senhor Ministro Marco Aurélio. Plenário, 17.4.2002. Decisão: Renovado o pedido de vista do Senhor Ministro Nelson Jobim, justificadamente, nos termos do § 1º do artigo 1º da Resolução n.º 278, de 15 de dezembro de 2003. Presidência do Senhor Ministro Maurício Corrêa. Plenário, 28.04.2004. Decisão: Preliminarmente, o Tribunal, por unanimidade, indeferiu o requerimento do IDEC–Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor.

⁴³ WADA, Ricardo Morishita. **A proteção do consumidor contra as práticas comerciais abusivas no Código de Defesa do Consumidor: novo ensaio para sistematização e aplicação do direito do consumidor**. 2016. p. 202.

Tal interpretação encontra ainda maior obstáculo quando se trata de serviços, mais do que quando se trata de produtos fornecidos. Maior ainda quando se trata de serviço bancário e do percentual de taxas de juros, os quais são estabelecidos com base em modelos de risco e regras pré-definidas pelo regulador do SFN e por políticas internas das instituições financeiras.

Aspecto relevante a ser recordado é o fato de atuarem nesse sentido não apenas as instituições financeiras reguladas, mas, também, instituições que, embora não tenham natureza de instituição financeira, em razão de sua característica de concedente de crédito, passam a abranger as conclusões referentes à função social e econômica da empresa, como as recém-criadas pela Lei Complementar n.º 167/19 – Empresas Simples de Crédito (ESCs) –, as quais não são instituições financeiras, portanto não sujeitas à supervisão e à regulação do Banco Central do Brasil, no entanto, concedem crédito a micro e pequenas empresas.

A função social do sistema financeiro também pode ser concretizada por meio de diversas instituições financeiras, reguladas ou não reguladas, como registra Souza (2016, p. 26)⁴⁴:

podem-se citar, ao menos indiretamente, a realidade dos institutos de microcrédito das moedas sociais, dos bancos públicos de desenvolvimento, (...) uma vez que são instrumentos indiretos da regulação social do mercado de políticas públicas de indução que almejam atingir, com o auxílio do setor financeiro, o desenvolvimento social do Estado, ao buscar alcançar a função social do sistema financeiro.

O microcrédito⁴⁵ das moedas sociais não é operação regulada em razão das características peculiares dessas chamadas “moedas⁴⁶”, que, entretanto, não fazem parte do rol de instituições reguladas⁴⁷, não são reconhecidas como moedas, no sentido estrito do conceito,

⁴⁴ SOUZA, Francisco de Assis Diego Santos, *et al.* **Regulação para a estabilidade econômico-financeira ou para o desenvolvimento social: a difícil missão dos Estados nacionais.** 2016. p. 26.

"Espera-se que o Estado nacional efetive políticas destinadas a alterar o mercado, reestruturando-o para o desenvolvimento social e econômico.

⁴⁵ Microcrédito é destinado ao pequeno empreendedor tomador de crédito de pequeno montante, seja ele empreendedor informal tomador de crédito como pessoa natural, microempreendedor individual, ou ainda uma microempresa. Não há uma faixa pré-determinada para definir até qual valor é considerado microcrédito, mas, sim, um entendimento conceitual de que se trata de um crédito típico para o empreendedor pequeno e individual.

⁴⁶ Moeda é um meio pelo qual são efetuadas as transações monetárias para troca de bens ou de serviços. Como meio de troca, a moeda também tem a função de unidade de conta, permitindo, assim, exprimir numericamente os ativos e os passivos, os haveres e as dívidas; e, ainda, a função de reserva de valor, como um ativo, para utilização futura. A moeda oficial é a emitida pelo Estado, por meio de sua autoridade monetária, Banco Central. Demais outros meios de pagamentos também chamados de moedas, como as moedas eletrônicas e as moedas sociais, não são reconhecidos formalmente e legalmente como moedas, mas, sim, como meio de pagamentos.

⁴⁷ Rol de instituições financeiras, instituições assemelhadas a instituições financeiras e instituições de pagamentos reguladas e supervisionadas pela autoridade supervisora, no caso do Brasil, o Banco Central do Brasil.

mas exercem papel relevante para o desenvolvimento da economia local, que têm suas transações comerciais facilitadas pela utilização de uma “moeda social” local.

Outro autor que traz contribuições nessa seara é Fernandes (2008, p. 25-45):⁴⁸

Nessa toada, pode-se examinar institutos alternativos que demonstram ser possível, a partir do sistema financeiro, pelo poder de direcionamento do Estado, de modo direto ou indireto, em respeito às raízes constitucionais, projetar na sociedade alguns instrumentos de política social do mercado financeiro. Podem-se citar o microcrédito, as cooperativas de crédito, os bancos públicos de desenvolvimento, os bancos comunitários e suas moedas sociais. Em todos eles, encontram-se arraigados os princípios da solidariedade e do desenvolvimento econômico, com clara ligação entre o Direito e a economia humana, que se materializa a partir do reconhecimento do princípio da dignidade da pessoa humana.

O que se desprende dos mencionados autores é a concretização da função econômico-social consignada na Constituição Federal – constituição econômica que estabelece o vínculo entre direito e economia. No caso específico do sistema financeiro, isso pode ser verificado prioritariamente pela atuação de instituições não reguladas, parte do direito, mas fora da regulação econômica e financeira, como bancos comunitários e suas moedas sociais, realizando operações de microcrédito, entre outras formas de intermediação que contribuem para as economias locais.

Podemos dizer que são parte do Direito por possuírem personalidade jurídica formal, com natureza jurídica ora de associações, ora de Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIPs),⁴⁹ sujeitas a todas obrigações do direito pátrio, mas não são instituições autorizadas a funcionar nem supervisionadas pela autoridade supervisora do SFN, o que as deixa à margem do sistema de crédito e de intermediação financeira como um todo.

Não pode, também, deixar de ser registrada a relevante participação de instituições reguladas, como as cooperativas e os bancos públicos de desenvolvimento.

⁴⁸ FERNANDES, Fernanda Vasconcelos. A economia solidária e o desenvolvimento socioeconômico por meio do microcrédito. **Prim@ Facie-Revista do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas**, UFPB, v. 7, n. 13, p. 25-45, 2008.

⁴⁹ OSCIPs estão definidas no art. 1º de sua lei de criação, a Lei n.º 9.790, de 23 de março de 1999, que “Dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, institui e disciplina o Termo de Parceria, e dá outras providências”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9790.htm

As OSCIPs, conforme previsto no mencionado art. 1º da Lei n.º 9.790/1999, “são pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos que tenham sido constituídas e se encontrem em funcionamento regular há, no mínimo, 3 (três) anos, desde que os respectivos objetivos sociais e normas estatutárias atendam aos requisitos instituídos por esta Lei”.

Na sequência, Fernandes (2008) afirma que a mencionada economia solidária e a política dela decorrente têm desafio relevante a ser superado, na medida em que há notória dificuldade na obtenção de crédito, mesmo nas categorias dos demandantes por microcrédito, em razão da ausência de garantias reais e outros requisitos típicos de todas instituições integrantes do sistema bancário. Quanto à menção sobre a clara ligação entre direito e economia, Trubek⁵⁰, em entrevista a Rodriguez (2009),⁵¹ ressalta que não apenas a economia, mas outras ciências são fundamentais para a pesquisa em Direito:

como o Direito afeta a Economia, ou como se aumenta o alcance do Direito para que ele tenha efeito sobre as relações sociais e outras questões com as quais a Economia não lida. É difícil imaginar que se possa efetivamente atuar como jurista neste campo se não se está, no mínimo, consciente das questões; ou se não se é capaz de debater determinados problemas com representantes dessas outras disciplinas. Assim, certamente existe lugar para os juristas no campo, não é preciso ter experiência em economia, sociologia ou antropologia para fazer pesquisas na área. Mas é preciso ser capaz de dialogar com estas pessoas e entender argumentos para aperfeiçoar suas teorias.

Com esse paradigma, podemos seguir na linha de análise de estreita relação da economia solidária com o Direito, a Economia de Mercado, a Sociologia e a Administração, todos interligados pelos valores humanos e sociais, combinados com os princípios constitucionais da livre iniciativa, da função social da empresa, da dignidade da pessoa humana, do desenvolvimento nacional e da aplicação imediata dos direitos fundamentais, os quais podem ter como elemento de concretização o microcrédito individual ou empresarial, por exemplo.

Mick (2003)⁵², juntamente com outros autores, entende que a concessão do microcrédito, ou até mesmo do crédito convencional a microempreendedores individuais, pequenas e microempresas, é fator propulsor de desenvolvimento e de combate à pobreza, na medida em que são notórios geradores de emprego e renda.

Segundo Mick (2003, p. 230), o microcrédito “Pode ser visto como um direito de cidadania, na medida em que a democratização do crédito contribui para o desenvolvimento dos pequenos empreendimentos, para o incremento da renda familiar das famílias mais

⁵⁰ David M. TRUBEK é professor do “Center for World Affairs and the Global Economy”, da Universidade de Wisconsin, e um dos fundadores e ainda hoje um dos principais autores da agenda Law and Development. É autor, dentre outros, do livro “The New Law and Economic Development: A Critical Appraisal.” (2006).

⁵¹ RODRIGUEZ, José Rodrigo *et al.* **O novo direito e desenvolvimento: entrevista com David Trubek.** 2009.

⁵² MICK, Jacques, *et al.* **O caráter social do crédito: microcrédito, combate à pobreza e desenvolvimento alternativo – a experiência brasileira e o caso da Portosol** (1996-2002). 2003.

próximas da linha da pobreza e para o aumento da autoconfiança das comunidades beneficiadas.”

A geração de emprego é, por si só, geradora de renda. Assim, quanto mais empregos gerados pelas micro e pequenas empresas, mais trabalhadores auferem renda e consomem, alimentando, assim, um ciclo virtuoso na economia (que proporciona a concretização da função social da empresa), o qual foi iniciado com o empreendedorismo, intrinsecamente dependente do crédito, nas suas diversas modalidades: investimento inicial, capital de giro e reinvestimentos.

Registre-se, ainda, que, no caso das micro e pequenas empresas, esse ciclo virtuoso é ainda mais fortemente alimentado, tendo em vista que se trata de segmento gerador de mais de 50% dos empregos formais do Brasil, conforme afirmado pelo Ministério da Economia⁵³.

Corroborando tal raciocínio, Arnoldi (2010, p. 57)⁵⁴ assevera que:

...as MEs e EPPs ainda encontram-se mais vulneráveis aos efeitos da crise econômico-financeira internacional.

O papel do Estado na preservação de tais empresas, cuja importância social já foi explicitada, **é fundamental**. O poder público deve investir em infraestrutura, conhecimento e reduzir a tributação sobre elas incidente, intensificando os investimentos, **com destaque para a criação de linhas de crédito especiais destinadas a este setor empresarial**. (grifo nosso)

O autor reafirma a importância social das micro e das pequenas empresas ao tempo em que reforça o papel fundamental do Estado na preservação dessas empresas, especialmente no que se refere ao crédito.

Arnoldi segue, ainda, afirmando a necessidade de políticas públicas, especialmente em momentos de crise, para preservar tal segmento empresarial. No entanto, é relevante destacar que não significa que tais políticas públicas implementadas pelo Estado são necessárias apenas em momentos de crise, mas, principalmente, sendo, sim, necessárias tais

⁵³ SEBRAE em convênio com a Receita Federal do Brasil/Ministério da Economia. Disponível em: https://m.sebrae.com.br/Sebrae/Portal%20Sebrae/UFs/SP/Pesquisas/dados_mpes_brasil_2014.pdf e em: https://m.sebrae.com.br/Sebrae/Portal%20Sebrae/UFs/SP/Pesquisas/onde_mpes_brasil.pdf

⁵⁴ ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo; MADUREIRA, Mirella. A Crise Econômico-Financeira Internacional e seus Impactos na Preservação das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte Brasileiras. **Revista da Faculdade de Direito da UFG**, v. 33, n. 2, p. 50-59, 2010. p. 57.

políticas a todo momento, independentemente de períodos de recessão ou outros fatores que influenciem negativamente a atividade empresarial.

Nessa mesma esteira, Valente (2002)⁵⁵ – analisando em especial a experiência de microcrédito do Banco do Nordeste, denominado de CrediAmigo – destaca que ela “revelou os impactos positivos do programa em relação à melhoria dos negócios e ao bem-estar dos beneficiários, além de demonstrar a satisfação do público-alvo com o programa, que afirmou que os seus negócios cresceram após o CrediAmigo”.

A experiência do CrediAmigo demonstra resultados diretos de crédito da espécie no desenvolvimento da região em que foi utilizado como política pública, e está em operação até o presente momento, especialmente destinado ao público-alvo de beneficiários do Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar (PRONAF).

De acordo com Relatório⁵⁶ de 2019 do Banco do Nordeste sobre o Programa de Microfinanças, foram realizadas cerca de 500 mil operações de microcrédito, com valor médio de R\$ 5 mil, totalizando cerca de R\$ 2,5 bilhões de crédito destinado a: (i) atendimento aos agricultores familiares do Grupo B do PRONAF, com renda bruta anual de até R\$23.000,00, com crédito de até R\$ 5.000; (ii) atendimento aos agricultores familiares de faixa de renda intermediária com crédito de até R\$ 15.000; (iii) cartão de débito para a inclusão financeira e para facilitar as transações bancárias dos agricultores; e (iv) seguro de vida do agricultor familiar, garantindo indenização ao beneficiário em caso de falecimento do titular.

No entanto, tal conclusão sobre o crédito para o microempreendedor pode não ser fundamento suficiente para a sensibilização que ocasione uma alteração legislativa e regulatória ou mudança de prática das concedentes de crédito no sentido de aumentar a oferta de crédito para determinado segmento. Certamente é argumento que merece toda a atenção dos legisladores e reguladores e dos formuladores de políticas públicas e gestores governamentais, mas pode-se inferir que há necessidade de ser estruturada uma série de argumentos e fundamentos técnicos que levem a uma regulação adequada ou à prática inovadora das

⁵⁵ VALENTE, Rita. **Microcrédito como instrumento de desenvolvimento econômico e social**. 2002. Pesquisa de avaliação de impacto, realizada em abril de 2001, em nove estados da região Nordeste, pelo Instituto de Pesquisas Sociais, Políticas e Econômicas (Ipesp), confirmada em julho de 2001 em pesquisa realizada pelo Tribunal de Contas da União quando do cumprimento do Plano de Auditoria da Secretaria de Controle Externo no Estado da Paraíba.

⁵⁶ BANCO DO NORDESTE DO BRASIL. **Relatório 2019 de Microfinanças**. Disponível em: <https://www.bnb.gov.br/documents/22492/23742/RelatorioMicrofinancas2019.pdf/c28f8c3f-f1ab-179c-2f9a-33b50015f2b1>.

concedentes de crédito, no sentido de facilitação da concessão de crédito ao setor empresarial de pequeno porte.

1.2 Breve histórico do mercado de crédito no Brasil

O chamado sistema de crédito de uma nação constitui fator preponderante para o desenvolvimento de sua sociedade, de sua economia, de seus agentes econômicos e, finalmente, de seus cidadãos, conforme consignado por Schumpeter (1997, p. 229)⁵⁷:

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 neste sentido como uma ordem para o sistema econômico se acomodar aos propósitos do empresário, como um comando sobre os bens de que necessita: significa confiar-lhe forças produtivas. É só assim que o desenvolvimento econômico poderia sugerir a partir de um mero fluxo circular em equilíbrio perfeito. E essa função constitui a pedra angular para a moderna estrutura de crédito.

O autor ressalta o papel relevante e propulsor do desenvolvimento que exerce o crédito empresarial por meio da antecipação da participação do empresário na cadeia produtiva, fazendo, assim, com que inicie um ciclo positivo antes do que o faria sem o crédito, ou até mesmo viabilizando o exercício de uma atividade empresarial que talvez nem viesse a existir se não pela concessão e utilização do crédito.

Visando, então, estabelecer normas que permitam a constituição e a manutenção de instituições sólidas capazes de realizar intermediações seguras entre os agentes econômicos, os Estados estruturam seus sistemas financeiros, sempre compostos por entidades estatais que elaboram as regras e realizam o monitoramento e a supervisão de seu funcionamento.

No caso do Brasil, conforme Cavalcante (2002, p. 35)⁵⁸, o sistema financeiro, anteriormente descrito por meio de suas estruturas e instituições, “é um conjunto de instituições e instrumentos financeiros que possibilita a transferência de recursos dos ofertadores finais aos tomadores finais, e cria condições para que os títulos e valores mobiliários tenham liquidez no mercado.”

⁵⁷ SCHUMPETER, J. A. (1911). **Teoria do desenvolvimento econômico: uma investigação sobre lucros, capital, crédito, juro e o ciclo econômico**. São Paulo, SP: Nova Cultural, 1997. 229 p.

⁵⁸CAVALCANTE, Francisco. **Mercado de Capitais**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Campus, 2002.

Por sua vez, Silva (2016)⁵⁹ relata a necessidade de criação do sistema financeiro no Brasil a partir da vinda da família real de Portugal e do início de transações comerciais com os países da Europa, exercendo, assim, sua função primordial de intermediação de recursos, a qual veio seguida da necessidade de desenvolvimento da função de intermediação de recursos por meio da concessão de crédito.

Lembrando dos dizeres de nossa Carta Magna, no *caput* do art. 192⁶⁰, já mencionado anteriormente, o qual assevera que o SFN deve ser “estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade”, e remete para o ordenamento legal, estabelecendo que “será regulado por leis complementares”, com delegação ao legislador a competência de concretizar o objetivo constitucional de desenvolver o país de forma equilibrada, atendendo aos interesses de toda a sociedade.

Assim, desse dispositivo constitucional se depreende a relevância do sistema financeiro, com sua função precípua de intermediação financeira, especificamente representada pela concessão do crédito como fator primordial para a promoção do desenvolvimento econômico e, conseqüentemente, do desenvolvimento social e do País como um todo, de forma equilibrada, contemplando toda a sociedade.

Sendo assim, a função de concessão do crédito é realizada por instituições públicas e privadas com diferentes objetivos e características, a qual tem como regulador e supervisor o Banco Central do Brasil, criado concomitantemente à estruturação do sistema financeiro bancário brasileiro, cujo histórico passamos a relatar.

No Brasil, ainda sem um sistema financeiro formalmente constituído, a primeira instituição financeira bancária foi o Banco do Brasil, que hoje tem natureza jurídica de sociedade de economia mista.

Conforme consignado por Franco (2017, p. 290-291)⁶¹, a vinda de d. João VI para a colônia foi acompanhada do desejo do monarca em abrir portos, realizar melhoramentos urbanos e fundar um banco emissor. Afirma, então, o autor: “Não se tratava apenas de emulação

⁵⁹SILVA, Sheldon William et al. **O Sistema Financeiro Nacional Brasileiro: contexto, estrutura e evolução.** Revista da Universidade Vale do Rio Verde, v. 14, n. 1, p. 1015-1029, 2016.

⁶⁰ BRASIL. **Constituição Federal.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 23/06/2020.

⁶¹ FRANCO, Gustavo HB. **A moeda e a lei: uma história monetária brasileira, 1933-2013.** Editora Schwarcz-Companhia das Letras, 2017. p.290-291.

de conveniências e controvérsias europeias sobre a moeda, mas das necessidades de financiamento da corte e dos investimentos necessários para estabelecer a nova sede do Império Português.”

E assim foi expedido um alvará, em 12 de outubro de 1808, criando o Banco do Brasil, com o objetivo principal, segundo Franco (2017, p. 290-291), de “servir de acessório às finanças da Monarquias, bem como para resolver a escassez de meio circulante na colônia, e que não possuía qualquer limitação para suas emissões.”

Ainda colônia de Portugal, sem sistema financeiro estruturado, sem economia independente dos interesses do colonizador, a criação de um banco tinha como única função a guarda e a transferência de valores. Com tal estrutura, não havia ainda a intermediação de recursos, mas apenas transferências visando a troca por bens e serviços tanto internamente quanto com países da Europa.

Vieira *et al* (2012, p. 147)⁶² relata a criação do primeiro Banco do Brasil, e destaca:

No início do período colonial, o Brasil não possuía uma moeda própria, as transações comerciais eram realizadas por exclusivamente trocas diretas entre mercadorias, onde açúcar e algodão, por exemplo, serviam como valores de referência, na forma de “moedas-mercadorias”. Moedas metálicas, oriundas de Portugal ou de nações economicamente dominantes, eram também utilizadas.

Assim, foi constituído, por um capital de 1.200 ações de um conto de réis cada, o Banco do Brasil, o qual tinha função de emitir notas bancárias, o que alterou significativamente o meio circulante na colônia.

Vieira *et al* (2012, p. 147) ainda destacam:

Não havia, entretanto, intenção em fomentar produção ou comércio local. Sua função era assegurar a emissão de moeda para atender as necessidades da coroa portuguesa, pois a cobrança direta de tributos era deficitária. A primeira oferta pública de ações só se completou, no entanto, nove anos depois, em 1817. Limitando-se a emissão de moeda, o sistema de crédito existente pouco se alterou.

Tal reflexão demonstra, de forma determinante, a associação direta, já naquela época, entre o crédito e o fomento, o desenvolvimento de atividades econômicas com

⁶² VIEIRA, José Augusto Gomes; PEREIRA, Heider Felipe Silva; DO AMARAL PEREIRA, Wilton Ney. **Histórico do Sistema Financeiro Nacional**. Revista Científica e-Locução, v. 1, n. 02, p. 147, 2012.

consequentes ganhos sociais, o que não era interesse da Coroa. Esse Banco do Brasil teria suas atividades encerradas em 1829 e sua liquidação, por decreto, em junho de 1833, quando foram retiradas de circulação suas cédulas de emissão e substituídas por cédulas de emissão do Tesouro Nacional.

Em 1836, foi criado o primeiro banco emissor privado, patrocinado por comerciantes locais, no Ceará, com o apoio da administração provincial, a qual passou a permitir a criação de tais instituições, que não poderiam emitir de forma autônoma, dependendo de autorização de lei federal.

Apenas em 1838 foi estruturado um sistema bancário visando o fomento econômico, com captação de recursos e concessão de crédito para o desenvolvimento.

O Banco Comercial do Rio de Janeiro foi então criado com objetivo direcionado para o fomento agrícola e comercial. Em seguida, foram criados os bancos Comercial da Bahia (1845), Comercial do Maranhão (1846), Comercial do Pará (1847), Comercial de Pernambuco (1851) e o Banco Comercial e Industrial do Brasil (1851).

Em mais um momento da história, é feita a associação do crédito com o desenvolvimento, a expansão da produção agrícola e da atividade comercial diretamente associada à concessão do crédito por meio da primeira instituição bancária do País orientada para a captação de recursos com vistas à concessão do crédito para o fomento econômico.

O Banco do Brasil ressurge, então, pela terceira vez, em 1851, com um capital de 10.000 contos de réis, mas é logo objeto de uma fusão, em 1853, com o Banco Comercial do Rio de Janeiro, quando passa a ser chamado de o quarto Banco do Brasil.

O quinto Banco do Brasil, tido como o atual Banco do Brasil, surge de nova fusão com o Banco da República do Brasil, em 1906, quando finalmente tornou-se a única instituição autorizada a emitir moeda, e foi criada a primeira regulamentação legal do sistema bancário existente de âmbito nacional.

Anteriormente, em razão da falta de comunicação entre as diversas e distantes regiões do País, legislações locais regulamentavam a emissão de títulos de crédito e de moedas regionais.

Passo seguinte foi dado em 1921 com a criação da Carteira de Redescoto, primeira iniciativa de depósito compulsório para os bancos, primeira atividade efetiva como autoridade monetária, aprimorando o sistema de garantias para a concessão das operações de crédito, demonstrando que, desde a origem do crédito, as garantias são fator primordial para sua efetiva concessão.

Posteriormente, em 1945, criou-se a Superintendência da Moeda e do Crédito (SUMOC), que absorveu a função da Carteira de Redescoto, tendo sido, posteriormente, substituída pelo Conselho Monetário Nacional (CMN) e pelo Banco Central do Brasil, por meio da Lei n.º 4.595, de 31 de dezembro de 1964, que regulamentou o SFN e institucionalizou a correção monetária como forma de minimizar perdas inflacionárias para permitir maior captação de recursos pelos bancos.

Segundo Lopes e Rossetti (1992, p. 315)⁶³, esse período:

O pós-guerra fica marcado pela consolidação de agências bancárias em diferentes regiões do país, a implantação da Superintendência da Moeda e do Crédito – SUMOC (embrião do Banco Central), a criação de uma instituição de fomento, o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico – BNDE e o desenvolvimento espontâneo de companhias de crédito para o consumo de bens duráveis e bens de capital.

Concomitantemente, relata Jayme Jr. (2010)⁶⁴, que, além de BCB e BNDE também foram criados o “Banco Nacional da Habitação (BNH), Caixa Econômica Federal (CEF), Banco do Nordeste do Brasil (BNB), Banco da Amazônia S.A. (Basa), Banco Nacional de Crédito Cooperativo (BNCC), além dos bancos estaduais, comerciais e de desenvolvimento.”.

Em termos mundiais, Posner e Weyl (2019, p. 151)⁶⁵ lembram que:

O sistema econômico do pós-guerra se assentava em três pilares: o comércio internacional, a estabilização monetária e macroeconômica, e o financiamento do desenvolvimento. Cada pilar era representado por uma instituição: o Acordo Geral de Tarifas e Comércio (AGTT), o Fundo Monetário Internacional (FMI) e o Banco Mundial. O AGTT procurou estabelecer uma base equitativa de comércio entre todos os participantes, que suplementaria a rede de acordos comerciais bilaterais e as políticas aduaneiras unilaterais do período anterior à guerra.

⁶³ LOPES, João do Carmo e ROSSETTI, José P. **Economia Monetária**. Editora Atlas, 6. ed., 1992.

⁶⁴ JAYME JR, Frederico G. Organizador *et al.* **Bancos públicos e desenvolvimento**. 2010.

⁶⁵ POSNER, Eric A.e WEYL, E. Glen. **Mercados Radicais, reinventando o capitalismo e a democracia para uma sociedade justa**. Tradução Denise Bottmann. – 1ª ed. – São Paulo: Portfólio-Peguim, 2019. p.151.

É nesse cenário que os sistemas financeiros ficam ainda mais interligados, demandando por aperfeiçoamentos, tanto no que se refere à dinâmica operacional quanto ao tratamento do risco.

Voltando ao Brasil, em 1985, é realizada a incorporação do BNH pela CEF, constituindo, assim, a configuração atual da chamada Caixa, com ampliação de suas funções de captação da poupança popular e de prestação de serviços financeiros, para também ser responsável por articular os programas de saneamento e infraestrutura urbana.

Relevante registrar que, à exceção do BCB, o qual foi concebido com a função de autoridade monetária, cambial e supervisora do SFN, toda essa estrutura de bancos públicos federais, regionais e estaduais foi montada com o objetivo principal de conceder crédito voltado para o respectivo fomento nacional, regional e estadual, e com especialidades nas áreas rural, imobiliária e comercial.

No início dos anos 1990, em razão de fenômenos como o início, à época, da propaganda de globalização e da abertura econômica, alguns governos, como o do Brasil, resolveram iniciar processos de ajustes em seus sistemas financeiros.

Assim, foram instituídos programas como o Programa de Estímulo à Reestruturação e ao Fortalecimento do Sistema Financeiro Nacional (PROER), em 1995, por meio da Medida Provisória n.º 1.179 e da Resolução do CMN n.º 2.208⁶⁶, ambas de 03 de novembro de 1995, com o objetivo de ordenar a fusão e a incorporação de bancos a partir de regras ditadas pelo Banco Central.

Tal arcabouço normativo, segundo publicação no *site* do BCB⁶⁷:

Deu ao Banco Central o aparato legal de que necessitava para conduzir o sistema financeiro a um novo modelo, outorgando-lhe o poder de deixar no sistema somente as instituições que tiverem saúde, liquidez e solidez. O BC viu assim multiplicada a sua responsabilidade perante o país, mas, por outro lado, passou a deter os instrumentos para sanear o sistema.

⁶⁶ Resolução do CMN n.º 2.208⁶⁶, de 03 de novembro de 1995. Disponível em https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/46054/Res_2208_v3_L.pdf. Acesso em 13/06/2020.

⁶⁷ Banco Central do Brasil. Disponível em <https://www.bcb.gov.br/htms/proer.asp?frame=1>

Também foi instituído o Programa de Incentivo à Redução da Presença do Estado na Atividade Bancária (PROES), em 1997, por meio da Medida Provisória n.º 1.514, de 07 de agosto de 1996, sobre o qual comenta Júnior (2004, p. 81)⁶⁸:

A proposta fundamental do Proes era, após tantos programas de ajustamento frustrados, reduzir ao mínimo a presença de instituições financeiras controladas por governos estaduais no sistema financeiro. Uma característica importante do programa é o fato de a adesão do estado ser voluntária, diferentemente da solução de liquidação. Por um lado, isso dá ao estado a possibilidade de participar ou não do programa, e escolher a modalidade de participação, e por outro, faz com que ele partilhe o ônus político dessa decisão.

Em seguida, o Brasil aderiu ao acordo internacional que, segundo De Mendonça (2019, p. 27)⁶⁹, foi originado da demanda dos bancos centrais do G10, os quais, “preocupados com a fragilização dos bancos em função de seu elevado grau de exposição às dívidas dos países menos desenvolvidos em *default* e do crescimento das operações de maior risco para os sistemas bancários”, demandaram do Comitê da Basileia o desenvolvimento de padrões mínimos de adequação de capital, com foco essencialmente em regras prudenciais das operações bancárias e interbancárias, especialmente voltadas para a análise e a mitigação do risco nas operações de crédito

O resultado foi, então, a instituição do chamado Acordo da Basileia de 1988, o qual tem o nome da cidade de Basileia na Suíça em razão de ter sido o local onde se realizaram as reuniões e a assinatura do termo final do Acordo, e onde fica a sede do Bank of International Settlements (BIS)⁷⁰, chamado coloquialmente de banco central dos bancos centrais por ser a entidade internacional responsável por realizar estudos e pesquisa visando editar diretrizes de recomendação aos países aderentes, às quais os respectivos bancos centrais buscam se adequar ao máximo.

O Acordo de Basileia está em vigor até hoje e é seguido pelos bancos centrais de diversos outros países, inclusive o BCB, como forma de mitigação da ocorrência de risco

⁶⁸ JUNIOR, Cleofas Salviano. **Bancos estaduais: dos problemas crônicos ao PROES**. Banco Central do Brasil, 2004.

⁶⁹ DE MENDONÇA, Ana Rosa Ribeiro. **O Acordo da Basileia de 2004: uma revisão em direção às práticas de mercado**. Recuperado em, v. 25, 2019.

⁷⁰ Bank of International Settlements (BIS) tem a missão de servir os bancos centrais na busca pela estabilidade monetária e financeira, promover a cooperação internacional nessas áreas e atuar como um banco para os bancos centrais. Fundado em 1930, o BIS pertence a 62 bancos centrais, representando países de todo o mundo, que juntos representam cerca de 95% do PIB mundial. Sua sede é em Basileia, Suíça, e possui dois escritórios de representação: na Região Administrativa Especial de Hong Kong e na Cidade do México. Disponível em <https://www.bis.org/about/index.htm>. Acesso em 13/06/2020.

sistêmico em seus sistemas financeiros nacionais. O ato normativo inaugural do chamado Acordo de Basileia no Brasil se deu com a edição da Resolução n.º 2.099/1994⁷¹ do Conselho Monetário Nacional, dispondo acerca da primeira metodologia para apuração do Patrimônio de Referência (PR)⁷².

A adesão do Brasil ao BIS e ao Acordo de Basileia trouxe a adoção de uma série de regras prudenciais novas para o SFN, que surtiram efeitos diretos sobre as operações de crédito realizadas por todas as instituições integrantes do sistema.

Conforme ainda ressaltado por De Mendonça (2019, p. 28):

O método de adequação do capital dos bancos presente no Acordo era inovador, uma vez que a necessidade de **manutenção de capital pela posse de ativos ou pela realização de operações fora de balanço era ponderada pela exposição ao risco de crédito** resultante destas posições. Desta forma, os bancos deveriam manter níveis mínimos de capital para cada um dos instrumentos de sua carteira de ativos. (grifo nosso)

Tal ponderação pela exposição de risco⁷³ e pela necessidade de alocação de capital⁷⁴ fez com que as instituições adotassem postura ainda mais conservadora na concessão de crédito para os tomadores sem garantia real, resultando em maior restrição de acesso ao crédito por tomadores com menor poder de comprovação de capacidade de pagamento e menor detenção de ativos reais, entre os fatores ponderados pelos modelos de risco que passaram a ser seguidos pela autoridade supervisora e impostos às instituições financeiras e assemelhadas.

⁷¹ Conselho Monetário Nacional. Banco Central do Brasil. **Resolução n.º 2.099, de 17 de agosto de 1994**. Dispõe sobre a metodologia para apuração do Patrimônio de Referência (PR). Disponível em: https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/res/1994/pdf/res_2099_v1_O.pdf

⁷² Patrimônio de Referência é o valor do patrimônio líquido a ser apurado pelas instituições financeiras, visando a mitigação de risco de crédito e consequente risco sistêmico para o SFN, conforme metodologia que define critérios relativos a provisão, dívidas subordinadas, instrumentos híbridos de capital de dívidas, e também reservas, créditos tributários, ativos diferidos, entre outros.

⁷³ Termo utilizado para se referir ao grau de risco ao qual fica exposta a instituição concedente do crédito. O CMN e o BCB editaram regulamentação seguindo as orientações do Acordo de Basileia determinando às instituições financeiras integrantes do SFN a alocação de capital de acordo com a operação realizada e o grau de risco de cada operação e carteira de crédito.

⁷⁴ Alocação de capital é termo contábil que define a “separação” pela instituição financeira bancária ou assemelhada concedente de crédito de determinado recurso como garantia para caso de não pagamento por parte de determinada operação de crédito.

1.2.1 Informalidade da pessoa natural e da pessoa jurídica

Segundo dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (PNAD), conhecida como PNAD Contínua, do IBGE⁷⁵, divulgada no dia 27/09/2019, a economia informal no Brasil gera três vezes mais emprego do que a economia formal.

Esse dado demonstra o alto grau de atividade informal no País, o que significa um número elevado de empreendedores que se mantêm à margem da formalidade e, portanto, excluídos do acesso ao crédito cooperativo e pessoal, permanecendo fora do escopo de políticas públicas destinadas ao desenvolvimento por meio do crédito ao pequeno empreendedor.

Tal grau de informalidade é fator preponderante, pois dificulta ainda mais a elaboração e a implementação de políticas públicas que visem o aumento do acesso ao crédito pelos pequenos empreendedores como meio de concretizar a função social preconizada em nossa Carta Maior, pois a ausência da atividade formal pressupõe a impossibilidade de registros e cadastros de pessoa jurídica, necessários para a demanda por essa linha de financiamento.

Sobre os danos da informalidade para o microempreendedor, o Relatório de 2018⁷⁶ da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) afirma: “Quando empresas inteiras estão fora do regime formal, isso impede o acesso aos serviços financeiros, ao crédito e à participação em licitações públicas”.

O mesmo relatório se refere a dados do IBGE para afirmar que “cerca de 36% dos empregos atuais são informais, os atuais sistemas de proteção contra o desemprego não conseguem chegar ao grupo mais vulnerável de trabalhadores”.

Outro organismo internacional, o Banco Mundial (2007)⁷⁷, em relatório exclusivo sobre o tema “informalidade” conclui que:

muitos trabalhadores, empresas e famílias escolhem o seu melhor nível de envolvimento com as normas e instituições públicas, dependendo de sua avaliação

⁷⁵ Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, disponível na página oficial na rede mundial de computadores, internet, no endereço <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/multidominio/cultura-recreacao-e-esporte/17270-pnad-continua.html?=&t=o-que-e>, de setembro de 2019. Acesso em 10/06/2020.

⁷⁶ Relatório de 2018 da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE). Disponível em: <http://www.oecd.org/economy/surveys/Brazil-2018-OECD-economic-survey-overview-Portuguese.pdf>.

⁷⁷ PERRY, Guillermo E. *et al.* **Informality: Exit and exclusion**. The World Bank, 2007. Disponível em: <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/6730/400080Informal101OFFICIAL0USE0ONLY1.pdf;sequence=1>.

dos benefícios líquidos associados à informalidade e do esforço e capacidade do Estado para fazer cumprir as leis. Ou seja, eles fazem análises implícitas do custo-benefício de ultrapassar a importante margem para a formalidade e frequentemente desejam não fazê-lo.

A constatação é de que a informalidade está presente, de forma representativa, na economia brasileira e também que ela possui “atrativos”; ou a formalidade possui diversos desestímulos para diversos agentes que fazem avaliação de custo/benefício para se formalizarem tanto o trabalhador quanto a empresa.

Yunus (2008, p. 68)⁷⁸ analisa a informalidade sob diferente perspectiva, especialmente divergente da lógica que não associa o empreendedorismo à pobreza e à necessidade de sobrevivência, mas apenas a uma característica pessoal de ousadia de investir:

não podemos esperar que as pessoas devam esperar pelos empregos formais e que considerem o autônomo como apenas um substituto temporário. As pessoas devem ter a opção de escolher entre o trabalho formal e o autônomo, ou exercer ambos. (...)

Esse engano está ligado a outro ponto cego do pensamento econômico padrão: a suposição de que o ‘empreendedorismo’ é uma qualidade rara. De acordo com os manuais acadêmicos, somente algumas pessoas têm talento para identificar as oportunidades empresariais e coragem para arriscar seus recursos no desenvolvimento delas.

(...) Ao observar as pessoas mais pobres do mundo, percebi que a capacidade empresarial é praticamente universal, ideia corroborada pela longa experiência tanto do Banco Grameen quanto de outras instituições. Quase todos têm talento para reconhecer as oportunidades que surgem ao seu redor. E quando essas pessoas recebem as ferramentas necessárias para transformar essas oportunidades em realidade, elas ficam ávidas por fazê-lo.

A avaliação e a conclusão do autor são vistas na realidade da economia brasileira conforme os dados oficiais demonstram, devendo ser lembrado que as empresas informais são os autônomos não registrados, ou seja, sem registro no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ), e que, em grande parte, eles geram empregos também informais.

Especificamente sobre empresas na informalidade, o último levantamento realizado pelo IBGE foi em 2003⁷⁹, e o anterior em 1997. Os números encontrados e apresentados na Tabela 1 demonstram a dimensão da problemática enfrentada no País (IBGE, 2013):

⁷⁸ YUNUS, Muhammad; WEBER, Karl. **Um mundo sem pobreza: a empresa social e o futuro do capitalismo**. São Paulo: Ática, 2008. p. 68.

⁷⁹ Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. **Informalidade empresarial**. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/12938-asi-brasil-tem-mais-de-10-milhoes-de-empresas-na-informalidade>

Em outubro de 2003, existiam no Brasil 10.525.954 pequenas empresas não agrícolas, das quais 98%, ou seja, 10.335.962 pertenciam ao setor informal e ocupavam 13.860.868 pessoas. Em relação à pesquisa anterior, de 1997, houve crescimento de 10% no número de pequenas empresas, enquanto o número de empresas do setor informal cresceu 9%, o que indica um pequeno aumento na formalização.

Tabela 1-Número de empresas não agrícolas com até 5 empregados e de empresas do setor informal e número de pessoas ocupadas em empresas do setor informal - Brasil			
	1997	2003	%
Número de empresas			
Total	9 580 840	10 525 954	9,9
Empresas do Setor Informal	9 477 973	10 335 962	9,1
Pessoas Ocupadas			
Empresas do Setor Informal	12 870 421	13 860 868	7,7

Fonte: IBGE, Diretoria de Pesquisas, Coordenação de Trabalho e Rendimento, Pesquisa Economia Informal Urbana

Outras verificações relevantes do levantamento de dados realizado pelo IBGE:

Em sua grande maioria (88%), as empresas do setor informal pertenciam a trabalhadores por conta própria. Apenas 12% eram de pequenos empregadores. Das empresas pesquisadas, 95% tinham um único proprietário e 80%, apenas uma pessoa ocupada.

Esses dados serão acrescidos a outros, de forma a compor a análise a ser realizada no âmbito normativo, com elementos não linguísticos acerca da composição das micro e pequenas empresas e de seu acesso ao mercado financeiro, especificamente de seu acesso ao crédito, no terceiro capítulo desta pesquisa.

No momento, o que pode ser inferido é que a informalidade empresarial e individual do trabalhador no Brasil é aspecto intrínseco à atividade econômica do País, e uma questão a ser enfrentada tanto do ponto de vista de política econômica quanto de políticas sociais e, essencialmente, quanto ao papel do legislador pátrio.

1.2.2 Concentração, competitividade e verticalização bancária

De início, é relevante registrar que este item faz referência a elementos metajurídicos, apesar de o Capítulo 3, conforme dito na Introdução, ser o espaço dedicado a demonstrar e analisar tais elementos.

No entanto, os dados aqui apresentados servem para a melhor compreensão do histórico e do cenário atual acerca da concentração, da competitividade e da verticalização no

mercado bancário, mantendo-se, então, o Capítulo 3 como momento principal de análise e tratamento dos elementos metajurídicos.

O sistema tradicional das instituições financeiras e instituições assemelhadas a instituições financeiras no Brasil possui um dos maiores graus de concentração bancária. Estudo (2019, p. 76-98)⁸⁰ realizado no âmbito do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (PPGD/UFSC) registra que a adoção de tais medidas pelo governo brasileiro, em consonância com o Acordo de Basiléia, teve como resultado uma “redução do número de bancos e maior concentração no mercado, pois, se por um lado, a entrada de bancos internacionais contribui para elevar a concorrência, por outro, os casos de aquisição e fusão podem ensejar um efeito contrário”.

Registra ainda o estudo que tal resultado foi verificado não apenas no Brasil, mas em sistemas financeiros de todo o mundo.

Dados⁸¹ do BCB indicam que, nos últimos sete anos, o Brasil passou por uma redução de cerca de 20% no número de instituições financeiras ou instituições assemelhadas autorizadas a funcionar pelo BCB; em 2013, eram 2.016 instituições; e, em maio de 2020, eram 1.625 instituições.

Sobre a concentração bancária, é relevante observar que os atos de concentração de instituições financeiras foi objeto de discussão institucional a respeito das competências do BCB e do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE)⁸².

O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), atualmente regulamentado na Lei n.º 12.529⁸³, de 30 de novembro de 2011, conhecida como “Lei Antitruste

⁸⁰GONÇALVES, Everton das Neves; NISHI, Lisandro Fin; BURG, Amanda Karolini. **O controle de atos de concentração em parceria pelo Cade e pelo Banco Central sob a regulamentação do memorando de entendimentos firmado em 2018: a compra da Xp Investimentos pelo Banco Itaú.** Revista de Defesa da Concorrência, v. 7, n. 2, p. 76-98, 2019.

⁸¹ Banco Central do Brasil. Disponível em <https://www.bcb.gov.br/content/estabilidadefinanceira/evolucaosfnmes/202005%20-%20Quadro%2001%20-%20Quantitativo%20de%20institui%C3%A7%C3%B5es%20por%20segmento.pdf>

⁸² Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) é uma autarquia federal, vinculada ao Ministério da Justiça, com sede e foro no Distrito Federal, que exerce, em todo o Território nacional, as atribuições dadas pela Lei n.º 12.529/2011. O CADE tem como missão zelar pela livre concorrência no mercado, sendo a entidade responsável, no âmbito do Poder Executivo, não só por investigar e decidir, em última instância, sobre a matéria concorrencial, como também fomentar e disseminar a cultura da livre concorrência. Disponível em <http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/institucional>. Acesso em: 13/06/2020.

⁸³ Lei n.º 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; altera a Lei n.º 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, e a Lei n.º 7.347, de 24 de

Brasileira”, criou, em seu art. 4º, o CADE, com “jurisdição em todo o território nacional, que se constitui em autarquia federal, vinculada ao Ministério da Justiça, com sede e foro no Distrito Federal, e competências previstas nesta Lei.”.

O CADE, nos termos do art. 5º do mesmo diploma legal, é constituído por “I – Tribunal Administrativo de Defesa Econômica; II – Superintendência-Geral; e III – Departamento de Estudos Econômicos”, cabendo ressaltar a competência precípua do referido Tribunal Administrativo, expressa no inciso II do art. 9º da mesma lei, de “decidir sobre a existência de infração à ordem econômica e aplicar as penalidades previstas em lei”.

Assim, o SBDC e, essencialmente, o CADE e o Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, conforme previsão legal, têm a competência para decidir acerca de infração econômica em todos os setores da economia.

Para melhor compreender a análise dos atos de concentração, Oliveira *et al* (2013, p. 107)⁸⁴ explicam que:

Os atos de concentração podem ser divididos em horizontais, verticais e conglomerações. Os atos de concentração horizontais são aqueles cujos participantes concorrem em um mesmo mercado. Os atos de concentração verticais são aqueles cujos participantes não concorrem entre si, mas têm uma relação de fornecedor-produtor-cliente em uma mesma cadeia produtiva. As conglomerações envolvem atos entre empresas que não concorrem em um mesmo mercado, nem tampouco mantêm relação vertical.

Vê-se, no espectro concorrencial, a necessária observação e, muitas vezes, intervenção do Estado, especialmente quando detentor de Constituição com expressos comandos de ordem econômica, como a brasileira. Nesse sentido, Salomão Filho (2013, p. 38)⁸⁵ assevera:

Em presença do Estado, no entanto, a proteção da concorrência não se pode resumir à garantia do funcionamento da “mão invisível” smithiana. Nesse caso não é possível propugnar pela coincidência entre Constituição Econômica (em sentido material) e direito concorrencial.

julho de 1985; revoga dispositivos da Lei n.º 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei n.º 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112529.htm. Acesso em 14/06/2020.

⁸⁴ OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. **Direito e Economia da Concorrência**. 2ª ed. rev. E atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. (CEDES: Centro de Estudos de Direito Econômico e Social ; v. 3).

⁸⁵ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**. Malheiros Editores, 2013.

Diante desse contexto de instalação do SBDC, especificamente no que se refere à análise dos atos de concentração das instituições financeiras integrantes do SFN, foi observado conflito entre essa nova legislação concorrencial e a anteriormente mencionada (Lei n.º 4.595, de 31 de dezembro de 1964, que criou o CMN e o BCB, além de instituir diversas novas regras e sistemáticas para o SFN).

Cabe ainda registrar o que estabelece a Lei n.º 4.595 acerca da competência da autarquia responsável pela regulação e supervisão do SFN, especificamente no que se refere a atos de concentração das instituições financeiras em seu art. 10, alínea c): “Art. 10. Compete privativamente ao Banco Central da República do Brasil: [...] X – Conceder autorização às instituições financeiras, a fim de que possam: [...] c) ser transformadas, fundidas, incorporadas ou encampadas;”.

O conflito residia fundamentalmente na avaliação e na decisão acerca dos atos de concentração das instituições financeiras e instituições assemelhadas a instituições financeiras autorizadas a funcionar pelo BCB.

A discussão acerca de tal conflito passou por diversas etapas, por meio de projetos de lei, análises dos mencionados diplomas legais e de outros a eles afetos, e também por questionamentos judiciais, até que em 2018 foi firmado um Memorando de Entendimentos ou o também chamado Ato Normativo Conjunto n.º 1, de 2018, entre BCB⁸⁶ e CADE⁸⁷.

O objeto do referido Memorando é resumido em seu item 1.1:

As partes se comprometem a envidar os melhores esforços de cooperação e a estabelecer, de forma conjunta, regras específicas para a análise de processos administrativos de controle de atos de concentração envolvendo instituições financeiras e de apuração de infrações à ordem econômica envolvendo instituições supervisionadas pelo Banco Central do Brasil, tendo em vista o interesse público na segurança jurídica, na eficiência, na higidez e na concorrência nos mercados regulados.

⁸⁶ **Memorando de Entendimentos, Ato Conjunto Normativo n.º 1, de 2018.** Dispõe sobre procedimentos em processos administrativos de ato de concentração de instituições financeiras e de controle de condutas de instituições sujeitas à supervisão ou vigilância do Banco Central do Brasil nas infrações à ordem econômica, e dá outras providências. Disponível em https://www.bcb.gov.br/conteudo/home-ptbr/TextosApresentacoes/Ato%20normativo%20conjunto%205_12_2018%20limpa.pdf. Acesso em: 15/06/2020.

⁸⁷ Memorando de Entendimentos. Disponível em http://www.cade.gov.br/noticias/banco-central-e-cade-assinam-memorando-de-entendimentos/memorando_cade_bc.pdf. Acesso em 22/06/2020.

Em suma, as autarquias ficam responsáveis por analisar conjuntamente os atos de concentração das instituições financeiras integrantes do SFN e também por comunicar umas às outras o conhecimento de atos infracionais cometidos por tais instituições. Dessa forma, todos os processos de atos de concentração e de infrações à ordem econômica desse segmento serão sempre analisados e decididos conjuntamente por ambas as autarquias, buscando essencialmente o fomento à concorrência na oferta dos serviços bancários.

1.2.3. Taxas de juros, *spread* bancário e novos instrumentos (Pix, *Open Banking*, Central de Recebíveis e *Sandbox* Regulatório)

A preocupação com a infração econômica cometida por instituições integrantes do SFN é direcionada, de forma significativa, para o acesso ao crédito e aos serviços financeiros e também ao nível das taxas de juros cobradas dos consumidores bancários.

Acerca da relação entre concentração bancária e nível das taxas de juros, especificamente no que se refere a *spread* bancário, Pereira (2018)⁸⁸ realizou estudo com 72 instituições no qual utiliza dados anuais de 2000 a 2017 de bancos com carteira de crédito ativa, considerando, entre outras variáveis, o grau de concentração do mercado de crédito, fazendo inclusive análise comparativa entre instituições nacionais e estrangeiras, e considerando, também, taxa de juros futuros (ETJ) e nível de atividade da economia.

Ao final, após regressões estatísticas realizadas com base em modelos econométricos, o estudo conclui que as variáveis com maior significância para o aumento do *spread* foram a inadimplência, as despesas administrativas e a rentabilidade dos bancos.

Já tiveram baixa significância estatística as variáveis, os tributos sobre os resultados (IR), as despesas com Fundo Garantidor de Crédito (FGC), o índice de concentração, o produto interno bruto e os bancos estrangeiros.

Sobre as variáveis que obtiveram convergência significativa sobre o *spread*, a primeira, inadimplência, depende de ação das instituições na avaliação de risco do tomador no momento da concessão do crédito. Os custos administrativos constituem variável que está passando por diversas alterações em sua composição em razão da digitalização dos serviços

⁸⁸ PEREIRA, Edmar da Rocha. **Comportamento do spread bancário: painel dinâmico**. 2018.

financeiros, o que pode contribuir para alteração significativa dessa variável nos resultados do *spread*.

Especificamente no que se refere à baixa significância estatística do índice de concentração, é relevante observar que, conforme o estudo, o Brasil constava entre os países com maior concentração bancária, em 2017, e que considerou como premissa, na análise dos dados, que há “...uma relação positiva entre o nível de concentração e o *spread* bancário”.

Assim, o modelo proposto define como premissa estatística que:

Resultados abaixo de 10 por cento significam que o mercado não é concentrado, entre 10 e 18 por cento indicam mercado com concentração moderada, e resultados acima de 18 por cento indicam que o mercado é altamente concentrado ao observar os dados. (PEREIRA, 2018, p. 88)

E, ao observar os dados, (PEREIRA, 2018, p. 88) conclui que “...a concentração bancária primeiro aumentou durante a crise de 2008 e em seguida aumentou entre 2011 e 2016, mas permanecendo num patamar considerado moderado, pois está abaixo de 18 por cento”.

Assim, com concentração moderada e *spread* muito superior ao dos outros países com o mesmo nível de concentração, como Austrália, Canadá, França, Holanda e Suécia, a conclusão é de que não há significância positiva da concentração sobre o *spread*, mas, sim, das outras variáveis analisadas (a inadimplência, as despesas administrativas e a rentabilidade dos bancos).

O fato é que há um desafio de ordem pragmática lançado aos reguladores e aos supervisores dos sistemas financeiros, o qual consiste em encontrar o ponto ótimo do equilíbrio entre o quanto deve ser exigido das instituições financeiras concedentes de crédito, em termos de prudência na concessão dos créditos e na realização de todas suas operações – inclusive interbancárias, visando a segurança e a hígidez do sistema financeiro –; e o quanto deve ser exigido em termos de redução de seus ganhos, com vistas ao maior estímulo à atividade econômica por meio de maior acesso ao crédito e de menores taxas de juros.

Além das variáveis consideradas por Pereira (2018), no estudo do *spread*, podemos relacionar outras causas das altas taxas de juros do Brasil, como a dificuldade de

recuperação do crédito, com e sem garantias reais⁸⁹ ou fiduciárias⁹⁰, especialmente quando passa à fase de processo judicial; custos operacionais; e assimetria de informações, as quais, inclusive, estão diretamente relacionadas à variável inadimplência considerada no referido estudo.

Como forma de minimizar a assimetria de informações, foi instituído o Cadastro Positivo, por meio da Lei n.º 12.414, de 9 de junho de 2011 (Lei do Cadastro Positivo), que permite a utilização de informações acerca do histórico de crédito, abrangendo adimplemento e inadimplemento de dívidas de pessoas naturais e jurídicas para a mais apurada mensuração do risco dos pretendentes a crédito do SFN.

Sobre os impactos do Cadastro Positivo na redução da assimetria de informações e, conseqüentemente, na redução dos custos dos créditos, Souto (2019, p. 75-88)⁹¹ traz as seguintes conclusões:

Portanto, se um credor tiver informações creditícias mais completas sobre o tomador de empréstimo, o banco poderá alocar com mais precisão o valor do risco, afastando-o da taxa de juros mais alta em decorrência da assimetria informacional e resultando em um produto de valor melhor para o cliente (MERRILL, 2017, p. 4). Além disso, por meio da troca de informações sobre seus candidatos a empréstimos, os bancos podem melhorar seu conhecimento sobre as características e o comportamento deles. A princípio, essa redução das assimetrias informacionais pode diminuir os problemas de seleção adversa e risco moral nos empréstimos (LIN; MA; SONG, 2012, p. 87), bem como alterar os incentivos dos devedores para serem adimplentes (OWINO, 2014, p. 13). Assim, uma das formas de reduzir os problemas de informação é a utilização da reputação do tomador de empréstimo através da pontuação de crédito construída por meio de um histórico de desempenho positivo de adimplência, ou seja, o Cadastro Positivo.

Assim, com a expectativa de redução nas taxas de juros nos créditos aos consumidores finais, foi editada a mencionada Lei do Cadastro Positivo, alterada sob o argumento da necessidade de aperfeiçoamentos no Cadastro pela Lei Complementar n.º 166⁹², de 08 de abril de 2019.

⁸⁹ As garantias reais encontram-se consignadas entre os artigos 1.419 e 1.510 do Código Civil Brasileiro, dos quais podem se dividir nos institutos do penhor, da hipoteca e da anticrese (Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em 18/06/2020).

⁹⁰ As garantias fiduciárias encontram-se consignadas entre os artigos 1.361 e 1.368-B do Código Civil Brasileiro (Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em 18/06/2020).

⁹¹ SOUTO, Gabriel Araújo. Cadastro Positivo: a solução para o combate à assimetria informacional no setor bancário brasileiro? **Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central**, [S.l.], v. 13, n. 1, p. 75-88, nov. 2019. ISSN 1982-9965. Disponível em: <https://revistapgbc.bcb.gov.br/index.php/revista/article/view/1016>. Acesso em: 22/06/2020.

⁹² Lei Complementar n.º 166, de 08 de abril de 2019. Altera a Lei Complementar n.º 105, de 10 de janeiro de 2001, e a Lei n.º 12.414, de 9 de junho de 2011, para dispor sobre os cadastros positivos de crédito e regular a

A principal inovação dessa nova lei foi a adesão automática dos clientes bancários ao Cadastro Positivo. Anteriormente, havia a necessidade de adesão formal por iniciativa do cliente. A partir da nova lei, todos os dados dos clientes bancários ficam disponíveis às instituições integrantes do sistema bancário, caso o cliente não procure uma instituição financeira e se manifeste expressamente contrário à utilização de seus dados no Cadastro Positivo.

Sobre os resultados da aprovação e consequente vigência da nova legislação acerca do Cadastro Positivo, pode-se afirmar que há dificuldade de estabelecer relação direta entre os dados do crédito oferecido e acessado antes e depois da vigência da nova lei em razão de as taxas de juros serem uma variável econômica fundada em diversas variáveis macro e microeconômicas.

Assim, para a efetiva demonstração da relação entre a vigência da nova lei e o comportamento das taxas de juros, nas operações de crédito, é necessária análise envolvendo, ao menos, fatos políticos e econômicos, de ordem nacional e internacional, e normas acerca da política monetária, especificamente no que se refere ao controle de liquidez da economia como a taxa básica de juros da economia (SELIC), determinada pelo CMN; as operações compromissadas; os depósitos compulsórios das instituições no BCB, além de outras variáveis que podem influenciar em gradações distintas, dependendo do momento por que passa a economia do País.

Como exemplo dessas outras variáveis, podemos citar a ocorrência da pandemia do coronavírus, que, independentemente das regras em vigor até a decretação do estado de calamidade pública, trouxe nova realidade macro e microeconômica exigindo intervenção legislativa objetiva no sentido de regular a oferta do crédito, inclusive discorrendo sobre as taxas de juros, prazo, carência e outros elementos fundamentais.

No entanto, uma consequência do início da vigência da nova lei, verificada pelas instituições financeiras e por outros agentes do sistema de crédito como o Serasa Experian, foi a de que houve notória redução da assimetria de informações, permitindo com que a concedente do crédito saiba mais informações acerca do pretense tomador.

E, como resultado dessa redução na assimetria de informações, o que, em tese, é esperado é a redução das taxas de juros para aquele consumidor que tem informações positivas não antes conhecidas pelas instituições concedentes e o aumento das taxas ou a não cessão do crédito para os consumidores com informações negativas antes não conhecidas pelo sistema.

Por fim, de modo a concluir todo o cenário que envolve o mercado de crédito no Brasil, devem ser registrados os últimos avanços do sistema financeiro, motivados principalmente pelas inovações tecnológicas, muitas vezes iniciadas por meio dos chamados negócios disruptivos (caracterizados fundamentalmente pela ocupação, por pequenas empresas, de espaços vagos, ou vácuos de serviços, ou ainda falhas nos negócios de grandes empresas), como os instrumentos ora em implementação pelo Banco Central do Brasil, a Central de Recebíveis⁹³, a Duplicata Eletrônica⁹⁴, o Sistema de Pagamento Instantâneo (PIX)⁹⁵, o *Open Banking*⁹⁶.

Cabe destacar que Cadastro Positivo, Central de Recebíveis, Duplicata Eletrônica, *Open Banking*, *fintechs* e o PIX representam parte do movimento de disrupção tecnológica chegando ao SFN, e têm como um de seus principais objetivos a modernização dos instrumentos de utilização dos serviços bancários com consequente aumento do acesso ao crédito e redução do custo das operações de crédito, seja de pessoas naturais ou jurídicas, oferecendo redução da assimetria de informações, reduzindo a concentração de instituições financeiras e aumentando o acesso do cidadão a informações e a serviços bancários.

A Central de Recebíveis é fundada na Convenção entre Entidades Registradoras⁹⁷, aprovada pelo BCB, em agosto de 2020, e regulamentada pela Circular n.º

⁹³ Central de Recebíveis é um novo sistema que dá ao lojista mais liberdade para negociar seus recebíveis e tomar crédito a taxas menores que a oferecida pelo banco com o qual ele tem relacionamento. Os recebíveis são valores a serem recebidos pelo lojista por compras no cartão de crédito ou débito, por exemplo, em datas futuras. Essas quantias são utilizadas como garantia para que o empresário tome crédito.

⁹⁴ “A duplicata é um título de crédito gerado pela venda de mercadorias ou prestação de serviços por uma empresa. Com a nova legislação, em vez de emitidas em papel, elas poderão ser eletrônicas e terão suas informações centralizadas em bases de dados de Infraestruturas do Mercado Financeiro (IMFs), que vão ‘conversar’ entre si.” (Disponível em <https://www.bcb.gov.br/detalhenoticia/318/noticia>)

⁹⁵ Sistema informatizado idealizado, implementado e regulado pelo Banco Central do Brasil, que permite a transferência de valores de forma imediata a qualquer hora do dia, qualquer dia. O formato de realização de transferências realizadas hoje por DOC e TED será extinto, sendo substituído pelo PIX.

⁹⁶ Sistema de compartilhamento de dados do consumidor bancário, que pode autorizar o envio de seus dados com histórico de pagamentos e relacionamento bancário para outras instituições que pretendam realizar a oferta de serviços bancários mais vantajosos ao consumidor. A lei do Cadastro Positivo, mencionada anteriormente, oferece o suporte legal necessário para o compartilhamento de dados proposto no *Open Banking*.

⁹⁷ Convenção entre entidades registradoras – Recebíveis de Arranjos de Pagamento é ajuste multilateral, firmado para fins de atendimento ao disposto no art. 13 da Circular n.º 3.952, de 2019.

3.952, de 27 de junho de 2019⁹⁸, que criou a figura do registrador de recebíveis. Essas empresas centralizam os registros dessas operações e poderão compartilhar as informações com instituições que tenham interesse em conceder o crédito.

Atualmente, duas empresas estão dentro da convenção, e uma terceira está em fase final do processo de autorização.

Trata-se da etapa definitiva para a implementação do novo sistema, que, na prática, reduz a chamada trava bancária. Antes, as informações eram centralizadas na instituição de origem. A trava bancária impede que o comerciante utilize os recebimentos futuros para outras operações de crédito, já que a agenda fica bloqueada pelo banco que concede o empréstimo.

Assim, esse instrumento se apresenta como um relevante fator de redução da verticalização⁹⁹ da oferta dos serviços associados às operações de cartão de crédito, especialmente no que se refere às operações de adiantamento de recebíveis.

O registro das transações será feito pelo credenciador (empresas de maquininhas) e será gratuito. O compartilhamento das informações, no entanto, pode ter taxas negociadas entre as partes.

Assim, o lojista tem mais liberdade para negociar seus recebíveis e acessar o crédito a taxas mais favoráveis que as oferecidas pelo banco com o qual tem relacionamento, possibilitando o aumento da competição e a redução das taxas de juros das operações de crédito.

A centralização e a padronização dos registros desses recebíveis geram segurança jurídica, de forma que, com a nova sistemática, uma agenda de recebíveis poderá ser utilizada para mais de uma operação de crédito, respeitando o limite de 100% do valor da garantia.

⁹⁸ Circular n.º 3.952, de 27 de junho de 2019. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/50796/Circ_3952_v1_O.pdf

⁹⁹ Verticalização de agentes atuantes no sistema financeiro bancário é fenômeno definido para situações nas quais há controle de um conglomerado financeiro ou econômico-financeiro sobre toda a cadeia de fornecimento de determinado serviço ou produto financeiro. Nos termos da Resolução n.º 20/199 do CADE, as “práticas restritivas verticais são restrições impostas por um ofertante ou demandante de bens ou serviços em determinado mercado (‘de origem’) sobre mercados e firmas ‘acima’ (a montante) ou ‘abaixo’ (a jusante) ao longo da cadeia produtiva (mercado alvo)”.

Sobre o instrumento da Duplicata Eletrônica, criada pela Lei n.º 13.775/2018¹⁰⁰, que regulamenta o sistema de duplicata eletrônica, trata-se de instrumento que visa a concessão de crédito mais barato para as empresas, especialmente as micro e as pequenas empresas, as quais terão mais facilidade ao oferecer suas duplicatas em garantia por operações de empréstimo.

O assunto foi regulamentado pelo CMN e pelo BCB por meio da edição da Resolução n.º 4.815¹⁰¹ e da Circular n.º 4.016¹⁰², disciplinando as condições para a emissão da duplicata na sua forma eletrônica, bem como a negociação dessas duplicatas, no sistema financeiro, em operações de desconto e operações de crédito garantidas por esses títulos.

O *Open Banking*, chamado na regulamentação de sistema financeiro aberto, foi regulamentado por meio da Resolução Conjunta n.º 1¹⁰³, de 4 de maio de 2020, e tem seu principal objeto expresso no inciso I do art. 2º, qual seja: “o compartilhamento padronizado de dados e serviços por meio de abertura e integração de sistemas”. O inciso II define os atingidos pela nova ferramenta:

Qualquer pessoa natural ou jurídica, exceto as instituições de que trata o art. 1º, que mantém relacionamento destinado à prestação de serviço financeiro ou à realização de operação financeira com as instituições de que trata esta Resolução Conjunta, inclusive para a realização de transação de pagamento.

Regulamentando a mencionada Resolução, foi editada a Circular n.º 4.015¹⁰⁴, de 4 de maio de 2020, estabelecendo o escopo de dados e serviços do sistema financeiro aberto.

De forma simplificada, pode ser dito que o consumidor bancário, pessoa natural ou jurídica (conforme definido no inciso II do art. 2º da referida Resolução), passa a ter a prerrogativa de disponibilizar seu histórico e seus dados financeiros bancários com a pretensão

¹⁰⁰ Lei n.º 13.775, de 20 de dezembro de 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13775.htm

¹⁰¹ Resolução CMN n.º 4.815 de 4/5/2020. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/exibenormativo?tipo=Resolu%C3%A7%C3%A3o&numero=4815>

¹⁰² Circular n.º 4.016 de 4/5/2020. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/exibenormativo?tipo=Circular&numero=4016>

¹⁰³ Conselho Monetário Nacional. Resolução Conjunta n.º 1, de 4 de maio de 2020. Dispõe sobre a implementação do Sistema Financeiro Aberto (Open Banking). Disponível em https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/51028/Res_Conj_0001_v1_O.pdf. Acesso em 22/06/2020.

¹⁰⁴ Banco Central do Brasil. Circular n.º 4.015, de 4 de maio de 2020. Dispõe sobre o escopo de dados e serviços do Sistema Financeiro Aberto (Open Banking). https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/51025/Circ_4015_v1_O.pdf. Acesso em 22/06/2020.

de obter oferta de instituições financeiras para a troca dos produtos e serviços por outros ou novos produtos em condições mais vantajosas nessas outras instituições.

Ao exercer tal prerrogativa, há a expectativa de que o consumidor bancário seja beneficiado com melhores condições de contratação, inclusive e principalmente no que se refere ao crédito, tanto para fazer a portabilidade de crédito já contratado em uma instituição para outra que ofereça melhor taxa de juros e prazo, quanto para o acesso a crédito negado em instituição que o consumidor não tenha histórico de relacionamento anterior, impossibilitado por ausência de informações, em razão de seu histórico de dados bancários estarem exclusivamente em outras poucas instituições bancárias ou apenas uma instituição que tenha seu histórico completo de crédito.

Tal sistemática de compartilhamento de histórico de dados de crédito foi implementada em outros países, notadamente no Reino Unido, modelo que foi observado e estudado pelo Banco Central do Brasil para implementar o *Open Banking* no Brasil. Ribeiro *et al* (2020, p. 104)¹⁰⁵ descrevem esse modelo:

PSD2, Second Payments Services Directive – Diretiva de Pagamentos e Serviços, já implementado na União Europeia desde janeiro de 2018, visando a regulamentação entrou em vigor, sendo a próxima revolução bancária que acontecerá e “a curto prazo, o sistema deve facilitar a visualização de suas finanças, a contratação de empréstimos e outros produtos financeiros e o pagamento on-line” e por outro lado, a longo prazo, seria um novo tipo de relacionamento do setor bancário.

A Exposição de Motivos (2020)¹⁰⁶ da referida Resolução ressalta que a norma tem objetivo de:

Aumentar a competitividade nos mercados financeiros, incentivar a inovação financeira, racionalizar os processos de instituições reguladas, possibilitar parcerias comerciais entre instituições financeiras e instituições não financeiras, e, também, em diversos casos, empoderar o consumidor financeiro. Importante ressaltar que o consumidor é reconhecido como o titular dos seus dados pessoais; no caso do Brasil, a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), a Lei n.º 13.709, de 14 de agosto de 2018, reforçará e sistematizará, a partir de sua entrada em vigor, a tutela desses dados. Com o *Open Banking*, o consumidor financeiro pode consentir com o compartilhamento padronizado de dados e serviços por meio de abertura e integração de sistemas de instituições financeiras

¹⁰⁵ RIBEIRO, Cinthya Imano Vicente *et al.* **Privacidade digital das instituições bancárias**. 2020.

¹⁰⁶ Conselho Monetário Nacional. Voto 44/2020-CMN, de 30 de abril de 2020. Propõe edição de resolução conjunta que dispõe sobre a implementação do Sistema Financeiro Aberto (Open Banking). Disponível em: https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadVoto.asp?arquivo=/Votos/CMN/202044/Voto%200442020_CMN.pdf. Acesso em: 23/06/2020.

e de pagamento, caso vislumbre algum benefício com esse compartilhamento, a exemplo do acesso a serviços financeiros adequados ao seu perfil.

A ideia central é de que, a partir do momento em que o cliente bancário puder disponibilizar seu histórico de crédito para outra instituição, de forma detalhada com todos os produtos contratados e formas de liquidação, seja possível a negociação mais favorável em outras instituições que nada sabem sobre tal cliente e, assim, sejam, estimuladas a ofertar produtos em condições mais vantajosas, o que significa essencialmente custos inferiores, no caso do crédito, ou ganhos maiores, no caso de investimentos financeiros.

Especificamente quanto ao escopo de dados e serviços do sistema financeiro aberto, a mencionada Circular, regulamentadora da norma do CMN, estabelece, em sua Exposição de Motivos (2020)¹⁰⁷, a seguinte delimitação:

No que diz respeito aos dados sobre produtos e serviços objeto de compartilhamento na Fase I do Open Banking, propõe-se que abranjam aqueles relativos às características de **contas de depósito à vista; de poupança; de pagamento pré-paga; de cartão de crédito; e de operações de crédito mais relevantes ofertadas a pessoas naturais e a pessoas jurídicas, inclusive termos e condições contratuais, tarifas e taxas de juros remuneratórias**, conforme o caso. Como forma de possibilitar a pesquisa e a escolha de produtos ou serviços mais adequados às necessidades dos clientes, exige-se que as instituições compartilhem a distribuição de frequência relativa de tarifas e de taxas de juros cobradas dos clientes, segmentados em pessoas naturais e jurídicas, com base em parâmetros definidos na convenção celebrada entre os participantes do Open Banking. (grifo nosso).

A regulamentação delimita o escopo exato e padroniza a forma como as informações devem ser compartilhadas, de forma a evitar o compartilhamento equivocado, que traria prejuízos ou a não efetividade da norma.

Em relatório (ABRÃO e BERTOL, 2018)¹⁰⁸, a Consultoria Oliver Wyman publicou uma coleção de dados e evidências empíricas acerca do mercado de crédito do Brasil. Os dados utilizados são do BCB, de bancos centrais de outros países, além de estudos realizados por organismos internacionais.

¹⁰⁷ Voto 129/2020–BCB, de 4 de maio de 2020. Propõe edição de circular que dispõe sobre o escopo de dados e serviços do Sistema Financeiro Aberto (Open Banking). Disponível em https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadVoto.asp?arquivo=/Votos/BCB/2020129/Voto_do_BC_129_2020.pdf. Acesso em: 23/06/2020.

¹⁰⁸ ABRÃO, Ana Carla, coordenação técnica; BERTOL, Gabriela, coordenação geral. **Mercado de Crédito Série Panorama Brasil**. WYMAN, Oliver. 2018.

Como destaque aplicado especificamente ao *Open Banking* e ao mercado de crédito bancário, podemos mencionar o alerta trazido pelo estudo quanto a riscos, quando Abrão e Bertol (2018, p. 26) afirmam que:

Há de se considerar os riscos associados e potencializados com o open banking. O aumento do fluxo de dados e a quantidade crescente de participantes na cadeia potencializa os riscos de ataques cibernéticos e vazamentos de dados. O uso dos dados por terceiros, mesmo através de consentimento dos clientes, pode impactar o passivo das instituições detentoras dos dados sem necessariamente existir responsabilidade pelo evento de vazamento ou fraude, por exemplo. Pessoas sem conhecimento tecnológico ou de regiões em que a provisão de banda larga é escassa, podem apresentar dificuldade de aderir aos serviços, principalmente com a potencial tendência de redução de agências bancárias.

No entanto, o BCB tem implementado novos sistemas de tecnologia com alto grau de complexidade sem intercorrências significativas, especialmente por serem utilizadas melhores práticas internacionais, parâmetros tecnológicos de última geração, investimentos em pesquisas, investigação científica por parte da instituição, e, ainda, parcerias com agentes privados no desenvolvimento de seus modelos, como tem ocorrido no desenvolvimento do *Open Banking*, o Pix e a Sandbox regulatório, que, como dito anteriormente, representam a chegada ao SFN do movimento de disrupção tecnológica.

Acerca de investimentos de tal ordem, países como a Finlândia trazem exemplos diferentes dos observados no Brasil, especificamente no BCB, mas com certa similaridade e resultados expressivos.

Castells (2007, p. 77)¹⁰⁹ traz dados demonstrando que a Finlândia triplicou seu investimento em pesquisa científica, entre os anos 80 e 90, enquanto que os Estados Unidos e a Europa mantiveram seu nível de investimento durante todo o período observado, em percentagem do PIB, merecendo destaque, ainda, que, ao final do período, a Finlândia investiu cerca de 1% do PIB a mais que os Estados Unidos e a Europa.

O resultado retratado pelo autor é de que, depois desse salto, a Finlândia é líder mundial, juntamente com a Suécia, em investimentos na pesquisa e na investigação científica, lembrando que se trata de uma sociedade originalmente agrária e com poucos recursos, que promoveu mudanças econômicas e sociais fundadas em um sistema de inovação tecnológica.

¹⁰⁹ CASTELLS, Manuel; HIMANEN, Pekka. **A sociedade da informação e o estado-providência: o modelo finlandês**. Fundação Calouste Gulbenkian. Serviço de Educação e Bolsas, 2007. p. 77.

E a consequência seguinte de tal liderança é a atração da iniciativa privada para participar de tais investimentos em parceria com o poder público.

Como caso de exemplo para experiências de parceria público privada com investimentos de ambas as partes, o autor traz o caso da Nokia (CASTELLS, 2007, p.77):

O governo finlandês desempenhou papel activo no modelo aberto na indústria de telecomunicações. Uma vez tomada a decisão de constituir a rede NMT, a Nokia (ou mais precisamente, a Mobira, que surgira da fusão das divisões de rádio-tecnologia da Nokia e da Salora e que posteriormente se tornaria parte da Nokia) colocou uma proposta tecnicamente insuficiente. Em vez de a rejeitar, a administração finlandesa de correios e telecomunicações ajudou a Nokia a desenvolvê-la, colocando a empresa em contacto com a Radio System Sweden AB, que subcontratou o fabrico das estações de base requeridas. Podemos dizer que o governo finlandês desempenhou um papel significativo para tornar a Nokia naquilo que é hoje, do mesmo modo que a cooperação do NMT criou a base para o sucesso futuro de todas as empresas nórdicas de telecomunicações: a rede de telemóveis ofereceu às empresas dos países nórdicos uma oportunidade única para desenvolver uma vantagem no âmbito do conhecimento especializado em comunicações móveis, vantagem que conservaram quando promoveram o modelo comum europeu (e mais tarde ainda mais vasto, totalmente digital GSM (...)).

O paralelo brasileiro seria o trabalho de pesquisa e desenvolvimento conjunto realizado entre BCB e instituições financeiras, instituições de pagamentos e outros agentes visando à implementação de novas tecnologias que podem favorecer toda a sociedade e desenvolver novas instituições do SFN, contribuindo para a redução da assimetria de informações, dos custos operacionais, da verticalização do sistema de pagamentos, aumento da concorrência, dentre outros aspectos que podem resultar, também, na redução do custo do crédito.

Paralelamente ao processo de estudo e à implantação do *Open Banking*, o BCB também estudou novos entrantes¹¹⁰ para o SFN. Por meio do instituto regulatório do *Sandbox Regulatório*¹¹¹, observou, por um período, a sistemática e as operações das chamadas *fintechs*,

¹¹⁰ Novos entrantes é termo utilizado para definir as instituições financeiras e assemelhadas que estão em processo de entrada para atuação no sistema financeiro como instituição autorizada a funcionar pelo Banco Central do Brasil.

¹¹¹ O termo, que significa literalmente uma caixa de areia, simboliza a metáfora de uma caixa de areia com uma criança brincando na praia: a caixa de areia permite isolar um punhado da areia da praia em um quadrado delimitado para que a criança construa um castelo ou outro objeto que sua imaginação mandar, sem influenciar o restante da areia da praia, representando um local seguro para que ela “brinque” e “experimente” novas ideias. Portanto, a hipótese teórica deste trabalho se apoia no modelo de *sandbox* regulatório como instrumento capaz de conciliar consistentemente segurança com inovação, razão pela qual o seu uso como instrumento jurídico parece o mais indicado para gerenciar o ambiente regulatório das *Fintechs* no Brasil. (WINTER, Estéfano Luis de Sá. **Sandbox regulatória e os desafios das fintechs**. Revista de Estudos Jurídicos UNA, v. 5, n. 1, p. 60-73, 2019).

e, posteriormente, editou regulamentação (Resolução n.º 4.656¹¹², de 26 de abril de 2018, aperfeiçoada pela Resolução n.º 4.792¹¹³, de 26/03/2020), por meio do CMN, permitindo que algumas instituições, obedecidos aos critérios e às restrições da norma, sejam autorizadas a funcionar como instituições reguladas e supervisionadas pela autoridade estatal.

A Resolução original, que regulou a instituição das *fintechs*, cria dois novos tipos de instituição financeira: a Sociedade de Crédito Direto (SCD) e a Sociedade de Empréstimo entre Pessoas (SEP); e também “disciplina a realização de operações de empréstimo e de financiamento entre pessoas, por meio de plataforma eletrônica e estabelece os requisitos e os procedimentos para autorização para funcionamento, transferência de controle societário, reorganização societária e cancelamento da autorização dessas instituições” (Ementa da Resolução n.º 4.656, Conselho Monetário Nacional, 2018).

A Exposição de Motivos (2020)¹¹⁴ da segunda Resolução, que altera a norma original, traz como principal aperfeiçoamento “permitir que fundos de investimento possam também integrar, de forma isolada, o grupo de controle de SCDs e de SEPs.”.

A partir da criação das SCDs e SEPs, diversas instituições que atuavam com as mais diversas naturezas jurídicas passaram a buscar atender aos requisitos da norma, visando tornarem-se instituições financeiras autorizadas a realizar suas operações sob as obrigações, mas, também, sob a segurança da regulação e da supervisão da autoridade supervisora estatal.

¹¹² Conselho Monetário Nacional. Resolução n.º 4.656, de 26 de abril de 2018. Dispõe sobre a sociedade de crédito direto e a sociedade de empréstimo entre pessoas, disciplina a realização de operações de empréstimo e de financiamento entre pessoas por meio de plataforma eletrônica e estabelece os requisitos e os procedimentos para autorização para funcionamento, transferência de controle societário, reorganização societária e cancelamento da autorização dessas instituições. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/50579/Res_4656_v1_O.pdf. Acesso em: 22/06/2020.

¹¹³ Resolução n.º 4.792, de 26/03/2020. Altera a Resolução n.º 4.656, de 26 de abril de 2018, que dispõe sobre a sociedade de crédito direto e a sociedade de empréstimo entre pessoas, disciplina a realização de operações de empréstimo e de financiamento entre pessoas por meio de plataforma eletrônica e estabelece os requisitos e os procedimentos para autorização para funcionamento, transferência de controle societário, reorganização societária e cancelamento da autorização dessas instituições. Disponível em https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/50959/Res_4792_v1_O.pdf. Acesso em 23/06/2020.

¹¹⁴ Conselho Monetário Nacional. Voto 22/2020-CMN, de 26 de março de 2020. Propõe a edição de ato normativo alterando a Resolução n.º 4.656, de 26 de abril de 2018, que dispõe sobre a sociedade de crédito direto e a sociedade de empréstimo entre pessoas, disciplina a realização de operações de empréstimo e de financiamento entre pessoas por meio de plataforma eletrônica e estabelece os requisitos e os procedimentos para autorização para funcionamento, transferência de controle societário, reorganização societária e cancelamento da autorização dessas instituições. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadVoto.asp?arquivo=/Votos/CMN/202022/Voto_0222020_CMN.pdf. Acesso em: 23/06/2020.

As instituições autorizadas que atenderam a tais normas somam hoje 25 SCDs e 6 SEPs, e 28 estão em processo de análise de autorização¹¹⁵.

A atuação dessas duas novas modalidades é destinada exclusivamente à realização de operações de crédito, tanto para pessoas naturais quanto para pessoas jurídicas. A principal pretensão é de que seja verificada nova dinâmica no mercado de crédito à medida que ocorra a efetiva inserção dessas novas instituições de forma robusta, resultando, assim, em menor concentração no sistema, maior concorrência e **consequentemente maior acesso ao crédito e redução das taxas de juros.**

Ainda como uma inovação promovida recentemente pelo BCB, é relevante mencionar a implantação do Sistema de Pagamento Instantâneo (PIX), conforme Resolução n.º 4.781¹¹⁶, de 20 de fevereiro de 2020; e as Circulares n.º 4.027¹¹⁷, de 12 de junho de 2020; e n.º 3.985¹¹⁸, de 18 de fevereiro de 2020.

Conforme o documento “Especificações técnicas e de negócio do ecossistema de pagamentos instantâneos brasileiro” (2020)¹¹⁹, esse novo ecossistema tem as seguintes premissas:

O ecossistema de pagamentos instantâneos brasileiro é o ambiente formado pelo arranjo aberto que será instituído pelo BC, denominado PIX, pelos prestadores de serviços de pagamento participantes do arranjo e pelo sistema utilizado na liquidação das transações realizadas entre diferentes instituições participantes do arranjo. Esse sistema, denominado Sistema de Pagamentos Instantâneos (SPI), será construído, gerido e operado pelo BC.

¹¹⁵ Banco Central do Brasil. Departamento de Organização do Sistema Financeiro (DEORF). Em 24/06/2020.

¹¹⁶ Conselho Monetário Nacional. Resolução n.º 4.781, de 20 de fevereiro de 2020. Disponível em <https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/exibenormativo?tipo=Resolu%C3%A7%C3%A3o&numero=4781>. Acesso em 23/06/2020.

¹¹⁷ Banco Central do Brasil. Circular n.º 4.027, de 12 de junho de 2020. Disponível em https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/51063/Circ_4027_v1_O.pdf. Acessado em 23/06/2020.

¹¹⁸ Banco Central do Brasil. Circular n.º 3.985, de 18 de fevereiro de 2020. Disponível em https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/50921/Circ_3985_v1_O.pdf. Acessado em 23/06/2020.

¹¹⁹ Banco Central do Brasil. Especificações técnicas e de negócio do ecossistema de pagamentos instantâneos brasileiro. Disponível em <https://www.bcb.gov.br/content/estabilidadefinanceira/forumpireunioes/Documento%20de%20especifica%C3%A7%C3%B5es%20-%20vers%C3%A3o%205-0.pdf>. Acessado em 23/06/2020.

De forma objetiva, o PIX é um novo meio de pagamento gratuito para pessoas físicas, disponível todos os dias, úteis e não úteis, com a segurança de um sistema desenvolvido e mantido pelo BCB e operado por instituições financeiras e instituições de pagamentos.

O objetivo desse novo sistema é aumentar o acesso do cidadão aos serviços bancários, inclusive o acesso ao crédito, o chamado aumento da “bancarização”, por meio do serviço eletrônico, na medida em que viabiliza pagamentos e saques realizados por meio de qualquer dispositivo eletrônico – de celulares com tecnologia básica a *tablets* mais avançados –, independentemente de acesso à internet, e de forma gratuita, facilitando, assim, o aumento do relacionamento do cidadão com os serviços disponíveis no sistema financeiro, inclusive o crédito, pois torna mais viável ter acesso tanto às informações relativas a valores e condições acerca de crédito pretendido quanto ao pagamento e ao saque de valores objeto de eventual crédito contratado.

Quanto aos reflexos nas empresas, em especial às micro e às pequenas empresas, o PIX representa significativa redução nos custos de transação com pagamento imediato, sem os custos das operações com cartão de crédito e de operações em caixa físico, e, ainda, sem necessidade de confirmação posterior do efetivo pagamento.

É relevante registrar que a confirmação imediata da realização do pagamento reduz custos com manutenção de estoques, tendo em vista que muitas vendas feitas pelo sistema atual via boleto representam uma guarda de estoque por cerca de dois dias, até a efetiva confirmação do pagamento.

Tal tempo será, então, eliminado, além do fato de que mais de 50% dos boletos emitidos em vendas pela internet não são pagos, representando prejuízo ainda maior pela empresa que disponibilizou e manteve em estoque o produto.

É importante registrar, também, que as referidas oportunidades de redução de custos são notoriamente mais significativas no universo das micro e das pequenas empresas.

Tais informações foram fornecidas pelo Diretor de Organização do Sistema Financeiro e de Resolução, João Manoel Pinho de Mello, em seminário¹²⁰, em apresentação institucional do BCB¹²¹, de autoria do mesmo Diretor e da servidora Carolina P. Bohrer, e, por

¹²⁰ Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=NNuqTr53CSs>.

¹²¹ Disponível em: https://www.bcb.gov.br/conteudo/home-ptbr/TextosApresentacoes/Webminar_%20Open%20Banking_20.5.2020.pdf

fim, em entrevista coletiva¹²² sobre a regulamentação mencionada anteriormente editada pelo CMN e pelo BCB acerca do tema.

De volta às variáveis que influenciam as taxas de juros e, mais especificamente, ao *spread* bancário, o sistema de crédito demandou alterações legais no sistema de recuperação de créditos, também visto como fator determinante na composição do *spread*.

A Lei n.º 9.514¹²³, de 20 de novembro de 1997, foi proposta com o objetivo de trazer mais segurança na concessão e, conseqüentemente, facilitar o acesso e reduzir o custo das operações tanto para o concedente, que recupera o bem de forma mais célere e com menor custo, quanto para o tomador, que, em virtude da maior segurança e garantia do cedente, pode ter acesso a crédito com taxas de juros menores.

Artigo publicado na Associação de Direito e Economia da América Latina e Caribe da Universidade de Berkeley, por Timm e Druck (2007, p. 5)¹²⁴, analisa os efeitos da concretização da referida lei:

Nesse ambiente teórico de maior estabilidade supostamente criado pela Lei citada, portanto, os agentes econômicos teriam mais segurança para operarem no mercado imobiliário. No entanto, a AFI, genericamente falando, ainda não “pegou” (com exceção da Caixa Econômica Federal, a qual fica submetida a uma justiça especial que é a Justiça Federal). A razão para isso parece ser institucional, ou seja, ainda que o texto da citada Lei tenha previsões específicas e claras, **a jurisprudência tende a resistir a uma aplicação direta, preferindo dar ao texto uma interpretação “social”, constitucional, na tentativa de resolver os graves problemas habitacionais e sociais do país.** (grifo nosso).

Os pesquisadores concluem que a lei não teve a efetividade pretendida em razão de alegada resistência do Poder Judiciário em promover a sua aplicação em detrimento de problemas sociais ligados especificamente ao déficit habitacional do País. Na medida em que é facilitada a recuperação do bem imóvel, em uma primeira interpretação pelo Poder Judiciário, haveria um reflexo negativo no déficit habitacional provocado pela retomada acelerada de imóveis financiados por mutuários em situação de inadimplemento.

¹²² Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=yCa2RGY1i0k>

¹²³ Lei n.º 9514, de 20 de novembro de 1997. Dispõe sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário, institui a alienação fiduciária de coisa imóvel e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19514.htm. Acessado em 22/06/2020.

¹²⁴ TIMM, Luciano Benetti; DRUCK, Tatiana. **A alienação fiduciária imobiliária em uma perspectiva de direito e economia.** 2007.

No entanto, a análise realizada pelo legislador é contrária, no sentido de que, na medida em que fosse verificada a concretização mencionada anteriormente, com relação direta entre maior segurança à instituição bancária e maior acesso ao crédito e em melhores condições, contrariamente à expectativa do Judiciário, ocorreria maior oferta e, conseqüentemente, melhoria do acesso ao crédito imobiliário, resultando em redução do déficit habitacional do País.

Sobre a divergência de interpretações e a busca pela resposta correta, conforme firmado no ideal pós-positivista, Nery (2014, p. 151)¹²⁵ nos traz a seguinte reflexão:

Para Dworkin há sempre um princípio que fundamenta a decisão do juiz. E um princípio nunca existe isoladamente. Ele se manifesta de forma coerente com todos os demais princípios do direito. O juiz deve, então, fazer uma reconstrução integrativa do direito aplicável ao caso concreto, que depende da interpretação coerente de regras, princípios e decisões judiciais preexistentes na prática judiciária.

No caso transcrito, a divergência entre a intenção do legislador e do regulador e o resultado dos julgados expressa que pode ter ocorrido interpretação equivocada por uma das partes, seja pelo elaborador da lei, que interpretou as regras, ou princípios e as jurisprudências existentes até então, de forma a produzir o texto legal que objetivamente chegaria a resultado diverso do pretendido, ou houve equívoco dos julgadores, que realizaram a mesma interpretação de forma incoerente com esses mesmos elementos.

Com base nessa situação, em breve análise, é possível concluir que nos parece ser mais coerente supor que o ocorrido corresponde à primeira hipótese, tendo então o equívoco partido da interpretação que levou à edição do referido texto legal.

Indo além, utilizando-nos de reflexão acerca da contribuição da economia para o direito, o equívoco pode ter sido originado tanto de elementos econômicos distorcidos, endereçados ao legislador, como de entendimento equivocado sobre tais informações de fundamento econômico-financeiro.

A precedência, portanto, dos elementos dogmáticos e do âmbito na norma se mostra como fator preponderante na condução da pesquisa, pois podem ser determinantes e

¹²⁵ NERY, Carmen Lígia. Decisão judicial e discricionariedade: a sentença determinativa no processo civil. **São Paulo: Revista dos Tribunais**, 2014. p.151.

definitivos quanto às conclusões do trabalho, avaliando-se, inclusive, a hipótese de contradição e os efeitos sobre a concretização da norma, Müller (1999, p. 100)¹²⁶:

Conflitos entre os elementos não-diretamente referidos a normas e os elementos diretamente referidos a normas: Em caso de contradição, os elementos da concretização diretamente referidos na norma (elementos metodológicos *stritioris sensu*, determinados elementos dogmáticos e os elementos do âmbito da norma) precedem os elementos não-diretamente referidos a normas (uma parte dos elementos dogmáticos, além disso uma parte dos elementos de técnica da decisão, de política constitucional e de teoria). Essa regra de preferência é normativa. Ela segue do fato, instituído pelo ordenamento jurídico (constitucional) vigente, do exercício da função estatal estar vinculado à constituição e ao direito.

Assim, concluindo acerca das alterações legislativas e regulatórias e sua concretização normativa, podemos observar que os estudos sobre as causas das altas taxas de juros, inclusive para os financiamentos imobiliários, praticadas no Brasil, e de sua continuação no decorrer dos últimos anos, nos levam a concluir que não houve sucesso na adoção das medidas legislativas voltadas para a sua redução por meio do estabelecimento de maiores garantias e outras formas de segurança às instituições concedentes.

O fato é que o sistema financeiro do País passou por uma séria de alterações legais e regulatórias visando ora a sua reestruturação – sem a ocorrência de risco sistêmico, preservando a saúde e a integridade das instituições sobreviventes e de todo o sistema financeiro –, ora visando o aumento da competitividade com esperados benefícios ao cidadão/consumidor bancário, especialmente no que se refere à redução da taxa de juros e ao aumento do acesso ao crédito.

Mais uma vez, a relação entre Direito e Economia se mostra relevante no sentido da necessária contribuição para a concretização normativa. Por outro lado, se não há tal contribuição, é, então, verificada, de forma objetivamente relacionada, a não concretização da norma.

Acerca da contribuição da economia para os estudos do Direito, especialmente no pós-positivismo, Salama (2010)¹²⁷ analisa a teoria de Posner¹²⁸ e faz a seguinte reflexão:

¹²⁶ MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, n. 16, 1999. p. 100.

¹²⁷ SALAMA, Bruno Meyerhof. A história do declínio e queda do eficientismo na obra de Richard Posner. LIMA, Maria Lúcia LM Pádua (Coord.). **Trinta anos de Brasil: diálogos entre direito e economia**. São Paulo: Saraiva, 2010.

¹²⁸ Ricard Posner é jurista, economista, professor das escolas de direito de Harvard e Yale nos EUA e um dos principais expoentes da *Law and economics*, uma corrente de pensamento jurídico segundo a qual os processos

Para além da discussão sobre as fundações teóricas da análise econômica do direito, há um sentido importante em desmistificar a teoria eficientista de Posner. Trata-se de ressaltar o fato de que a análise econômica não se limita à discussão propriamente filosófica sobre a relação entre os ideais de justiça e a busca da redução do desperdício – isto é, da eficiência. No Brasil e em diversos outros países, a obsessão com essa questão tem consistentemente desviado a atenção do estudioso da existência de um outro nível de análise que é meramente descritivo/explicativo da realidade, e que, portanto, não se relaciona diretamente com essa discussão filosófica acerca dos paralelos entre eficiência, justiça e dever-ser jurídico. Ora, se a economia não fornece um guia ético adequado para o direito, cabe perguntar: de que forma a economia auxilia o profissional e o estudioso do direito? A meu ver, a resposta é a de **que economia fornece ferramentas úteis para iluminar a relação entre meios jurídicos e fins normativos. Desse modo, a economia permite um tipo de crítica jurídica que já se tornou imprescindível nos dias de hoje.** (grifo nosso).

A contribuição da Economia, portanto, tem sido oferecer os elementos para os aperfeiçoamentos no ordenamento jurídico. No entanto, tanto os elementos oferecidos devem obedecer ao rigor técnico necessário para que os resultados sejam os desejados quanto à utilização desses elementos pelo Direito, a qual deve ser coerente com as suas indicações para que sejam produzidos leis e textos infralegais que tenham sua concretização normativa em consonância com a real intenção do legislador ou regulador.

Especificamente no que se refere aos principais agentes dos sistemas financeiros, Posner (2014)¹²⁹ traz a análise econômica para o Direito para refletir sobre o porquê de os bancos serem regulados. E o principal motivo encontrado pelo autor é a lógica fundamental da intermediação financeira realizada pelos bancos, quando realizam a captação de recursos a determinada taxa para a aplicação a outra taxa com ganhos equivalentes ao risco de cada operação, baseada fundamentalmente nos dados e informações da parte tomadora do investimento realizado por essas instituições.

A questão é que o risco assumido pelo banco não é apenas dele, mas de todo o sistema do qual ele faz parte. Assim, entram também interesses não apenas do sistema bancário, mas também do sistema securitário, pois as seguradoras são contratadas para cobrir os riscos de tais operações; e, portanto, também demandam por controle e supervisão de tais operações de intermediação que estão segurando e que são realizadas pelos bancos.

legais, mais do que assegurar direitos, devem produzir a mais eficiente alocação de recursos. A teoria de democracia de Posner inspira-se no trabalho do economista austríaco Joseph Schumpeter. Defensor de longa data da desregulamentação, passou a enfatizar a importância das regulamentações governamentais citando que é necessária mais regulação dos mercados financeiros, e condenando os liberais por estarem "preso em fantasias de igualdade." O livro fundamental de Posner é *Economic Analysis of Law* (1972), no qual lança as bases do programa de pesquisas de *Law & Economics*.

¹²⁹ POSNER, Richard A. **Economic analysis of law**. Wolters kluwer law & business, 2014.

E, no que se refere ao aspecto concorrencial, Posner (2014) ainda avança dizendo que, ao exarar regras de mitigação de risco, o Estado pode inibir a competição entre os bancos, o que lhes é favorável sob o ponto de vista comercial.

Este desafio de equilibrar o risco da operação com sua rentabilidade é visto, também, em nível macroeconômico quando o regulador tem que editar normas de mitigação de risco, trazendo maior saúde ao sistema financeiro, mas, consegue superar essa dificuldade trazida por Posner, o que não inibe a concorrência.

Exemplos desse “exercício” podem ser observados quando da implementação de projetos como os mencionados (*Open Banking*, Pagamentos Instantâneos, Duplicatas Eletrônicas), dentre outros projetos que visam a melhoria do sistema, com segurança, mitigando riscos e, ao contrário do consignado pelo autor, estimulando a concorrência entre os agentes financeiros.

Assim como utilizado por Posner (2014), elementos de economia e finanças ofereceram os subsídios para legisladores e reguladores elaborarem e implementarem as inovações mencionadas, como o Cadastro Positivo, o *Open Banking*, as *fintechs* e o PIX, os quais vêm se somar às alterações regulatórias com essa intenção. Mas as alterações promovidas por tais instrumentos poderão ser observadas apenas em momento futuro, tendo em vista o aspecto estrutural de suas implementações, que devem ocorrer de forma paulatina no decorrer dos próximos anos.

Ressalte-se que há equívoco comum na denominação de algumas dessas entidades como correspondentes bancários e até algumas associações que se apresentavam como *fintechs*, até a edição da mencionada regulamentação das SEPs e SCDs pelo CMN e pelo BCB, estas regularmente caracterizadas como *fintechs*.

Dessa forma, diante desse cenário do crédito no País como um todo e dos resultados de medidas legislativas e regulatórias no sentido da redução das taxas de juros a todos os tomadores, cabe a esta pesquisa verificar se tais alterações concretizaram as normas conforme os propósitos pretendidos pelo legislador, observando, de forma apartada, especificamente o acesso ao crédito pelas micro e pequenas empresas, aspecto que passaremos a explorar mais detidamente a partir desta etapa da pesquisa.

No programa normativo a ser abordado no capítulo seguinte, será possível observar a concretização da norma pela análise dos dispositivos constitucionais e legais que tratam do segmento das micro e pequenas empresas, especificamente o endereçamento a tais agentes econômicos no aspecto relativo ao acesso ao crédito bancário.

O passo seguinte à análise realizada no programa normativo é considerar eventuais ausências constitucionais ou legais, as quais existindo, deve-se verificar soluções para aperfeiçoar o ordenamento jurídico de forma a contribuir com a concretização da norma no que se refere ao acesso ao crédito pelas micro e pequenas empresas.

O desafio a ser considerado como essencial é a identificação de eventual ausência ou vácuo do regime jurídico, especificamente no que se refere ao art. 179 da Constituição Federal e ao inciso III do art. 1º da Lei Complementar n.º 123/2002, como decorrência das análises combinadas da legislação e dos dados apresentados no âmbito jurídico.

2 PROGRAMA NORMATIVO DA LEGISLAÇÃO DO CRÉDITO PARA AS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS

O regime jurídico das micro e das pequenas empresas é composto primordialmente por dispositivos constitucionais com endereçamento direto ou indireto a tal segmento empresarial. Os dispositivos de ordem geral se referem a livre iniciativa, dignidade da pessoa humana, desenvolvimento nacional e direitos fundamentais e sua aplicação imediata.

Já os de ordem específica dispõem sobre regime especial de tributação e outras prerrogativas, como o art. 179 da Constituição Federal, cuja específica concretização iremos analisar.

Além dos dispositivos constitucionais, as micro e as pequenas empresas também encontram guarida específica em legislação especial que trata de aspectos operacionais e tributários, ora sujeita à aplicação imediata, ora sujeita à análise do texto normativo e sua interpretação no caso concreto, assim como os dispositivos constitucionais abordados anteriormente, como o inciso III do art. 1º da Lei Complementar n.º 123/2006, cuja específica concretização também será analisada, juntamente com o mencionado dispositivo constitucional, o art. 179.

Por meio do método preconizado pela teoria estruturante do Direito de Müller (2008), poderão ser verificados quais elementos essenciais foram utilizados na concretização normativa do regime jurídico das micro e das pequenas empresas e qual endereçamento específico na questão do acesso ao crédito, a que Müller (2008, p. 245)¹³⁰ chamou de resultados palpáveis:

por meio desses atos de concretização por parte da jurisprudência, da doutrina jurídica e da legislação será possível obter-se resultados palpáveis, que, por sua vez, deem sustentação aos esforços da teoria constitucional e dos direitos fundamentais, é uma outra questão.

Essa “outra questão” será objeto de reflexão quanto ao acesso ao crédito dos microempreendedores, caso os resultados esperados na realização da lei não tenham sido

¹³⁰ MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1, 2008. p. 245.

verificados por meio de análise do programa normativo, combinada com a análise do âmbito normativo e seus elementos metajurídicos ou não linguísticos.

2.1. Estrutura e análise normativa do regime jurídico

A presente pesquisa avalia, com fundamento na teoria estruturante do Direito, a existência e a necessidade de presença de comando expresso, no regime jurídico, no sentido de endereçar, de forma objetiva, a questão, a fim de promover a concretização da norma para aumentar o acesso ao crédito pelo microempreendedor.

A utilização da teoria de Müller (2008) permite fazer a real associação entre a realidade e a prática jurídica; nas palavras de Bonavides (2013, p. 201):¹³¹ “A teoria estruturante é original e se destina a compreender a realidade e a prática jurídica.”.

Tal fato, conforme verificado em diversas passagens anteriores, representaria, para as micro e as pequenas empresas, um aumento potencial em suas condições para manterem seus empreendimentos de forma sustentável e longa.

A manutenção saudável dessas empresas, conforme observado anteriormente, permite a geração de ainda mais emprego e renda, nos termos intentados pelos legisladores constitucional e legal, como forma de maior promoção do bem-estar social e de todos os princípios e direitos fundamentais registrados anteriormente.

Ocorre que, para a efetivação do crédito, há o papel estrutural e fundamental da instituição financeira bancária e outras assemelhadas, além do mercado alternativo de crédito.

Schumpeter (1975)¹³² afirma que os bancos têm papel preponderante como promotores da inovação e do empreendedorismo, sendo este o agente que mobiliza recursos produtivos, e para tanto há necessidade de recursos financeiros, próprios ou de terceiros, adquiridos por meio do crédito. O autor conclui que o empréstimo bancário é fundamental para o desenvolvimento da atividade empresarial e, conseqüentemente, para o desenvolvimento econômico e social do país.

¹³¹ BONAVIDES, Paulo. **Teoria estrutural do direito**, in Friedrich Müller, **o novo paradigma do Direito**. 3.ed. São Paulo, Ed. RT, 2013, p. 201.

¹³² SCHUMPETER, J. A. **Capitalismo, socialismo e democracia**. New York: Harper & Row, 1975.

Além do papel relevante das instituições bancárias, assemelhadas e alternativas não reguladas pelo BCB, outros elementos são fundamentais para a análise normativa do regime jurídico, como os dispositivos constitucionais e a legislação infraconstitucional específica para as micro e as pequenas empresas; bem como os órgãos reguladores, por meio da edição de atos normativos infralegais; do Poder Judiciário, por meio de seus julgados e jurisprudências; e, por fim, da doutrina dominante.

Assim, a estrutura da análise normativa compõe-se de análise dos agentes envolvidos no processo do crédito, instituições concedentes e empresas tomadoras, e também de análise do regime jurídico que fundamenta a avaliação e a concessão das operações de crédito, além de ressaltar a importância das variáveis envolvidas em todo o processo de avaliação e concessão, como assimetria de informações, *spread* bancário, taxas de juros, informalidade e questões concorrenciais como concentração e verticalização.

Dessa forma, além de doutrina jurídica fundamental para a análise normativa, a pesquisa também se socorre de autores da Economia e das Finanças, e seus conceitos e definições, como forma de complementar e enriquecer as conclusões.

Vale lembrar a citação realizada anteriormente, na qual Posner (2004, p. 56)¹³³ afirma: “economia fornece ferramentas úteis para iluminar a relação entre meios jurídicos e fins normativos. Desse modo, a economia permite um tipo de crítica jurídica que já se tornou imprescindível nos dias de hoje.”

Ademais, não apenas a Economia contribui com o Direito, mas também a Sociologia, a Antropologia, a Psicologia e diversas outras áreas da ciência, como forma complementar de raciocínio diverso do jurídico, com a pretensão de mostrar outra forma de reflexão, sem obviamente abandonar as premissas basilares do Direito.

Tal método de pesquisa e condução de trabalhos vai ao encontro do que preconiza Müller (2005, p. 52)¹³⁴, quando afirma a relevância de outras perspectivas, formadas por outros elementos diversos da ciência jurídica e da jurisprudência, como fundamentais para a melhor concretização da norma:

¹³³ POSNER *cit et al.* p.56.

¹³⁴ MÜLLER, Friedrich. **Método de trabalho no Direito Constitucional**. Tradução Peter Nauman. 3ª ed. rev. e ampliada. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p.52.

A metódica do trabalho é uma metódica de titulares de funções. Em nível hierárquico igual **ao lado da jurisprudência e da ciência jurídica, a legislação, a administração e o governo trabalham na concretização da constituição**. Tal trabalho sobre a constituição orienta-se integralmente segundo normas: também a observância da norma, em virtude da qual deixa de ocorrer um conflito constitucional ou um litígio, é a concretização da norma. (...) Também **os atingidos que participam da vida política e da vida da constituição desempenham funções efetivas de concretização da constituição de uma abrangência praticamente não superestimável, ainda que apareçam menor e costumem ser ignorados metodologicamente**: por meio da observância da norma, da obediência a ela, de soluções de meio-termo e arranjo no quadro do que ainda é admissível ou defensável no direito constitucional, e assim por diante. (grifo nosso)

E é nesse contexto que a pesquisa, dedicando especial atenção à existência de comando expresso relativo ao acesso ao crédito bancário, utiliza a análise normativa do regime jurídico das micro e das pequenas empresas por meio de fundamentação teórica da ciência jurídica, apoiada por elementos conceituais das ciências econômicas.

2.2. Elementos para a concretização da norma

No presente tópico, serão apresentados e analisados os principais elementos, resumidos no Anexo A, para a concretização da norma, no que se refere ao crédito para micro e pequenas empresas, com destaque para o art. 179 da Constituição Federal e o inciso III do art. 1º da Lei Complementar n.º 123/2006.

E sobre os elementos necessários à análise do programa normativo, será observada a originalidade para o estabelecimento da conexão da realidade jurídica à totalidade do conteúdo da norma, conforme definido por Bonavides (2013, p. 201)¹³⁵:

A originalidade de sua contribuição consiste em estruturar cientificamente a realidade jurídica, com abrangência tanto dos conteúdos da norma, como das propriedades formais do direito, por via de uma interconexidade surpreendente, que leva em conta todos os aspectos relevantes eventualmente omitidos com a dissociação da forma e da substância. Tal dissociação só acontece com aquelas posições teóricas em que a perda da perspectiva unitária acarreta danos a uma compreensão integrativa da norma jurídica.

2.2.1 Ordem constitucional aplicada às micro e às pequenas empresas

O programa normativo em estudo tem seu cerne no ordenamento jurídico observado inicialmente já no art. 1º da Constituição Federal, que expressamente menciona, em seus incisos

¹³⁵ Bonavides, Paulo. **Teoria estrutural do Direito**, in Friedrich Müller, **O novo paradigma do direito**. 3.ed. São Paulo, Ed. RT, 2013, p. 201.

III e IV, que são fundamentos do Estado os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e a dignidade da pessoa humana.

Concernente ao conceito de dignidade da pessoa humana, tal remissão constitucional faz referência direta a outros dispositivos que objetivamente endereçam a direitos mais concretos, conforme pode ser visto em Canotilho (2018, p. 125)¹³⁶: “A dignidade foi objeto de referência direta nos seguintes dispositivos: art. 170, *caput* (a ordem econômica tem por finalidade assegurar a todos uma existência digna)”.

Assim, é feita a relação direta entre a dignidade da pessoa e a existência digna preconizada na ordem econômica e conseqüentemente relacionada ao direito previsto no inciso seguinte, relativo aos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, a respeito do qual Canotilho (2018, p. 125)¹³⁷ afirma:

a mudança na disposição introdutória do texto constitucional fincou de modo definitivo a opção política de estabelecer **tratamento privilegiado ao trabalho como elemento integrante do próprio conceito de dignidade humana e fundamentador do desenvolvimento da atividade econômica**. Isso representou um compromisso inafastável com a valorização do ser humano e com a legitimação do Estado Democrático de Direito. **A valorização do trabalho e da livre-iniciativa assim como o seu caráter social foram elevados ao patamar dos princípios políticos constitucionalmente conformadores ou princípios constitucionais fundamentais**, que se caracterizam por explicitar as valorações políticas fundamentais do legislador constituinte, condensar as opções políticas nucleares e refletir a ideologia dominante da Constituição. (grifo nosso)

É possível, então, extrair de tal reflexão a ligação próxima entre os princípios da dignidade da pessoa humana, da valorização do trabalho e da livre iniciativa, entre eles e entre os princípios fundamentais da ordem econômica, fundamentais para o desenvolvimento econômico e social.

Seguindo para o art. 5º de nossa Carta Magna, que, em seu §1º, assevera que “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, retomamos o que avalia Da Silva (1982, p. 11),¹³⁸ citando Canotilho:

A lição do citado autor é rica de conseqüências no aspecto considerado, quando, refutando a tese, sustenta que ‘a força dirigente dos direitos fundamentais justifica que se ultrapasse a degradação dos direitos sociais, econômicos e culturais (na parte em que se implicam direitos a prestações estaduais) em ‘simples direitos

¹³⁶ CANOTILHO, JJ Gomes et al. (Ed.). **Comentários à constituição do Brasil**. Saraiva Jur, 2018. p. 125.

¹³⁷ CANOTILHO, JJ Gomes et al. (Ed.). **Comentários à constituição do Brasil**. Saraiva Jur, 2018. p. 125.

¹³⁸ DA SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. Editôra Revista dos Tribunais, 1982. p. 11.

legais', pois que são direitos originários a prestações fundados na constituição e não direitos a prestações derivados da lei'; **'os direitos subjectivos a prestações [prosegue], mesmo quando não concretizados, existem para além da lei por virtude da constituição, podendo ser invocados embora não judicialmente, diz ele contra as omissões inconstitucionais do legislador. À força imediatamente vinculante que hoje se atribui a uma parte dos direitos fundamentais (os direitos, liberdades e garantias e os direitos de natureza análoga) pode e deve ser interpretada, no que respeita aos direitos a prestações, no sentido de fundamentar originariamente esses direitos, mesmo que não haja imposição constitucional dirigida expressamente ao legislador'**. (grifos nossos)

As assertivas de Canotilho, corroboradas por Da Silva, demonstram a clareza da densidade dos direitos fundamentais no sentido de sua aplicabilidade imediata e da possibilidade de exigência direta de seu cumprimento, mesmo diante da ausência de comando expreso do texto constitucional ao legislador.

Retomados os dispositivos constitucionais que estruturam os direitos fundamentais afetos à ordem econômica Constitucional, que trazem relação direta com a atividade empresarial, pode-se, então, fazer a transposição para os textos mais explícitos voltados especificamente às micro e às pequenas empresas.

A alínea "d" do inciso III do art. 146 estabelece que cabe à lei complementar estabelecer normas gerais, em matéria de legislação tributária, acerca da "definição de tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e para as empresas de pequeno porte, inclusive regimes especiais ou simplificados (...)".

Os impostos afetos às micro e às pequenas empresas possuem comando constitucional que serve de fundamento para a legislação infraconstitucional visitada a seguir, a qual reformula, por lei complementar, o regime especial tributário, o Simples Nacional, conforme registrado por Canotilho (2018, p. 1715)¹³⁹, ao detalhar o texto expreso, asseverando que a reserva de lei complementar, no caso do segmento estudado, deve:

v) promover a garantia de tratamento adequado e estímulos:
(...)

b) às microempresas e para as empresas de pequeno porte, inclusive regimes especiais ou simplificados no caso do ICMS, das contribuições previdenciárias do empregador, ou do PIS, podendo criar regime único de arrecadação dos impostos e contribuições da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

¹³⁹ CANOTILHO, JJ Gomes *et al.* (Ed.). **Comentários à constituição do Brasil**. Saraiva Jur, 2018. p. 1715.

Acerca desse dispositivo constitucional específico sobre a reserva de lei complementar para o regime especial de tributação para as micro e as pequenas empresas, o Supremo Tribunal Federal (STF) firmou conhecimento relevante em julgado de 2011.

Em sede de controle concentrado de constitucionalidade, julgando ação direta de inconstitucionalidade ajuizada contra o art. 13, §3º, da LC n.º 123/2006, que isentou as microempresas e as empresas de pequeno porte optantes pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional ("Supersimples"), o STF assim decidiu:

(...) A isenção concedida não viola o art. 146, III, d, da Constituição, pois a lista de tributos prevista no texto legal que define o campo de reserva da lei complementar é exemplificativa, e não taxativa. Leitura do art. 146, III, d, juntamente com o art. 170, IX, da Constituição. **O fomento da micro e da pequena empresa foi elevado à condição de princípio constitucional, de modo a orientar todos os entes federados a conferir tratamento favorecido aos empreendedores que contam com menos recursos para fazer frente à concorrência. Por tal motivo, a literalidade da complexa legislação tributária deve ceder à interpretação mais adequada e harmônica com a finalidade de assegurar equivalência de condições para as empresas de menor porte.** Risco à autonomia sindical afastado, na medida em que o benefício em exame poderá tanto elevar o número de empresas a patamar superior ao da faixa de isenção quanto fomentar a atividade econômica e o consumo para as empresas de médio ou de grande porte, ao incentivar a regularização de empreendimentos.” (grifo nosso)

[ADI 4.033, rel. min. Joaquim Barbosa, j. 15-9-2010, P, DJE de 7-2-2011.]

Nesse julgado, o STF traz a realização do texto constitucional, firmando o entendimento do legislador maior de que o desenvolvimento das micro e das pequenas empresas é princípio constitucional e garante que sua interpretação, em todos entes federados, seja realizada de forma a permitir a maior concreção normativa da premissa de assegurar a competitividade das empresas de menor porte.

O texto constitucional faz remissão, ainda mais específica, quanto aos objetivos do legislador em termos de priorização do tratamento especial às micro e às pequenas empresas, no principal dispositivo constitucional a ser analisado no programa normativo, o art. 179, *in fine*:

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. (grifo nosso)

O texto constitucional faz menção direta e expressa a “tratamento jurídico diferenciado” visando o incentivo creditício para as micro e as pequenas empresas.

Acerca desse dispositivo, o STF se pronunciou, de forma contundente, em sede de “Controle Concentrado de Constitucionalidade” na ADI n.º 1.643/2003, acerca ainda da questão tributária, mantendo os benefícios de tal ordem apenas para as empresas que efetivamente se enquadrem nos requisitos do regime especial tributário do Simples:

Por disposição constitucional (CF, art. 179), as microempresas e as empresas de pequeno porte devem ser beneficiadas, nos termos da lei, pela "simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas" (CF, art. 179). Não há ofensa ao princípio da isonomia tributária se a lei, por motivos extrafiscais, imprime tratamento desigual a microempresas e empresas de pequeno porte de capacidade contributiva distinta, afastando do regime do Simples aquelas cujos sócios têm condição de disputar o mercado de trabalho sem assistência do Estado.

[ADI 1.643, rel. min. Maurício Corrêa, j. 5-12-2003, P, DJ de 14-3-2003.]

É inegável que há intenção clara do legislador constitucional em preservar a função social da empresa, em especial, da pequena empresa, em sentido amplo, para que as menores sobrevivam e cumpram sua função social, mesmo possuindo condições precípuas menos favoráveis. Nesse sentido, Canotilho *et al* (2018, p. 1857)¹⁴⁰ asseveram:

Na busca de preservar a função social da empresa, o objetivo a que se propõe a norma é garantir que estas pequenas empresas desenvolvam suas atividades econômicas de forma plena. Isto porque tributar de maneira formalmente igual pequenas e grandes empresas implica em sobreonerar as pequenas, em detrimento das grandes.

O que trazemos para reflexão é que, mesmo em sede de deliberação judicial, não há questionamentos sobre sua concretização sob o aspecto da simplificação para o acesso ao crédito, mas, sim, de forma repetitiva e única, há questionamentos apenas quanto à ordem tributária, que é igualmente relevante, mas não a única a estar expressa no texto constitucional.

Em outra esfera, no âmbito da regulamentação legal de dispositivos constitucionais, também não encontramos comando, em diploma legal, que faça remissão direta regulamentadora do termo expresso “creditícia”, constante do dispositivo analisado.

¹⁴⁰ CANOTILHO, JJ Gomes *et al.* (Ed.). **Comentários à constituição do Brasil**. Saraiva Jur, 2018. p. 1857.

O que então se depreende é que o legislador pátrio deixa a critério do regulador e dos agentes responsáveis pela operacionalização do crédito a função de concretizar tal função, sem, no entanto, lhe oferecer um comando legal legitimador e direcionador.

2.2.2 Instrumentos legais de crédito para micro e pequenas empresas

Partindo, então, para o programa normativo, na esfera infraconstitucional, podemos afirmar que a Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006, trouxe aperfeiçoamentos ao regime tributário especial para micro e pequenas empresas, e também instituiu o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte.

Tal Estatuto contém regras operacionais e tributárias, visando o melhor funcionamento e a efetiva sustentabilidade e manutenção de suas atividades; cabe destaque, em especial, que a lei assevera, expressamente, em seu art. 1º, que o “tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte” se dará também por meio do “acesso ao crédito”, inciso III, cuja concretização passaremos a analisar.

De forma a corroborar tais intenções, reproduzimos o que dizia a Justificação¹⁴¹ do Projeto de Lei n.º 123/2004, que fora então convertido na mencionada Lei Complementar n.º 123/2006:

Consideramos que a aprovação do presente projeto de lei complementar, que ora encaminhamos à apreciação dos meus pares nesta Casa, representará uma importante ação no sentido de facilitar a vida dos contribuintes pessoas jurídicas, servindo para a desburocratização e desregulamentação do setor produtivo, **com efeitos diretos sobre a vida das pessoas e da capacidade de geração de emprego e renda.** (grifo nosso)

O trecho grifado representa, de forma inequívoca, a intenção do legislador de que a nova lei deveria ter reflexo direto na vida das pessoas, com geração de emprego e renda. Tal intenção é fundada em dados oficiais, conforme mencionado na introdução deste trabalho, no sentido de que as micro e as pequenas empresas geram mais de 50% das vagas de trabalho formal do País, o que, conseqüentemente, também representa geração de renda.

¹⁴¹ Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n.º 123/2004**. Inteiro Teor. Justificação. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=7ABDA9DF54D742639B626B40D404CCE0.proposicoesWebExterno2?codteor=193056&filename=PLP+123/2004

O que deve ser avaliado é se os elementos essenciais foram capazes de realizar tal lei na forma intentada pelo legislador e pelos que dele demandaram a apresentação de proposta legislativa naquela direção de fomento à atividade empresarial, com consequente e direta geração de emprego e renda.

Alguns dados da época da tramitação desse projeto de lei também merecem ser reproduzidos, tendo como fonte o Parecer¹⁴² do Relator na Comissão de Desenvolvimento Econômico, Indústria e Comércio da Câmara dos Deputados:

o universo das empresas de pequeno porte e das microempresas brasileiras, que àquele ano totalizaram, em receitas, a quantia de R\$ 168 bilhões e R\$ 200 milhões, respectivamente.

Universo conformado por 1 milhão e por 100 mil destas pequenas e microempresas que eram empregadoras, tendo em registro ao menos uma pessoa como empregado, e sendo os demais membros familiares ou sócios, o que, então, indicava o **envolvimento de 926 mil famílias nos negócios**.

A relevância dos pequenos negócios, dos pequenos empreendedores, sejam eles prestadores de serviços, fabricantes de bens ou comerciantes, é tamanha no Brasil que, segundo dados do IBGE, **98% das empresas do País são micros e pequenas empresas**. Este segmento extremamente ativo da economia real representava, então, **93% dos estabelecimentos empregadores, assegurando cerca de 60% dos empregos gerados no Brasil e participando com 43% da renda total dos setores industrial, comercial e de serviços**.

Na realidade, o Brasil, hoje, segundo pesquisa realizada em 37 países, em 2002, sob a coordenação da Global Entrepreneurship Monitor – GEM, da London Business School, da Inglaterra, e da Babson School, dos Estados Unidos - iniciativa coordenada no Brasil pelo Instituto Brasileiro de Qualidade e Produtividade do Paraná e pelo SEBRAE –, ocupa o sétimo lugar no ranking dos países com maior nível de empreendedorismo. (grifos nossos)

Os números apresentados, todos de bases oficiais, justificam a preocupação tanto do legislador constitucional quanto do legislador infraconstitucional no sentido de expressar, em dispositivos diretos, prerrogativas às micro e às pequenas empresas, até então da ordem operacional e tributária.

É relevante ainda registrar que o Parecer foi aprovado por unanimidade na mencionada CDEICS da Câmara dos Deputados, de onde seguiu para a Comissão Especial criada para analisar e deliberar sobre o projeto de lei, na qual foi realizada audiência pública, no dia 31/05/2005. Nessa data, o então presidente da Confederação Nacional da Indústria afirmou:

¹⁴² Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n.º 123/2004. Parecer do Relator na Comissão de Desenvolvimento Econômico, Indústria e Comércio (CDEICS)**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=7ABDA9DF54D742639B626B40D404CCE0.proposicoesWebExterno2?codteor=221191&filename=Tramitacao-PLP+123/2004

Conceitualmente, as linhas mestras do projeto mostram-se adequadas, sendo as mesmas as seguintes:

- a) a preocupação com a **formalização** de empreendedores;
- b) o estímulo à inclusão previdenciária, tanto do empreendedor quanto de seus empregados;
- c) a criação de regimes simplificados nos campos tributário, previdenciário e trabalhista; e
- d) criar um estágio intermediário, uma ponte, entre a **informalidade** e a constituição formal das empresas.

É importante observar a preocupação do legislador e do representante setorial com a questão da informalidade, tratada, inclusive, em capítulo anterior, e que tem se mostrado fator preponderante para o melhor desenvolvimento da atividade empresarial, especialmente no que se refere ao acesso ao crédito bancário.

A notória intenção do legislador se consolida, ao rever tal histórico, com menção expressa no primeiro dispositivo do principal diploma legal que rege a atividade do microempreendedor, e a expectativa da sociedade organizada no sentido de ver a realização da lei favorecer seus destinatários finais (o microempreendedor, o trabalhador e a sociedade em geral), com geração de renda e seu conseqüente impulso à economia nacional.

Os elementos essenciais à interpretação devida para a concretização da norma constitucional e infraconstitucional demonstram que há, nos textos trazidos, a previsão de regimes especiais referentes à tributação, à participação em licitações e à legislação tributária e previdenciária, e, também, ao crédito. Tal perspectiva é corroborada por Friedrich Müller, Abboud *et al* (2019, p. 156)¹⁴³ consignam que: “Podemos resumir a definição pós-positivista de direito como aquela em que o fenômeno jurídico é analisado a partir da perspectiva da concretização, sendo o conceito de direito um ‘conceito interpretativo’.”

Pode-se dizer que há claro reconhecimento e concretização das intenções tanto do legislador constitucional quanto do legislador infraconstitucional, no sentido de fixar que o sistema tributário nacional deve oferecer tratamento favorecido às empresas de pequeno porte e, ainda, que o regime especial de tributação foi criado para equiparar as condições de competição dessas empresas com menor poder financeiro.

¹⁴³ ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução ao direito – teoria, filosofia e sociologia do direito**. 2019. p.156.

Tal assertiva encontra respaldo no que se refere à concretização da norma constitucional, combinada com a mencionada lei complementar, em julgado do STF, em sede de “Repercussão Geral” reconhecida, com mérito julgado, em que se decidiu:

O Simples Nacional surgiu da premente **necessidade de se fazer com que o sistema tributário nacional concretizasse as diretrizes constitucionais do favorecimento às microempresas e às empresas de pequeno porte**. A LC 123, de 14-12-2006, em consonância com as diretrizes traçadas pelos arts. 146, III, d, e parágrafo único; 170, IX; e 179 da CF, visa à simplificação e à redução das obrigações dessas empresas, conferindo a elas um tratamento jurídico diferenciado, o qual guarda, ainda, perfeita consonância com os princípios da capacidade contributiva e da isonomia. Ausência de afronta ao princípio da isonomia tributária. **O regime foi criado para diferenciar, em iguais condições, os empreendedores com menor capacidade contributiva e menor poder econômico, (...).**

[RE 627.543, rel. min. Dias Toffoli, j. 30-10-2013, P, DJE de 29-10-2014, Tema 363.]

No entanto, até o presente momento da história do regime jurídico das micro e das pequenas empresas, não foi registrado comando expresso legal, ou sequer dispositivo legal endereçando a questão do crédito para as micro e as pequenas empresas, que, conforme visto anteriormente, são relevantes para o desenvolvimento da economia e da sociedade como um todo e possuem guarida no texto constitucional.

Corroborando tal assertiva, um estudo recente do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES (BARBOZA *et al*, 2019, p. 10)¹⁴⁴ trouxe argumentos acerca dos benefícios do desenvolvimento de micro e pequenas empresas:

O apoio a MPMEs poderia ser justificado de três formas. Primeiro, porque essas empresas são **financeiramente mais restritas e menos propensas a ter acesso a financiamento formal** (BECK; DEMIRGÜÇKUNT, 2006). Segundo, porque essas empresas têm maior escassez de capital e, portanto, um retorno marginal do capital mais elevado, **tornando o crédito para esse tipo de firma potencialmente mais impactante no desenvolvimento** (OCDE, 2018). Terceiro, porque **tais empresas desempenham um papel especial para a dinâmica da economia: elas respondem pela maior parte do emprego formal no país**, sendo uma das atribuições do BNDES utilizar os recursos do Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT) para financiar políticas geradoras de emprego (AFONSO, 2018), além de serem importantes para o processo de inovação e competitividade no mercado (BIGGS, 2002). (grifo nosso)

A questão da geração de empregos formais, de modo representativo, em termos nacionais, coloca as micro e as pequenas empresas em um patamar de importância para a sociedade que as faz merecer a atenção de legisladores, gestores públicos e julgadores.

¹⁴⁴ BARBOZA, Ricardo de Menezes *et al*. **O BNDES e as micro, pequenas e médias empresas**. 2019. p. 10.

Entretanto, esse segmento de empresas é o que tem maior dificuldade de fazer captação de recursos, seja por meio de acesso ao crédito ou de abertura de capital.

O mesmo estudo do BNDES (BARBOZA *et al*, 2019, p. 10) aborda a dificuldade de acesso ao crédito pelas micro e pequenas empresas:

A restrição de crédito afeta principalmente as MPMEs por razões diversas. Primeiro, porque a **medição do risco dessas empresas é frágil**, uma vez que a informação, quando disponível, tem um grau de confiabilidade limitado. Segundo, porque o **baixo valor das operações com essas empresas torna economicamente inviável para o emprestador utilizar mecanismos sofisticados para a análise de risco**, dificultando a separação dos bons e dos maus pagadores e agravando o problema de racionamento. Terceiro, porque **a menor disponibilidade de ativos desse tipo de empresa impede que a exigência de colateral seja um instrumento efetivo para filtrar projetos ruins ou para induzir os empresários a fazer escolhas menos arriscadas**. (grifo nosso)

As conclusões do estudo do maior banco nacional de fomento do País resumem as regras a que todos estão sujeitos, mas os menos favorecidos financeiramente restam prejudicados para acessar o crédito e, quando o acessam, o fazem a custos superiores. Em resumo: ausência de informações acerca de histórico de crédito; baixa rentabilidade das operações para as instituições cedentes do crédito; e, por fim, dificuldades de oferecer garantias.

Tais aspectos, variáveis e conclusões também já foram objeto de estudo por diversas outras entidades de caráter técnico, além do meio acadêmico de diferentes áreas da ciência – Economia, Direito, Administração, Finanças, entre outras.

Entre os diversos estudos realizados por nosso Banco Central e por bancos centrais de outros países e organismos internacionais, estão os relatórios sobre *spread* bancário, nível de bancarização de pessoas naturais e jurídicas, acesso ao crédito, associados aos estudos de concentração e verticalização do SFN, concorrência bancária, informalidade da economia nacional e assimetria de informações, conforme menções realizadas no capítulo anterior.

Um dos principais aspectos relativos ao crédito é a chamada assimetria de informações, que pode ser traduzida como o conhecimento de informações detido mais por um grupo do que por outro, resultando em tomada de decisões equivocadas. O tema foi objeto de

estudo de três americanos, que ganharam o Prêmio Nobel de Economia, em 2001: George A. Akerlof, A. Michael Spence e Joseph E. Stiglitz¹⁴⁵.

Em seu trabalho, os ganhadores do prêmio afirmam:

Muitos mercados são caracterizados por informações assimétricas: os atores de um lado do mercado têm informações muito melhores do que as do outro. Os mutuários sabem mais do que os credores sobre suas perspectivas de reembolso, os gerentes e os conselhos sabem mais do que os acionistas sobre a lucratividade da empresa e os possíveis clientes sabem mais do que as seguradoras sobre o risco de acidentes. Durante a década de 1970, os premiados do ano lançaram as bases para uma teoria geral dos mercados com informações assimétricas. As aplicações têm sido abundantes, variando dos mercados agrícolas tradicionais aos modernos mercados financeiros. As contribuições dos laureados formam o núcleo da moderna economia da informação.

O “Relatório de Cidadania Financeira do Banco Central do Brasil”¹⁴⁶, em sua última edição (janeiro de 2019), apresentou análises e conclusões relevantes acerca da educação financeira do microempreendedor brasileiro e de seu acesso ao crédito, inclusive acerca da assimetria de informações relativa a tal segmento.

O mencionado relatório afirma que:

os controles também se mostram frágeis, 64% dos entrevistados responderam que fazem diariamente o registro de todas as receitas, para fazer o controle detalhado do seu fluxo de caixa. No entanto, quase a metade o faz em anotações à mão em um caderno, e só 17% utilizam um computador. Ressalte-se que parte significativa dos MEI não faz o controle diário das receitas (39%) ou não faz o controle diário das despesas (33%), o que mais uma vez evidencia problemas no controle financeiro para esse segmento de empreendedores. (...) cerca de 80% nunca fizeram qualquer curso ou treinamento na área de administração financeira...”.

A dificuldade de controles de gestão, principalmente financeira, obsta aos cedentes de crédito terem as informações necessárias para ponderar e calcular o risco do crédito pretendido. Tal assimetria de informação muitas vezes impede o acesso ao crédito.

Outro fator que dificulta o acesso ao crédito é o fato de o índice de inadimplência do segmento ser quase o dobro do índice de outros segmentos empresariais e de pessoas naturais. Assim, a inadimplência é fato preponderante de dificuldade para acesso ao crédito, de forma mais intensa, no segmento de micro e pequenas empresas.

¹⁴⁵ George A. Akerlof, A. Michael Spence e Joseph E. Stiglitz ganhadores do Prêmio Nobel de Economia, 2001. Disponível em: <https://www.nobelprize.org/prizes/economic-sciences/2001/press-release/>

¹⁴⁶ Banco Central do Brasil. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/Nor/relcidfin/index.html>. p.129-130.

Em conclusão à etapa inicial da análise quanto ao programa normativo abrangendo os dispositivos constitucionais, em especial o art. 179 e a Lei Complementar que instituiu o “Estatuto Nacional das Micro e Pequenas Empresas”, em especial seu inciso III do art. 1º, vemos que, até o momento, não houve endereçamento algum, pelo regime jurídico desse segmento empresarial, de comando constitucional ou legal específico para a facilitação do acesso ao crédito que viabilizasse, de forma efetiva, a concretização de tais dispositivos.

Até 2019, os fundos constitucionais, com todas suas limitações e restrições – pois atuam apenas nas regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste – foram os únicos instrumentos para viabilizar crédito direcionado a toda atividade empresarial em que o micro e o pequeno empresário tiveram condições diferenciadas.

Ressalta-se, ainda, que tais condições são relativamente diferenciadas, pois referem-se apenas às pessoas naturais sendo, semelhantes, no entanto, quanto a condições, taxas de juros, prazos e carência, às médias e às grandes empresas.

Assim, não houve registro de condições diferenciadas específicas apenas para as micro e pequenas empresas, com taxas, prazo e carências mais flexíveis e favorecidas do que para as médias e grandes empresas, apesar de toda fundamentação anterior quanto à significativa parcela de contribuição desse segmento, com a geração de riquezas para o País.

Portanto, a primeira iniciativa de comando legal especificamente direcionado ao crédito para micro e pequenas empresas ocorreu apenas por meio da edição da Lei Complementar n.º 167, de 24 de abril de 2019, que criou a Empresa Simples de Crédito (ESC), a qual tem como público-alvo apenas as micro e as pequenas empresas.

Tais empresas são caracterizadas principalmente por sua atipicidade em relação às demais instituições hoje atuantes no SFN, particularmente na concessão de crédito para pessoas jurídicas e sem autorização para funcionar nem supervisão e regulamentação do BCB.

Dessa forma, essas peculiaridades, fazem das ESCs instituições atípicas, e, portanto, relevantes como objeto de estudo, tendo em vista que podem ser importantes intermediadores de recursos.

As Empresas Simples de Crédito foram idealizadas visando à democratização, com aumento do acesso, e ao barateamento do crédito, com redução das taxas de juros, para os pequenos empreendedores.

Alguns aspectos expressos no art. 1º da Lei Complementar n.º 167/2019¹⁴⁷ chamam a atenção por sua peculiaridade, em comparação às outras instituições que ofertam crédito e que são supervisionadas pelo BCB.

De início, o fato de poderem atuar apenas em municípios em que estão sediadas ou em municípios limítrofes a esses; também é caso atípico a permissão para operarem exclusivamente com recursos próprios; e, por fim, terem como público-alvo exclusivamente microempreendedores individuais, microempresas e empresas de pequeno porte.

É relevante registrar que as ESCs tiveram como principal motivação, segundo Justificação da Emenda¹⁴⁸ Substitutiva Global ao Projeto de Lei Complementar n.º 420/2014 (que foi aprovado e assim convertido na Lei Complementar n.º 167/2019), oferecer mais opções de crédito às micro e às pequenas empresas, que, muitas vezes, não conseguem realizar as operações de crédito nas condições desejadas, ou sequer conseguem realizar qualquer operação de crédito no sistema de crédito tradicional, o que sinaliza que há uma carência em relação ao acesso ao crédito.

Antes de as ESCs serem criadas, as chamadas empresas de *factoring* atuavam, e ainda atuam, nesse segmento de mercado de crédito, emprestando a esse público-alvo.

No entanto, a atuação das *factorings* sempre foi eivada de instabilidade jurídica, conseqüentemente, com diversos e constantes questionamentos do Poder Judiciário por parte dos Ministérios Públicos, entre outros, e sem a supervisão do BCB, com acusação de atuarem como “agiotas”, o que representa uma atividade ilegal. Considerando que essas empresas não são autorizadas a funcionar nem são supervisionadas pelo Banco Central do Brasil, o inciso VI do art. 4º da Lei n.º 4.595/1964 prevê que cabe ao CMN “Disciplinar o crédito em todas as suas modalidades e as operações creditícias em todas as suas formas, inclusive aceites, avais e prestações de quaisquer garantias por parte das instituições financeiras”.

¹⁴⁷ "Art. 1º A Empresa Simples de Crédito (ESC), de âmbito municipal ou distrital, com atuação exclusivamente no Município de sua sede e em Municípios limítrofes, ou, quando for o caso, no Distrito Federal e em Municípios limítrofes, destina-se à realização de operações de empréstimo, de financiamento e de desconto de títulos de crédito, exclusivamente com recursos próprios, tendo como contrapartes microempreendedores individuais, microempresas e empresas de pequeno porte, nos termos da Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006 (Lei do Simples Nacional)”.

¹⁴⁸ Emenda Substitutiva Global apresentada pelo então Deputado Jorginho Mello ao Projeto de Lei Complementar n.º 420, de 2014. Câmara dos Deputados. Disponível em <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD0020181121001910000.PDF#page=484>

Por outro lado, as Empresas Simples de Crédito, apesar de não serem reguladas e fiscalizadas pelo Banco Central, prestam serviço semelhante, no mesmo segmento em que instituições financeiras supervisionadas atuam, motivo pelo qual entendemos coerente estudar também o seu regime jurídico no âmbito das reformas ora propostas, visando análise do risco jurídico e financeiro por parte do tomador, no que se refere ao regular e efetivo funcionamento de tais instituições.

Como a legislação das ESCs completou um ano em abril de 2020, será possível observar, com dados a serem analisados no âmbito normativo, se está ocorrendo a concretização pretendida pelo legislador, expressa na Justificação da Emenda Substitutiva Global ao Projeto de Lei que foi aprovado e convertido na Lei Complementar n.º 167/2019.

Sobre outros instrumentos legais para o incremento do acesso ao crédito, mais recentemente, em razão da pandemia de Covid-19, foram aprovadas novas medidas para estimular os micro e os pequenos empreendedores. No entanto, todas são de caráter temporário, apenas para o período de calamidade pública, inicialmente reconhecida por meio do Decreto Legislativo n.º 6¹⁴⁹, de 20 de março de 2020, até 31 de dezembro de 2020.

Vejamos, então, o que diz o art. 1º da Lei Complementar n.º 167/2019, *in fine*:

Art. 1º A Empresa Simples de Crédito (ESC), de âmbito municipal ou distrital, **com atuação exclusivamente no Município** de sua sede e em Municípios limítrofes, ou, quando for o caso, no Distrito Federal e em Municípios limítrofes, destina-se à realização de operações de empréstimo, de financiamento e de desconto de títulos de crédito, **exclusivamente com recursos próprios, tendo como contrapartes microempreendedores individuais, microempresas e empresas de pequeno porte**, nos termos da Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006 (Lei do Simples Nacional). (grifo nosso)

Alguns aspectos expressos no referido dispositivo legal chamam a atenção pela sua peculiaridade, em comparação às outras instituições que ofertam crédito e que são supervisionadas pelo BCB.

Podemos relacionar como principais peculiaridades das ESCs:

¹⁴⁹ Decreto Legislativo n.º 6, de 20 de março de 2020. Reconhece, para os fins do art. 65 da Lei Complementar n.º 101, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade pública, nos termos da solicitação do Presidente da República encaminhada por meio da Mensagem n.º 93, de 18 de março de 2020. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/DLG6-2020.htm. Acesso em 23/06/2020.

- podem atuar apenas em municípios em que estão sediadas ou em municípios limítrofes a esses;
- devem operar exclusivamente com recursos próprios;
- podem ter como contraparte de suas operações apenas microempreendedores individuais, microempresas e empresas de pequeno porte
- não podem ter a mesma pessoa natural participando de mais de uma ESC, ainda que localizadas em municípios distintos ou sob forma de filial;
- são vedadas a realizar operações em meio circulante físico, devendo a movimentação dos recursos “ser realizada exclusivamente mediante débito e crédito em contas de depósito de titularidade da ESC e da pessoa jurídica contraparte na operação”.

Com pouco mais de um ano em vigor, números publicados pelo SEBRAE¹⁵⁰ indicam que se encontram em funcionamento cerca de 814 ESCs em todo o País, operando aproximadamente R\$ 380 milhões, em capital total das empresas.

Conforme anteriormente mencionado, a Justificação do Projeto de Lei que resultou na edição da Lei Complementar n.º 167/2019 menciona que o objetivo das ESCs é o de oferecer mais opções de crédito às micro e às pequenas empresas, que, muitas vezes, não conseguem realizar as operações de crédito nas condições desejadas, ou sequer conseguem realizar qualquer operação de crédito no sistema de crédito tradicional, carecendo de acesso ao crédito.

No entanto, tal objetivo foi cumprido apenas em parte, até o momento. As ESCs têm sido uma opção para os empresários que não atendem a todas as exigências das instituições financeiras bancárias, assemelhadas, instituições de pagamentos e *fintechs*.

No entanto, estão operando a taxas de juros médias de cerca de 4,7% ao mês, conforme também informado pelo SEBRAE, o que representa percentual superior à taxa de

¹⁵⁰ Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (SEBRAE) é uma entidade privada pertencente ao chamado Sistema “S” que promove a competitividade e o desenvolvimento sustentável dos empreendimentos de micro pequenas empresas– aqueles com faturamento bruto anual de até R\$ 4,8 milhões. Disponível em https://www.sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/canais_adicionais/conheca_quemsomos. Acessado em 23/06/2020.

juros média praticada nas operações realizadas por instituições supervisionadas pelo Banco Central, conforme informação do próprio órgão supervisor.

Ademais, tendo em vista o volume de crédito necessário para atender às demandas desse segmento empresarial, os cerca de R\$ 300 milhões das ESCs representam montante reduzido diante da demanda reprimida do setor.

No que se refere à intenção de as ESCs representarem instrumento alternativo válido para alguns microempreendedores, até o momento, não estão se caracterizando como opção ao sistema bancário em iguais condições, o que, certamente leva à conclusão de que tal instrumento não representa fator de aumento da concorrência no SFN, com um ano da vigência da lei que criou tal novo instituto.

Por fim, é relevante trazer Enunciado aprovado na III Jornada de Direito Comercial promovida pelo Conselho da Justiça Federal, em plenária realizada em 07 de junho de 2019:

ENUNCIADO 92151 – A Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (Eireli) poderá ser constituída por pessoa natural ou por pessoa jurídica, nacional ou estrangeira, sendo que a limitação para figurar em uma única Eireli é apenas para pessoa natural.

A Justificativa do Enunciado elucida que tal conclusão decorreu de interpretação sistemática da Lei n.º 12.441/2011, que instituiu a Eireli, combinada com art. 980-A e o inciso VI do art. 44 do Código Civil, à luz dos princípios constitucionais da legalidade e da livre iniciativa, expressos no inciso II do art. 5º e no art. 170 de nossa Carta Magna.

Conforme depurado pelos integrantes da Comissão de Trabalho responsável por analisar e deliberar sobre o tema, o mencionado art. 980-A traz a possibilidade de a Eireli ser constituída por uma “única pessoa”, sem definir se pessoa natural ou jurídica, *in fine*:

Art. 980-A. A empresa individual de responsabilidade limitada será constituída por uma única pessoa titular da totalidade do capital social, devidamente integralizado, que não será inferior a 100 (cem) vezes o maior salário-mínimo vigente no País.

¹⁵¹ Justiça Federal. Conselho da Justiça Federal. Centro de Estudos Judiciários. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-de-direito-comercial/enunciados-aprovados-iii-jdc-revisados-2.pdf>

Por sua vez, o §2º do mesmo dispositivo traz comando expresso vedando pessoa natural constituir mais de uma Eireli, *in fine*: “§ 2º A pessoa natural que constituir empresa individual de responsabilidade limitada somente poderá figurar em uma única empresa dessa modalidade.”. Assim, depreende-se dos dispositivos e dos princípios anteriormente mencionados que o ordenamento jurídico não afasta a possibilidade de pessoas jurídicas constituírem mais de uma Eireli.

Mencionada justificativa ainda traz a informação de que tal entendimento fora adotado por meio da edição de Instrução Normativa do Departamento do Registro Empresarial e Integração da então Secretaria Especial da Micro e Pequena Empresa do Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviço, Drei IN n.º 47, de 3/8/2018¹⁵², que alterou o Manual de Registro de Eireli.

Tal decisão encontra guarida em jurisprudência mencionada no referido Enunciado: TRF-3, ApReeNec 0006124-51.2016.4.03.6100 SP, 1ª Turma, julg. 20/3/2018, Des. Valdecir dos Santos; e Ap 0007618-48.2016.4.03.6100 SP, 3ª Turma, julg. 21/11/2018, Des. Nelton dos Santos.

Também adotou semelhante entendimento Tomazette (2020, p. 90-91):¹⁵³

4.4.1 Pessoa Jurídica pode constituir a Eireli?

Muitos autores entendem que apenas as pessoas físicas, porque o nome empresa individual seria impróprio para pessoas jurídicas, sendo mais associado a pessoas físicas. Além disso, a criação da empresa individual de responsabilidade serve para proteger aqueles que não têm a possibilidade da limitação da responsabilidade, o que já existiria para as pessoas jurídicas. Nesse sentido, o Enunciado 468 da V Jornada de Direito Civil afirma que ‘a empresa individual de responsabilidade limitada só poderá ser constituída por pessoa natural’.

Todavia, diante a positivação da Eireli no Brasil não vemos qualquer impedimento. Embora normalmente ligada a pessoas físicas, **nada impede no nosso ordenamento jurídico que a Eireli seja constituída também por pessoas jurídicas**, inclusive as de fins não empresariais para exercício de atividades lucrativas subsidiárias. Isso é o que se depreende do próprio caput do art. 980-A que diz que a Eireli ‘será constituída por uma única pessoa’ sem especificar ou delimitar. Outrossim, a restrição constante do §2º do mesmo art. 980-A dirigida especificamente a pessoas físicas, mostra que essa não é a única possibilidade de constituição da Eireli. Ademais, **reitere-se eu a aplicação das regras atinentes às sociedades limitadas corrobora a possibilidade de titularidade por uma pessoa jurídica**. (grifo nosso)

¹⁵²Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviço. Departamento de Registro Empresarial e Integração. Disponível em: http://www.mdic.gov.br/images/REPOSITORIO/SEMPE/DREI/INs_EM_VIGOR/IN-DREI-47-2018-Altera-Manual-EIRELI.pdf

¹⁵³ TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial v. 1 Teoria geral e direito societário**. Saraiva Educação SA, 2020. p. 90-91.

Como visto, o autor fundamenta a decisão do citado Enunciado n.º 92, lembrando ainda que o Enunciado n.º 468 da V Jornada de Direito Civil, que restringe a constituição da empresa individual de responsabilidade limitada apenas à pessoa natural, não se referia especificamente a Eireli, por ter sido exarado anteriormente à edição da lei que criou essa figura jurídica, permitindo, assim, outra leitura contextual, diante do novo diploma legal de caráter específico acerca das empresas individuais de responsabilidade limitada.

A relevância desse tema para as ESCs está no disposto no art. 2º de sua lei de criação, *in fine*:

Art. 2º A ESC deve adotar a forma de empresa individual de responsabilidade limitada (Eireli), empresário individual ou **sociedade limitada constituída exclusivamente por pessoas naturais** e terá por objeto social exclusivo as atividades enumeradas no art. 1º desta Lei Complementar. (grifo nosso)

Do dispositivo interpretado conjuntamente com o referido Enunciado n.º 92, pode-se concluir que uma ESC, na forma de Eireli, constituída de uma pessoa natural, pode constituir outra Eireli, também constituída de pessoa natural.

Como a edição do Enunciado n.º 92 ocorreu posteriormente à publicação da Lei Complementar n.º 167/2019, que, salvo melhor juízo, intentava vedar a propriedade de mais de uma ESC por pessoa natural ou jurídica, entendemos que caberia uma reavaliação do tema, com eventual aperfeiçoamento legislativo.

Outro aspecto relevante acerca da lei de criação das ESCs que merece atenção, diante da possibilidade de eventual distorção do intentado pelo legislador, reside em seu art. 4º:

Art. 4º A receita bruta anual da ESC não poderá exceder o limite de receita bruta para Empresa de Pequeno Porte (EPP) definido na Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006 (Lei do Simples Nacional).
Parágrafo único. **Considera-se receita bruta, para fins do disposto no caput deste artigo, a remuneração auferida pela ESC com a cobrança de juros**, inclusive quando cobertos pela venda do valor do bem objeto de alienação fiduciária. (grifo nosso)

A receita bruta anual estabelecida em lei para a EPP é de R\$ 4,8 milhões por ano, conforme o texto exposto, e deve ser apurada com base nos valores auferidos com os juros das operações e não com base no valor das operações.

Assim, em cálculo simples, a título de exemplo, uma ESCs que tenha cobrado, em média 5% ao mês de juros pelas operações de crédito realizadas, e tenha atingido o limite

de R\$ 4,8 milhões por ano com esses juros, significa que o valor total das operações que resultaram na cobrança de tais juros chega a R\$ 96 milhões¹⁵⁴ por ano.

Feita tal constatação, entendemos ser outro o aspecto a ser avaliado pelo legislador: se há distorção, em seu intento, quando estabeleceu o limite operacional equivalente ao das EPPs. Caso contrário, caberia aperfeiçoamento da legislação visando sua concretização nos termos da vontade do legislador.

Por fim, tendo em vista o atual cenário das ESCs, após pouco mais de um ano da entrada em vigor de sua lei, entendemos que caberia a realização de revisão legislativa de seu texto, visando seu aperfeiçoamento e sua consequente concretização. Explica Müller (2008, p. 277)¹⁵⁵:

O fato de que as competências legislativas em geral sejam ordenadas de acordo com os contextos materiais é algo que não apenas dá origem a critérios da técnica de formulação, mas também ao reconhecimento de ordenamentos parciais relativamente a autônomos e baseados em dados concretos da realidade social.

É relevante lembrar, ainda, que o processo de redução das taxas de juros, conforme assinalado anteriormente, passa por processo de ampliação da competitividade e, portanto, do aumento do número de agentes participantes do mercado de concedentes de crédito, de modo que se vê, como consequência saudável e desejável da lei, a criação de ESCs de forma sustentável, em obediência aos regramentos legais e jurisdicionais, bem como em consonância com os interesses das empresas tomadoras, público-alvo da lei, e da concretização de seu texto em prol do bem-estar social maior, com geração de emprego e renda de forma segura.

Passando do período com edição de leis e medidas provisórias – após o Decreto Legislativo n.º 6, de 20 de março de 2020, que reconhece “a ocorrência do estado de calamidade pública, com efeitos até 31 de dezembro de 2020, em razão da pandemia de Covid-19 –, foram observadas as iniciativas que descreveremos e analisaremos.

¹⁵⁴ Memória de cálculo estimado: Se limite foi atingido, R\$4,8 milhões ao ano correspondem a 5% de juros sobre o total emprestado, que corresponde a 100%, que na exata proporção representa, por equivalência diretamente proporcional, R\$ 96 milhões por ano de operações de empréstimos.

¹⁵⁵ MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1, 2008. p. 277.

Na esteira de tais medidas, foi aprovado o Programa Nacional de Apoio às Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Pronampe), por meio da Lei n.º 13.999¹⁵⁶, de 18 de maio de 2020, que oferece condições excepcionais de taxas de juros e prazo, além de garantia de 100% por parte da União, por meio do Fundo Garantidor de Operações (FGO), de que trata a Lei n.º 12.087¹⁵⁷, de 11 de novembro de 2009.

A nova lei, originária do Projeto de Lei n.º 1.282/2020,¹⁵⁸ de autoria do senador Jorginho Mello, criou o Programa Nacional de Apoio às Microempresas e às Empresas de Pequeno Porte (Pronampe), visando expressamente “o desenvolvimento e o fortalecimento dos pequenos negócios”. As principais características do Pronampe estão relacionadas no Anexo B.

Vale relembrar os argumentos utilizados na Justificação¹⁵⁹ do referido Projeto de Lei quanto aos objetivos da nova lei e o cenário no qual foi idealizada e aprovada pelo Senado Federal e pela Câmara dos Deputados:

Acesso à crédito sempre foi algo extremamente complicado quando tratamos de microempresas, uma vez que no ato do empréstimo os bancos sempre pedem garantias para que possam emprestar o valor, e a imensa maioria dos microempreendedores, não possuem nada para dar em garantia.

Quando não há solicitação de garantias as taxas de juros praticamente inviabilizam as negociações e tornam o negócio impraticável.

O que desejamos com este projeto de lei é criar um instrumento semelhante ao Pronaf do produtor rural. Essa específica linha de crédito revolucionou o campo, tornou a vida do pequeno produtor rural viável, concedendo-lhe crédito para melhorar e ampliar a sua produção.

Importante destacar que já havia dificuldade no acesso ao crédito antes da epidemia do COVID 19, agora o acesso piorou gravemente. Precisamos colocar dinheiro barato na mão dos microempreendedores URGENTEMENTE para que eles consigam manter seus negócios abertos. (grifo nosso)

¹⁵⁶ Lei n.º 13.999, de 18 de maio de 2020. Institui o Programa Nacional de Apoio às Microempresas e às Empresas de Pequeno Porte (Pronampe), para o desenvolvimento e o fortalecimento dos pequenos negócios; e altera as Leis n.ºs 13.636, de 20 de março de 2018, 10.735, de 11 de setembro de 2003, e 9.790, de 23 de março de 1999. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Lei/L13999.htm. Acesso em 23/06/2020.

¹⁵⁷ Lei n.º 12.087, de 11 de novembro de 2009. Dispõe sobre a prestação de auxílio financeiro pela União aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, no exercício de 2009, com o objetivo de fomentar as exportações do País, e sobre a participação da União em fundos garantidores de risco de crédito para micro, pequenas e médias empresas e para produtores rurais e suas cooperativas; e altera as Leis n.ºs 11.491, de 20 de junho de 2007, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.001, de 13 de março de 1990. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12087.htm. Acesso em 23/06/2020.

¹⁵⁸ Senado Federal. Projeto de Lei n.º 1.282/2020. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/141363>

¹⁵⁹ Senado Federal. Projeto de Lei n.º 1.282/2020. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8083372&ts=1594025546481&disposition=inline>

O texto remete a dois fatores primordiais na concessão do crédito – taxas de juros e garantias –, os quais muitas vezes inviabilizam ou até evitam a aprovação da realização da operação de crédito para o microempreendedor.

O Programa realizou, até o momento, cerca de mais de 200 mil operações e já foram utilizados como garantia cerca de R\$ 10 bilhões dos recursos da União transferidos do Tesouro Nacional para o FGO, conforme informação da Subsecretária da Subsecretaria de Desenvolvimento das Micro e das Pequenas Empresas, Empreendedorismo e Artesanato do Ministério da Economia, Antônia Tallarida Serra Martins, em Seminário¹⁶⁰ realizado pela Associação Nacional das Empresas de Fomento (Anfac), dia 23/07/2020.

Tendo em vista que hoje o número de micro e pequenas empresas é de cerca de 6 milhões de CNPJs, as 200 mil operações realizadas atendem a cerca de 3% do público-alvo, restando outras iniciativas para suprir as demandas emergenciais do segmento em virtude da crise gerada pela pandemia de Covid-19.

Em razão do reconhecimento do setor, do meio político, da sociedade e do governo de que as medidas até então adotadas não seriam suficientes, foram editadas medidas provisórias visando o suprimento de tais lacunas.

A primeira a ser editada foi a Medida Provisória n.º 936, de 1º de abril de 2020¹⁶¹, convertida na Lei n.º 14.020, de 06 de julho de 2020¹⁶², que “Institui o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda; dispõe sobre medidas complementares para enfrentamento do estado de calamidade pública (...)”.

Na Exposição de Motivos¹⁶³ encaminhada pelo Poder Executivo ao Poder Legislativo, consta que tal Medida busca contribuir com a preservação do emprego e da renda por meio de criação de prerrogativas nas relações de trabalho: “contribuir para a **diminuição de despesas obrigatórias e fixas das empresas** nesse momento de redução drástica de

¹⁶⁰ Seminário “PRONAMPE – Os desafios de sua expansão”. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=1DMnnnOBxN0>

¹⁶¹ Medida Provisória n.º 936/2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/mpv/mpv936.htm

¹⁶² Lei n.º 14.020/2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Lei/L14020.htm

¹⁶³ Exposição de Motivos da Medida Provisória n.º 936/2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Exm/Exm-MP-936-20.pdf

faturamento em razão da abrupta retração do consumo e da emergência em saúde pública que afeta o mundo inteiro.”. (grifo nosso)

O objetivo principal da nova lei é o de contribuir para a preservação do emprego e da renda por meio da redução das obrigações financeiras das empresas, especialmente das micro e pequenas empresas, além de contribuir para a preservação da continuidade de tais negócios empresariais.

Como regra geral, para as micro e as pequenas empresas, a nova lei traz as seguintes situações:

Tabela 2 – Regra geral da Lei n.º 14.020/2020 - até 3 salários mínimos

Quem paga: União 100% do Salário Desemprego ao qual teria direito o empregado

Salário Médio do Empregado	Benefício Emerg Pres Emprego 100% do Salário Desemprego		Perda Salarial	
	Mínimo	Máximo	Mínimo	Máximo
De 1.045 a 1599,61	1.045,00	1.279,69	0,00%	20,00%
De 1.599,62 a 2.666,29	1.279,70	1.813,03	20,00%	32,00%
De 2.666,29 a 3.135,00	sempre 1.813,03		32,00%	42,17%

Fonte: Planalto, 2020.

O quadro explicita o grau de perda do trabalhador segundo a lógica de quanto maior o salário maior a perda, mas todos com preservação do emprego formal. Os principais pontos da nova Lei n.º 14.020/2020 estão no Anexo C deste estudo.

É importante destacar que o programa exige um compromisso da empresa de garantir a permanência do empregado durante o período do benefício e no período posterior equivalente, após a retomada da jornada normal.

Conforme informação do Ministério da Economia, o programa tem custo estimado e destinação orçamentária prevista de investimento de R\$ 51,2 bilhões e já foi adotado por mais de 1,2 milhão de empresas, preservando 10.650 milhões de trabalhadores que tiveram seu emprego garantido com a suspensão do contrato ou a redução de jornada, e, ainda, tem o potencial de contribuir para a preservação de 24,5 milhões de empregos.

Por outro lado, é relevante também ressaltar que, na ausência dessa política, haveria gasto similar com recursos do seguro-desemprego, mas para atender um grupo muito menor de pessoas desempregadas (cerca de 12 milhões).

Desses 10.650 milhões de empregos preservados, os acordos concentram-se nas faixas abaixo de 3 salários mínimos, em que a renda é bem protegida (entre 100 e 70%).

A maior parte dos acordos foi realizada por empresas com menor receita bruta (abaixo de 4,8 milhões), micro e pequenas empresas, e empregadores pessoa física, microempreendedores individuais, protegendo empregos nos empreendimentos menores. Nas faixas superiores, a renda é protegida por meio de acordos coletivos.

Registre-se que tal medida reforça o dito anteriormente no sentido de que o micro empreendedorismo é diretamente ligado a questões sociais, como informalidade e desemprego.

Assim, políticas econômicas e sociais que visem à preservação do emprego e desestimulem a informalidade refletem positivamente sobre as micro e as pequenas empresas, as quais se mantêm sustentáveis e contribuem como instrumento econômico para a geração de renda e emprego, alimentando o ciclo virtuoso econômico.

Conforme nos ensina o estudo realizado pelo Banco Mundial (2007, p. 3):¹⁶⁴

Finalmente, a informalidade é um fenômeno multidimensional, os agentes interagem com o estado ao longo de diversas dimensões, criando uma grande área cinza entre os extremos de total conformidade e não conformidade. (...) o proprietário da microempresa não licenciado devido aos altos custos de registros pode ser excluído de fato do crédito formal desejado, e ainda acaba por não contribuir para mal projetados fundos de pensão do Estado em nome de seus trabalhadores.”.

As conclusões do relatório reforçam a importância de políticas públicas de preservação do emprego, especialmente de incentivo à formalização de microempreendedores ou de não “desformalização” dos trabalhadores formais.

Outra inovação legislativa editada para aperfeiçoar o regime jurídico pátrio, e que contribuiu com a sobrevivência de algumas micro e pequenas empresas neste momento de pandemia, foi a Medida Provisória n.º 944, de 03 de abril de 2020, que instituiu o Programa Emergencial de Suporte a Empregos (PESE), convertida na Lei n.º 14.043, de 19 de agosto de 2020: “destinado à realização de operações de crédito com empresários, sociedades empresárias e sociedades cooperativas, excetuadas as sociedades de crédito, com a finalidade de pagamento de folha salarial de seus empregados.”. Isso implica em mais uma medida com foco principal

¹⁶⁴ PERRY, G. E.; Maloney, W. F.; Arias, O. S.; Fajnzylber, P.; Mason, A. D.; Saavedra Chanduvi, J. **Informality – exit and exclusion**. Banco Mundial. World Bank, 2007. p. 3.

na concessão de crédito a empresas, visando ao impacto econômico e à preservação de empresas, empregos e renda.

Como ainda está em tramitação, limitamo-nos a retratar os objetivos iniciais da Medida Provisória, bem como os impactos nas micro e nas pequenas empresas e seu acesso ao crédito.

As principais inovações legislativas da Medida Provisória n.º 944/2020, com a criação do mencionado PESE, se encontram no Anexo D desta pesquisa.

A Exposição de Motivos¹⁶⁵, encaminhada pelo Poder Executivo ao Poder Legislativo, relata o cenário e a real necessidade da preservação de empresas, empregos e renda:

a urgência da matéria se justifica pela rápida deterioração da situação financeira das PMEs e da perspectiva de aumento relevante no número de demissões decorrentes da falta de alternativas para fazer frente a obrigações financeiras. Como já mencionado, as incertezas quanto ao desdobramento da pandemia mundial de Covid-19 sobre a economia nacional e internacional tornam ainda mais urgente a adoção de medidas que não apenas mitiguem o impacto sobre o nível de desemprego mas também garantam que, quando for possível a normalização da atividade econômica, **essas empresas sejam capazes de retomar suas atividades e contribuir para a retomada do crescimento econômico.** (grifo nosso)

O texto ressalta tanto a rápida deterioração do nível de atividade das empresas quanto a importância das empresas para a retomada do crescimento econômico.

No Parecer do Relator, aprovado no Senado Federal, há elementos que corroboram o propósito e os reflexos esperados por tal Medida:

(...) o Programa cumpre dois outros objetivos relevantes, quais sejam, o fornecimento de crédito às PMEs e a mitigação de riscos ao Sistema Financeiro Nacional (SFN).

Em relação ao primeiro objetivo, **é notória a dificuldade das PMEs em acessar o mercado de capitais para financiar suas despesas rotineiras e investimentos, de modo que elas dependem fortemente de crédito bancário para tanto.** De um lado, a expansão do acesso ao mercado creditício nos últimos anos indica sucesso no mercado de crédito livre. De outro lado, isso significa que **as PMEs estão mais sujeitas ao fechamento da torneira do crédito convencional em cenário de aversão a riscos e de preferência pela liquidez.** (...)

Com relação ao outro objetivo, a manutenção da estabilidade financeira é imprescindível no momento atual. **A concessão de crédito emergencial aumenta a chance de sobrevivência das PMEs ao mesmo tempo que impede a**

¹⁶⁵ Exposição de Motivos da Medida Provisória n.º 944/2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Exm/Exm-MP-944-20.pdf

deterioração dos outros financiamentos bancários já concedidos a essas empresas. (grifo nosso)

O texto aprovado pelo Senado Federal expressa, de forma direta, a dificuldade de acesso ao crédito por parte das micro e das pequenas empresas, sua dependência do crédito bancário para sua sobrevivência e, ainda, sua sujeição a dificuldades ainda maiores em momentos de crise, quando as instituições cedentes de crédito identificam risco ainda maior, período em que há notória necessidade de intervenção do Estado na alteração do regime jurídico, com vistas à facilitação do crédito.

Outra alteração no ordenamento jurídico promovida com o objetivo direto de aumento do acesso ao crédito foi a edição da Medida Provisória n.º 958, de 24 de abril de 2020¹⁶⁶, que “Estabelece normas para a facilitação do acesso ao crédito e mitigação dos impactos econômicos decorrentes da pandemia de coronavírus (covid-19).”.

A Exposição de Motivos¹⁶⁷ – encaminhada pelo Poder Executivo ao Poder Legislativo, justificando a medida de urgência para a aprovação da referida Medida Provisória – apresenta valioso fundamento para a alteração do regime jurídico em vigor:

Cumprir lembrar que a dificuldade no acesso ao crédito é um problema crônico em nosso País. Estudos do Banco Mundial indicam que economias muito maiores que a brasileira apresentam uma relação entre o crédito doméstico privado e o Produto Interno Bruto – PIB significativamente superior. Em 2018, nos Estados Unidos da América, essa relação era de 187%; no Japão, de 168%; na China de 161%, enquanto que no Brasil era de 61,8%. As razões para o caso nacional são várias: miríade de exigências impostas previamente à concessão, dificuldades para execução de contratos, pouca concorrência, dentre outros fatores.

O texto faz um relato acerca da dificuldade de acesso ao crédito no Brasil, reconhecida internacionalmente e vista como fator preponderante de obstáculo para o desenvolvimento da atividade econômica do País e consequente desenvolvimento social e econômico.

Nesse sentido, a referida MP traz inovações legislativas objetivando reduzir a burocracia nas operações de crédito por meio das seguintes medidas: dispensa até 30 de setembro: a regularidade na entrega da RAIS para obtenção de crédito em bancos públicos; a

¹⁶⁶ Medida Provisória n.º 958/2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv958.htm

¹⁶⁷ Exposição de Motivos da Medida Provisória n.º 958/2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Exm/Exm-MP-958-20.pdf

regularidade com as obrigações eleitorais para obtenção de crédito em bancos públicos; Certidão Negativa de Débitos (CND) da Dívida Ativa, relativa aos tributos (porém é preciso estar em dia com o INSS); a regularidade com o FGTS para contratação de crédito com recursos próprios dos bancos públicos; CND, exclusivamente tributos, para empréstimo com recursos do FNO, FNE, FCO, FGTS, FAT e FNDE; regularidade do ITR para obtenção de crédito rural; regularidade no CADIN para incentivos fiscais e financeiros e obtenção de crédito; registro da Cédula de Crédito Rural em cartório; e, por fim, seguro dos bens dados em garantia nas operações de crédito rural.

A Medida Provisória em questão ainda revoga definitivamente a necessidade de apresentação de registro em cartório da cédula de crédito à exportação; CND do INSS para obtenção de empréstimos com recursos de poupança; e a obrigatoriedade do seguro de veículos penhorados em garantia de operações de crédito.

A Medida perdeu sua eficácia em 25 de agosto de 2020, em razão da não apreciação de seu texto pelo Poder Legislativo. No entanto, foi editado Decreto Legislativo disciplinando as relações jurídicas delas decorrentes, nos termos previstos nos §§3º e 11 do artigo 62 da Constituição Federal.

Como forma de manter o programa implementado pela MP n.º 958/2020, foi apresentado o Projeto de Lei n.º 4.558/2020 com o conteúdo do programa, com alguns aperfeiçoamentos em decorrência das discussões ocorridas na tramitação da MP na Câmara dos Deputados. Tal projeto foi aprovado pelo Senado Federal no dia 19/11/2020 e seguiu para deliberação da Câmara dos Deputados.

Em sequência aos aperfeiçoamentos legislativos para o acesso ao crédito, também foi editada a Medida Provisória n.º 975, de 1º de junho de 2020¹⁶⁸, que “Institui o Programa Emergencial de Acesso a Crédito (...)”, Peac-FGI, o qual tem, em sua Exposição de Motivos¹⁶⁹, retratados seus principais resultados esperados:

- a) auxiliará na preservação das empresas de pequeno e médio porte enquanto perdurarem as medidas sanitárias de combate ao COVID-19;
- b) preservará empregos, reduzindo o quantitativo de trabalhadores a necessitarem do socorro do seguro desemprego; e

¹⁶⁸ Medida Provisória n.º 975/2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv975.htm

¹⁶⁹ Exposição de Motivos da Medida Provisória n.º 975/2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Exm/Exm-MP-975-20.pdf

c) permitirá que as empresas sobreviventes, em razão do Programa Emergencial de Acesso a Crédito, contribuam para uma maior velocidade na retomada econômica pós-covid.

As principais inovações no ordenamento jurídico trazidas pela referida Medida Provisória estão no Anexo E desta pesquisa.

A Medida foi aprovada pelas casas legislativas, sancionada e convertida na Lei n.º 14.042, de 19 de agosto de 2020.

A Medida Provisória n.º 992, de 16 de julho de 2020¹⁷⁰, foi editada também com vista à reformulação e ao aperfeiçoando do sistema de crédito empresarial, tendo em vista que as medidas anteriores não obtiveram todos os resultados esperados.

Em sua Exposição de Motivos, o Poder Executivo firma seus principais objetivos, quais sejam:

- i) **conceder maior segurança ao capital das instituições financeiras**, conferindo o mesmo tratamento dado pela Lei n.º 12.838, de 9 de julho de 2013, para o estoque e fluxo dos créditos decorrentes de diferenças temporárias oriundos de provisões para créditos de liquidação duvidosa, também para o estoque de outros créditos decorrentes de diferenças temporárias, exceto os decorrentes de provisões para contingências fiscais e previdenciária, desde que concedam, na mesma proporção, crédito a microempresas e empresas de pequeno e de médio porte;
- ii) **facilitar o acesso ao crédito a microempresas e a empresas de pequeno e de médio porte, necessário à sua sobrevivência diante dos impactos econômicos decorrentes da pandemia do novo coronavírus (Covid-19), pela criação do Programa de Capital de Giro para Preservação de Empresas;**
- iii) disciplinar o compartilhamento da alienação fiduciária;
- iv) dispensar o cumprimento de exigências de demonstração de regularidade fiscal nas operações praticadas pelo Banco Central do Brasil ao amparo do art. 7º da Emenda Constitucional n.º 106, de 7 de maio de 2020. (grifo nosso)

No entanto, a MP n.º 992/2020, em razão de sua não apreciação pelas Casas do Congresso Nacional, perdeu a eficácia no dia 12 de novembro de 2020, e, assim como a MP n.º 958/2020, foi editado decreto legislativo disciplinando as relações jurídicas delas decorrentes, nos termos previstos nos §§3º e 11 do artigo 62 da Constituição Federal.

¹⁷⁰ Medida Provisória n.º 992/2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv992.htm

Ressalta-se a análise e as conclusões do Banco Mundial (2020, p. 75-76)¹⁷¹ contidas em relatório divulgado sobre os efeitos econômicos da pandemia, em especial sobre os riscos, a exposição do sistema financeiro e os reflexos para os pequenos negócios:

Espera-se que as MPME sejam particularmente atingidas e geralmente são as primeiras a perder o acesso ao crédito durante as crises econômicas. Elas representam 99 por cento de todas as empresas (73 por cento delas são micro), 27 por cento do PIB, 46 por cento do emprego. Além disso, estão principalmente no setor de serviços, que será significativamente impactado. A análise dos dados do fluxo de caixa das PMEs estima que entre 39 e 56 por cento das MPME têm menos de 21 dias de reserva de caixa. (grifo nosso)

Esses percentuais ainda estão excluindo os microempreendedores individuais, os quais certamente sentem os mesmos impactos das micro e das pequenas empresas, fazendo parte também do grupo que primeiramente sofre reduções drásticas no acesso ao crédito ou até mesmo perde o acesso a operações de empréstimos bancários.

O mesmo relatório destaca a relação e a diferença de impacto quanto ao tamanho das empresas (2020, p. 126):

A exposição ao choque da COVID-19 provavelmente será maior entre empresas de menor porte. (...) Os resultados mostram índices de exposição mais altos, em média, para as micro e pequenas empresas para ambos os índices, sugerindo maior prevalência de empresas de menor porte em setores vulneráveis (com grande dependência de interações pessoais). (...) A exposição ao choque diminui com o tamanho da empresa. (grifo nosso)

A conclusão do estudo é de que há uma ordem inversa entre o tamanho da empresa e a exposição ao choque com a crise, assim, quanto menor a empresa, maior a exposição aos efeitos da crise.

Um problema importante relacionado ao fato de as PMEs serem as mais expostas ao choque é o fato de as empresas menores tenderem a ter menos reservas de caixa do que as maiores. Isso é particularmente relevante nesse tipo de choque, visto que algumas empresas suspenderam totalmente suas atividades e ficarão sem receita por semanas. Inicialmente, isso desencadeará problemas de liquidez, e devido às suas poucas reservas, as levará rapidamente à falência. (...)

No geral, para todo o país, entre 39 e 56 por cento das PME provavelmente têm menos de 21 dias de reserva de caixa, o que representa um número muito grande de empresas. (grifo nosso)

¹⁷¹ Relatório do Banco Mundial “COVID-19 no Brasil: Impactos e Respostas de Políticas Públicas”. Disponível em: <http://documents1.worldbank.org/curated/en/106541594362022984/pdf/COVID-19-in-Brazil-Impacts-and-Policy-Responses.pdf> p.75-76 e 126.

Em diagnóstico do Banco Mundial, acerca da origem dessa ordem inversa para a exposição ao choque, o estudo conclui que o motivo principal é a tendência de que quanto menores as empresas, menores as reservas de caixa, mesmo que proporcionais a seu tamanho. Seriam, então, não apenas em termos de valores nominais, mas, também, em termos percentuais em relação a seu investimento e a sua necessidade de capital de giro.

Seguindo com a avaliação da MP n.º 992/20, pode-se dizer que, de todas as medidas anteriormente mencionadas, esta Medida Provisória foi a primeira objetivamente direcionada para as microempresas, mas, como registrado anteriormente, perdeu sua eficácia por decurso de prazo para apreciação pelas Casas do Poder Legislativo. A MP n.º 975/2020 teve os microempreendedores individuais e as microempresas inseridos em seu texto pela Câmara dos Deputados, e outras MPs atingem, de forma indireta, os microempreendedores.

Ainda, na mencionada Exposição de Motivos, é retratada a concretização das medidas anteriores, seja a lei que criou o Pronampe (Lei n.º 13.999/20), sejam as Medidas Provisórias mencionadas:

em que pesem os avanços alcançados até o presente momento, o canal de crédito começou a perder força a partir da última semana de maio e, segundo uma pesquisa do Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (Sebrae), **58% das pequenas empresas que procuraram crédito neste período tiveram o pedido negado.** (grifo nosso)

Assim, a edição de tal Medida se propõe a endereçamento específico às micro e às pequenas empresas, reconhecendo a necessidade de urgência e de priorização desse segmento:

Quanto à urgência e relevância das medidas, tem-se que elas se justificam pela **necessidade de atuação tempestiva para lidar com os efeitos da pandemia Covid-19 em nossa economia e, em particular, sobre as microempresas e a empresas de pequeno e de médio porte.** (grifo nosso)

Resta-nos registrar que estiveram aqui repisadas, em diversas passagens de documentos oficiais, as fundamentações para todas as medidas relatadas, no sentido de que há notória dificuldade de acesso ao crédito por micro e pequenas empresas e de sua relevância para a economia do País.

Questiona-se, então, se não haveria a necessidade de endereçamento direito ao aperfeiçoamento do crédito por tal segmento empresarial, mesmo anteriormente à crise

provocada pela pandemia, visando, assim, a concretização dos dispositivos constitucionais e da legislação infraconstitucional que já reconheciam a relevância desse segmento empresarial para o desenvolvimento social e econômico do País.

Tal hipótese será definitivamente respondida ao serem analisados os dados referentes ao crédito das micro e das pequenas empresas no momento anterior e durante a pandemia, juntamente com o regime jurídico anterior e o novo regime ora aqui retratado, assegurando a análise do programa normativo em consonância com a análise do âmbito normativo, conforme consignado por Müller (2008, p. 270)¹⁷²:

Os programas normativos de cláusulas gerais indicam, por meio de palavras-chave como ‘bons costumes’ ou ‘boa-fé’, princípios éticos, convenções sociais, práticas usuais e noções semelhantes, passíveis de concretização em certo grau, princípios esses que auxiliam o desenvolvimento dos respectivos âmbitos normativos. Transpondo os dados sistemáticos, tais programas indicam em parte também o direito positivo.

Assim, como previsto pelo autor, a utilização das informações e dos dados sistemáticos do direito positivo, extraído da análise do programa normativo exposto, servirá de fundamentação, juntamente com o desenvolvimento do âmbito normativo, para a verificação da concretização do texto da norma.

2.2.3 A perspectiva econômica e social do micro e do pequeno empreendedor – seminário acadêmico específico para a pesquisa

Após retratar o regime jurídico das micro e das pequenas empresas – mais especificamente o que se refere a seu acesso ao crédito bancário –, acompanhado da visão da doutrina, da jurisprudência, do legislador e da administração pública, igualmente relevante para a necessidade de ser mencionada a visão do público-alvo, do micro e do pequeno empresário.

Para maior compreensão das questões envolvidas no problema pesquisado, e também com o objetivo de registrar perspectivas, anseios e angústias desses agentes envolvidos, foi realizado um seminário acadêmico, descrito em sua integralidade no Anexo B, sob a coordenação deste mestrando, com apoio do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP) e do orientador da presente pesquisa, o Professor Doutor, Coordenador do Mestrado Profissional em Direito do IDP, Ricardo Morishita Wada.

¹⁷² MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1, 2008. p. 270.

Na oportunidade foi registrado pelo Dr. Henrique Junqueira, assessor legislativo do Senador Jorginho Mello¹⁷³, que, completado o primeiro ano de vigência das ESCs, se encontravam naquele momento em funcionamento 658 empresas simples de crédito, com ativos e operações em volume de cerca de R\$ 298 milhões.

Com a perspectiva do legislador ainda foi expressa a intenção de fazer aperfeiçoamentos na legislação que tornem cada vez mais próximo o relacionamento da concedente e do tomador do crédito microempreendedor, com vistas à redução da assimetria de informações, anteriormente mencionada, como um dos principais obstáculos do acesso ao crédito.

Assim como a assimetria de informações, outro obstáculo comum para o acesso ao crédito foi mencionado pelo representante do Legislativo – a dificuldade de o microempreendedor oferecer garantias reais para as instituições cedentes do crédito.

Por sua vez, Dr. Bruno Quick, Diretor Técnico do SEBRAE, asseverou que “a pandemia intensifica as cores de nossos problemas”, fazendo menção ao agravamento da dificuldade de as micro e pequenas empresas acessarem o crédito.

O representante do SEBRAE ainda apresentou dados informando que as micro e as pequenas empresas têm, em média, caixa disponível para sobreviver, em momentos de crise, com atividade reduzida ou interrompida de apenas uma semana a um mês, dados próximos aos expostos pelo estudo realizado pelo Banco Mundial citado anteriormente, que menciona cerca de 21 dias de disponibilidade financeira para tal segmento de empresas.

O professor doutor Ricardo Morishita Wada trouxe a lição de Jeremy Waldron acerca da importância do processo legislativo, no qual ocorre a pactuação dos agentes atingidos pela lei, como forma de ressaltar a necessidade de observarmos o que fora discutido e deliberado no âmbito do processo legislativo para melhor compreendermos os elementos essenciais utilizados para a concretização normativa.

¹⁷³ Senador da República, presidente da Frente Parlamentar Mista da Micro e Pequena Empresa, autor da Emenda Substitutiva Global que resultou na Lei Complementar n.º 167/2019, que criou as ESCs e autor do Projeto de Lei que resultou na edição da Lei n.º 13.999/2020, que criou o Pronampe.

Sobre especificamente as ESCs, o professor faz questionamentos acerca da efetiva atuação desse novo instrumento de crédito, como, por exemplo, se as taxas de juros estão nos níveis esperados pelo legislador e pelos microempreendedores.

Tal questão é então solucionada pelo representante do SEBRAE, com a informação de que a taxa média de juros era de cerca de 3,9% ao mês, mas que passou a 4,66% ao mês, após o início da pandemia, e que a expectativa dos microempreendedores tem sido de que as taxas de juros contratadas com as ESCs sejam reduzidas na medida em que seja ampliado o número dessas empresas atuantes no mercado.

O professor doutor Marlon Tomazette concorda que as ESCs irão funcionar melhor quando estiverem atuando em número maior, podendo, assim, oferecer um caminho alternativo de crédito saudável aos microempreendedores, ressaltando, inclusive, que não há atividade empresarial que se desenvolva sem o crédito, de forma que é importante assegurar o acesso a quem demanda e a segurança para quem concede.

Acerca do aspecto abordado anteriormente sobre a possibilidade de os proprietários de ESCs serem também donos de outras empresas, o professor Tomazette reforçou seu posicionamento, transcrito anteriormente, extraído de sua obra acerca do Direito Empresarial, no sentido de acreditar ser saudável oferecer tal prerrogativa ao sócio da ESC, o que também é corroborado por Teixeira:

Quanto à possibilidade de uma pessoa jurídica ser titular de EIRELI, a previsão do art. 980-A dá margem a dupla interpretação. Pode-se depreender de que seria possível uma pessoa jurídica ser titular de uma ou mais EIRELIs; ou que não seria admissível uma pessoa jurídica ser titular de EIRELI, o que por sinal está previsto na Instrução Normativa do DREI n.º 10/2013 (Anexo 5, item 1.2.11). Tal disposição é muito questionável juridicamente, pois a função do DREI é regulamentar a lei e não a de legislar na omissão dela. Permanecendo esta segunda opção, as Juntas Comerciais deverão segui-la, por ser a posição do DREI, órgão hierarquicamente superior às Juntas. Mas vale ressaltar que a intenção da Lei n.º 12.441/2011 foi a de tentar regularizar situações fáticas de atividades empresariais, como a das sociedades de fachada. A redação original do Projeto de Lei n.º 4.605/2009, que deu ensejo à criação da EIRELI, previa a criação por uma “única pessoa natural”, mas a palavra “natural” foi suprimida da redação durante o trâmite legislativo. Ainda, vale ter em conta que, mantendo esta tese, as sociedades estrangeiras, que até então precisam ter ao menos um sócio minoritário brasileiro, não poderão constituir EIRELI. Contudo, apesar de não ter sido a vontade do legislador, no silêncio da norma jurídica de caráter privado, entendemos que é possível uma pessoa jurídica ser titular de EIRELI (e até mais de uma), sendo que, se o Código Civil não restringiu tal possibilidade, não cabe ao DREI realizá-la. (grifo nosso)

Assim, a questão fica, em tese, resolvida por meio de Enunciado da Jornada de Direito Comercial, de Instrução Normativa do DREI, da jurisprudência e da doutrina, restando apenas o silêncio da legislação.

Acerca das garantias, a solução vislumbrada pelo professor é o estabelecimento de novas regras que permitam o recebimento mais rápido por parte da concedente do crédito inadimplido, lembrando que há, nos dias atuais, a verificação de uma “crise de satisfação dos processos judiciais”, que não conseguem fazer com que os credores recebam o que deveriam receber.

O Professor Doutor Edson Alvisi lembrou que a forte concentração do sistema financeiro bancário resulta em altas taxas de juros. Assim, argumenta que o processo legislativo deve visualizar o fato de que o modelo de crédito para os microempreendedores seja totalmente apartado do modelo tradicional, nos moldes do crédito social.

A questão do crédito social nos remete à discussão acerca da restrição de um direito constitucional fundamental em detrimento de um interesse social, como a restrição ao direito da livre iniciativa das concedentes de crédito, utilizando-se dos critérios que entenderem mais conveniente, em detrimento do interesse social da concessão de crédito social a microempreendedores.

Nesse sentido, nos ensina Abboud:

Outrossim, restrição dos direitos fundamentais pode estar constitucionalmente autorizada e fundamentada em interesse social, mas não no interesse público. Isso ocorre porque a decretação do “interesse público” é um ato arbitrário do Estado que, como um Midas, coloca o selo de “público” em tudo o que toca. Ou seja, do ponto de vista prático, seria complicado conseguir demonstrar que determinada restrição não atende ao interesse público contra justamente o instituidor e o principal beneficiário da restrição. Ao contrário, o interesse social demanda justificativa exaustiva por parte do Poder Público quando determinar a restrição a algum direito fundamental, haja vista que eu terei que demonstrar, pormenorizadamente, quais os direitos fundamentais que serão beneficiados com a medida e qual o dispositivo constitucional autorizativo da referida restrição.

O professor Alvisi ressalta o aspecto abordado anteriormente neste trabalho, concernente à relação do desempregado que é levado a ser microempreendedor em razão da impossibilidade de retomar ao mercado na condição de trabalhador formal.

Por fim, é sugerida pelo professor a criação de um fundo específico para o momento pós-pandemia, nos moldes do fundo criado pelos países integrantes da União

Europeia, no qual recursos foram aportados equivalentes a cerca de R\$ 4,6 trilhões, visando o oferecimento de subsídios e de crédito a microempreendedores.

Em conclusão, o que resulta das discussões e das reflexões do legislador, do microempreendedor e da academia é que há visões, dados e informações convergentes e consistentes, fundamentados em pesquisas e em discussões com os agentes envolvidos no processo legislativo e com o destinatário final da norma, o tomador de crédito microempreendedor.

O cerne da questão do crédito reside, em ambas as perspectivas, em alguns pontos relatados em comum, que são convergentes com o verificado na análise do programa normativo no sentido de que, até março de 2020, quando foi declarado o estado de calamidade, não havia comando legal algum com endereçamento específico para a facilitação do acesso ao crédito pelas micro e pequenas empresas.

Tal ausência demonstra a incapacidade de o regime jurídico ver concretizado seu texto, especificamente o texto constitucional do art. 179 e o inciso III do art. 1º da Lei Complementar n.º 123/2006.

As tentativas para tal concretização, conforme consignado anteriormente, foram verificadas apenas de forma deficiente, por meio dos fundos constitucionais do Norte, Nordeste e Centro-Oeste, em condições iguais às médias e às grandes empresas, que, inclusive, possuem condições mais favoráveis para a utilização de tais recursos, por possuírem bens para o oferecimento de garantias reais, fluxo de caixa mais robusto, entre outras características que reduzem consideravelmente seu risco em relação ao das micro e das pequenas empresas.

Outro aspecto relevante registrado pela análise do programa normativo é a necessidade, percebida tanto pelo gestor do Poder Executivo quanto pelos representantes do Poder Legislativo, de se inovar a legislação ordinária para permitir ao menos a sobrevivência das micro e das pequenas empresas diante da crise econômica provocada pela pandemia do coronavírus.

O registro de diversos projetos de lei e medidas provisórias com o mesmo propósito de facilitar o crédito demonstra que tal demanda não poderia ser suprida apenas por meio de regulamentação por atos infralegais.

Por outro lado, também demonstrou que já há, em nosso ordenamento constitucional, comando expresso e suficiente oferecendo ao legislador ordinário poderes para suprir tal lacuna, como fora feito.

O que há de ser avaliado e deliberado pelos órgãos e Poderes competentes é a necessidade de tornar tais programas facilitadores de crédito de caráter permanente, passado o período da crise, pois todos são de caráter temporário, conforme previsto nos textos mencionados anteriormente.

Por fim, aspecto relevante a ser tratado, para o período pós-pandemia – de necessidade de recuperação econômica, além da necessidade de manutenção e de aperfeiçoamento dos programas de acesso ao crédito – é a implantação de políticas, por meio de regras e princípios endereçados às questões fundamentais de redução da informalidade; fomento da competitividade no SFN; e redução do *spread* bancário, com vistas ao aperfeiçoamento estrutural do acesso ao crédito.

3 ÂMBITO NORMATIVO DO ACESSO AO CRÉDITO PARA MICRO E PEQUENAS EMPRESAS

Na Introdução deste estudo, foi explicitado que este capítulo abordará os elementos metajurídicos do “âmbito normativo”, conforme denominação da teoria de Müller, com elementos não linguísticos do mercado de crédito nacional para as micro e as pequenas empresas, com dados de variáveis econômicas com relação ao acesso ao crédito e às operações contratadas, são elas: risco, taxas de juros, volume e prazo contratado, inadimplência, tempo de vida das empresas e endividamento das empresas encerradas, sempre considerando o tamanho das empresas (micro, pequena, média e grande), visando verificar o quanto a concretização do texto da norma foi analisada no “programa normativo”, no que se refere ao acesso ao crédito por esse segmento.

Ao final, no quarto capítulo, serão abordadas as sínteses de cada elemento teórico e prático estudado e as propostas de aperfeiçoamento normativo legal visando à concretização normativa do regime jurídico nacional específico do acesso ao crédito para as micro e as pequenas empresas, que permita ser cumprida, de forma sustentável, suas funções econômica e social.

Registre-se que tais dados econômicos foram escolhidos em razão de sua relevância para demonstrar, em primeiro lugar, o comportamento do acesso ao mercado de crédito para micro e pequenas empresas durante os períodos estudados, 2014 a 2019, visando observar o histórico do acesso ao crédito; e 2020, visando análise de alterações normativas em razão da pandemia, sempre por tamanho da empresa (micro, pequenas, médias e grandes empresas), subdivididos em variáveis quanto ao risco, quanto às condições das contratações e quanto aos resultados das contratações.

Em suma, por meio desses dados, pretende-se demonstrar, no âmbito normativo, o comportamento do acesso ao crédito sustentável por parte das micro e das pequenas empresas nesses espaços temporais, o que, combinado com a análise jurídica realizada, por meio do programa normativo do regime jurídico das micro e das pequenas empresas, viabilizará obter conclusões acerca da concretização normativa de tal regime jurídico em razão de sua intenção de desenvolver tal segmento empresarial.

A análise dos dados verificará o nível de concretização do regime jurídico sobre o acesso ao crédito. Será possível demonstrar se tal influência tem a consequência desejada quanto ao tratamento diferenciado a ser oferecido para as micro e as pequenas empresas.

Caso não seja significativa a diferenciação entre micro e pequenas empresas, comparadas às médias e grandes, será possível concluir que o acesso ao crédito sustentável pelo segmento estudado não tem a concretização normativa intentada pelo legislador pátrio. Caso seja significativa tal diferenciação, será possível concluir que ocorre a concretização normativa prevista.

Assim, a análise empírica desses dados – combinada com a análise normativa do regime jurídico, realizada no capítulo anterior – mostrará se a concretização normativa intentada pelo legislador pátrio foi atingida. O resultado disso responderá a hipótese desta pesquisa.

Como forma de representar as condições de contratação de crédito, foram observados os dados de risco, as taxas de juros, a inadimplência, o volume de crédito concedido, em reais, sintetizados por 15 variáveis com dados extraídos do BCB, ilustrados em 14 gráficos, observados sob os aspectos tempo (antes e após estado de calamidade) e por porte de empresa (micro, pequenas e todos os portes).

1) Variáveis de risco:

- Provisão, percentual, por mês – micro, pequenas, médias e grandes empresas;
- Créditos E - H, percentual, por mês – micro, pequenas, médias e grandes empresas.

2) Variáveis de custo de contratação:

- taxa de juros, percentual ao ano, por trimestre, de microempresas, crédito total;
- taxa de juros, percentual ao ano, por trimestre, de microempresas, crédito direcionado;
- taxa de juros, percentual ao ano, por trimestre, de microempresas, crédito livre;

- taxa de juros, percentual ao ano, por trimestre, de pequenas empresas, crédito total;
- taxa de juros, percentual ao ano, por trimestre, de pequenas empresas, crédito direcionado;
- taxa de juros, percentual ao ano, por trimestre, de pequenas empresas, crédito livre;
- taxa de juros, percentual ao ano, por trimestre, empresas de todos os portes, crédito total.

3) Variáveis de reflexos e de volume da contratação:

- Inadimplência, percentual, por trimestre, de microempresas;
- Inadimplência, percentual, por trimestre, de pequenas empresas;
- Inadimplência, percentual, por trimestre, de empresas de todos os portes;
- Concessão, em milhões, por trimestre, de microempresas;
- Concessão, em milhões, por trimestre, de pequenas empresas;
- Concessão, em milhões, por trimestre, de empresas de todos os portes.

Gráficos:

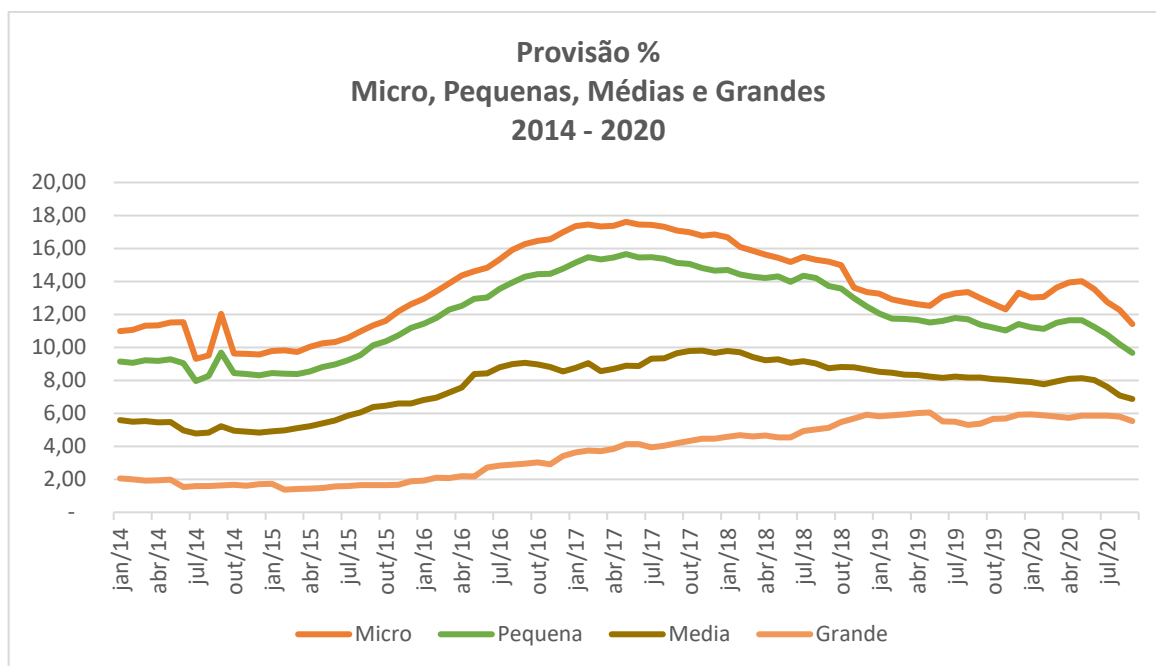
- Histórico 2014 a 2020:
 - (1.1.1) Provisão, percentual, por trimestre – micro, pequenas, médias e grandes empresas.
 - (1.1.2) Créditos E – H (de maior risco), percentual, por trimestre – micro, pequenas, médias e grandes empresas.
 - (2.1.1) taxa de juros, percentual ao ano, por trimestre, de microempresas, crédito total, direcionado e livre.

- (2.1.2) taxa de juros, percentual ao ano, por trimestre, de pequenas empresas, crédito total, direcionado e livre.
- (2.1.3) taxa de juros, percentual ao ano, por trimestre, de micro, pequenas e empresas de todos os portes.
- (3.1.1) inadimplência, percentual, por trimestre, de micro, pequenas e empresas de todos os portes.
- (3.12) concessão, em milhões, por trimestre, de micro, pequenas e empresas de todos os portes.
- Final de 2019 a 2020:
 - (1.2.1) provisão, percentual, por mês – micro, pequenas, médias e grandes empresas.
 - (1.2.2) créditos E – H (de maior risco), percentual, por mês – micro, pequenas, médias e grandes empresas.
 - (2.2.1) taxa de juros, percentual ao ano, por trimestre, de microempresas, crédito total, direcionado e livre.
 - (2.2.2) taxa de juros, percentual ao ano, por trimestre, de pequenas empresas, crédito total, direcionado e livre.
 - (2.2.3) taxa de juros, percentual ao ano, por trimestre, de empresas de todos os portes.
 - (3.2.1) Inadimplência, percentual, por trimestre, de micro, pequenas e empresas de todos os portes.
 - (3.2.2) Concessão, em milhões, por trimestre, de micro, pequenas e empresas de todos os portes.

3.1. Demonstrações gráficas dos dados das variáveis de risco das contratações e respectivas inferências de cenário diante do ordenamento jurídico normativo e jurisprudencial, antes e após a decretação de estado de calamidade

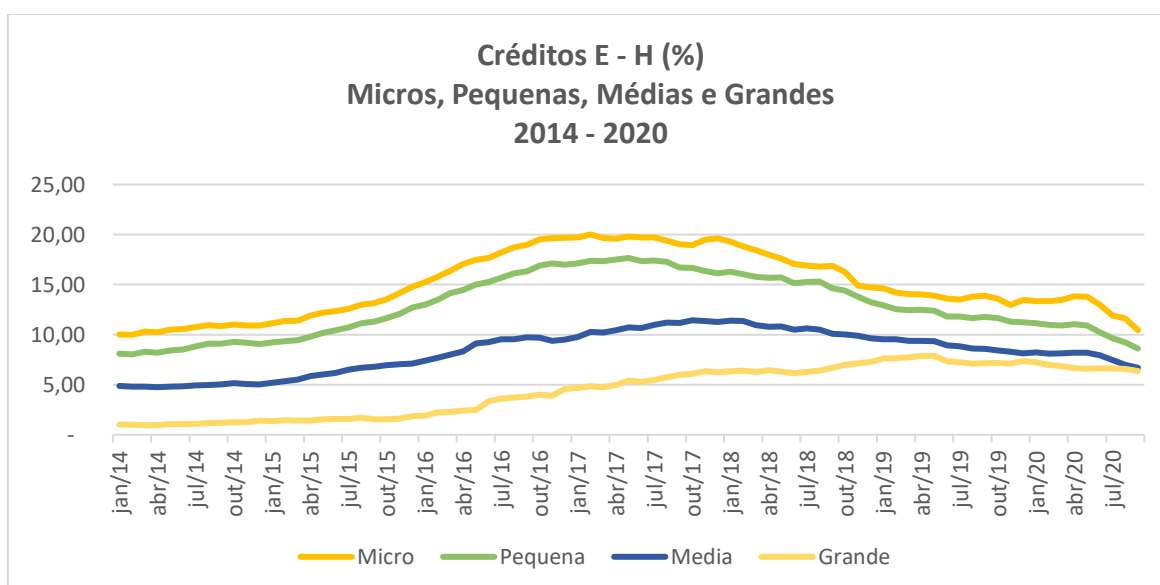
3.1.1 Gráficos do período 2014 - 2020

Gráfico 1.1.1 – Provisão, percentual, por trimestre – micro, pequenas, médias e grandes



Fonte: Banco Central do Brasil

Gráfico 1.1.2 – Créditos E – H (de maior risco), percentual, por trimestre – micro, pequenas, médias e grandes



Fonte: Banco Central do Brasil

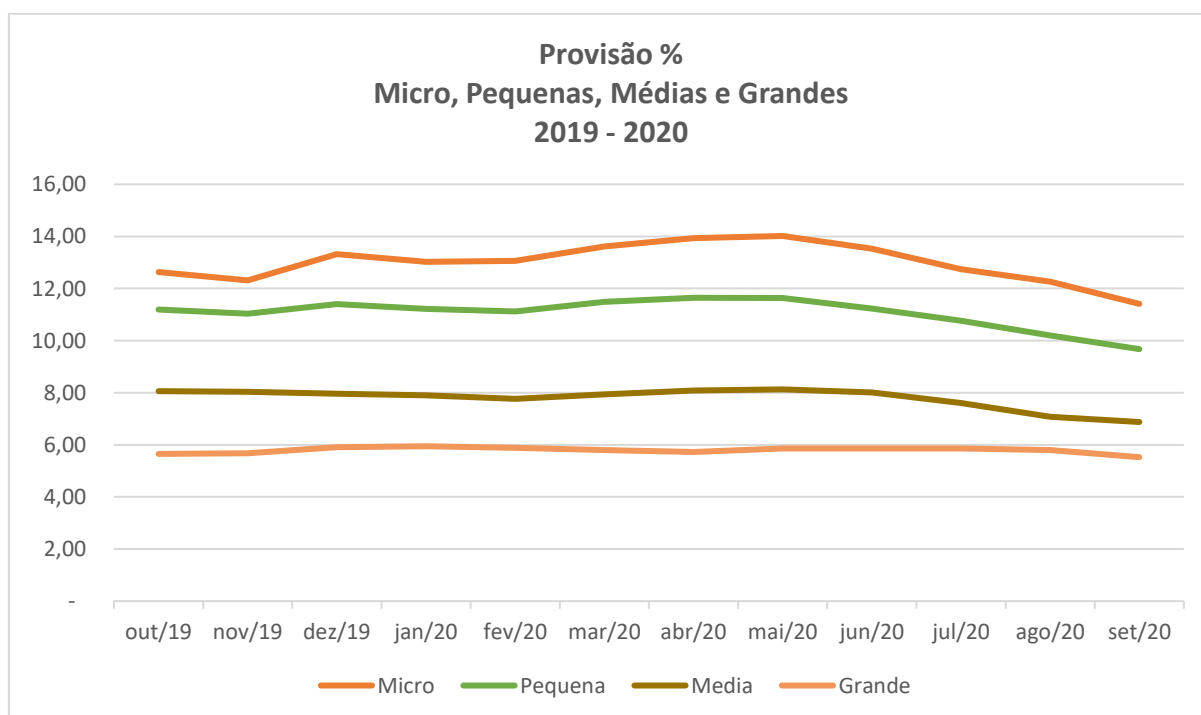
O que pode ser observado, nas duas variáveis no primeiro período, 2014 a 2020, Gráficos 1.1.1 e 1.1.2, é o movimento na mesma direção, com registros isolados em períodos nos quais há variação mais ampliada proporcional ao porte da empresa, sendo maior a variação quanto maior o porte, como de julho de 2016 a julho de 2018, o que é explicado em razão do maior volume contratado quanto maior o segmento de porte da empresa.

Assim, nos cabe lembrar de premissa fundamental da concessão de crédito de proporção inversa entre risco e custo do crédito, de forma que se há variação proporcional entre os portes de empresas nas variáveis de risco, pode-se inferir, *a priori*, que haverá variação na mesma proporção do custo do crédito por cada um dos portes de empresas.

Se considerarmos ainda a intenção dos legisladores constitucional e infraconstitucional de oferecer tratamento diferenciado e favorecido às micro e às pequenas empresas, há então de se esperar uma consideração de maior proporção da redução do custo do crédito quando da redução do risco. Basta saber se as demais normas do ordenamento jurídico atendem à tal “premissa” pretendida pelos mencionados legisladores, e é o que será observado nas demais variáveis.

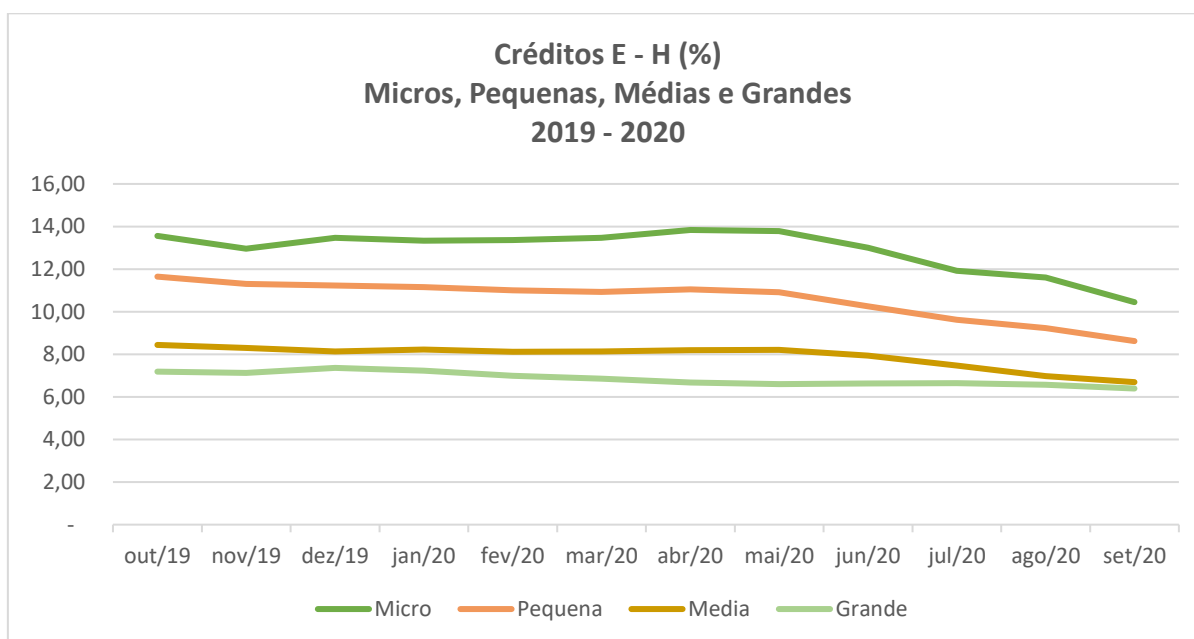
3.1.2 Gráficos do período 2019 - 2020

Gráfico 1.2.1 – Provisão, percentual, por mês – micro, pequenas, médias e grandes



Fonte: Banco Central do Brasil

Gráfico 1.2.2 – Créditos E – H (de maior risco), percentual, por mês – micro, pequenas, médias e grandes



Fonte: Banco Central do Brasil

Quanto ao segundo período observado, 2019 a 2020, Gráficos 1.2.1 e 1.2.2, o movimento é também proporcional nas direções ascendente e descendente na maior parte dos pontos temporais.

Cabe ressaltar que, em ambas variáveis, a partir de abril de 2020, após a decretação do estado de calamidade e a proposição dos programas de combate aos efeitos econômicos da pandemia, há notória redução em todos os portes, merecendo destaque para o risco das pequenas empresas reduzir mais que proporcional ao risco das microempresas, chegando, inclusive, a ficar nos mesmos níveis percentuais, Gráfico 1.2.2, que se refere aos créditos de maior risco de ambos os portes.

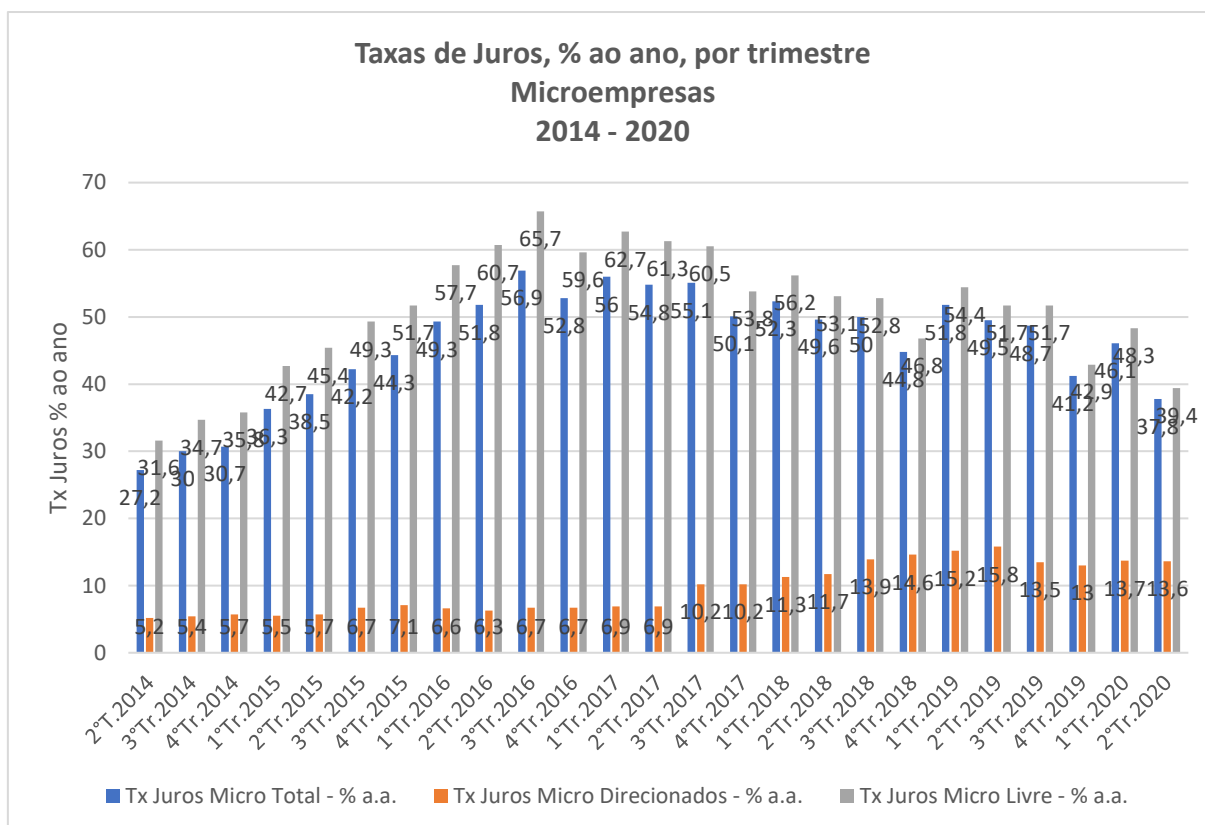
3.2. Demonstrações gráficas dos dados das variáveis de custo das contratações e respectivas inferências de cenário diante ordenamento jurídico normativo e jurisprudencial, antes e após a decretação de estado de calamidade

Os dados e gráficos deste segmento da pesquisa pertencem ao intervalo temporal de junho de 2014 a junho de 2020. Nesta etapa, a análise será concentrada no período histórico até a decretação do estado de calamidade, em março de 2020. Na etapa seguinte, é realizado corte temporal do último ano, julho de 2019 a junho de 2020, visando análise do período

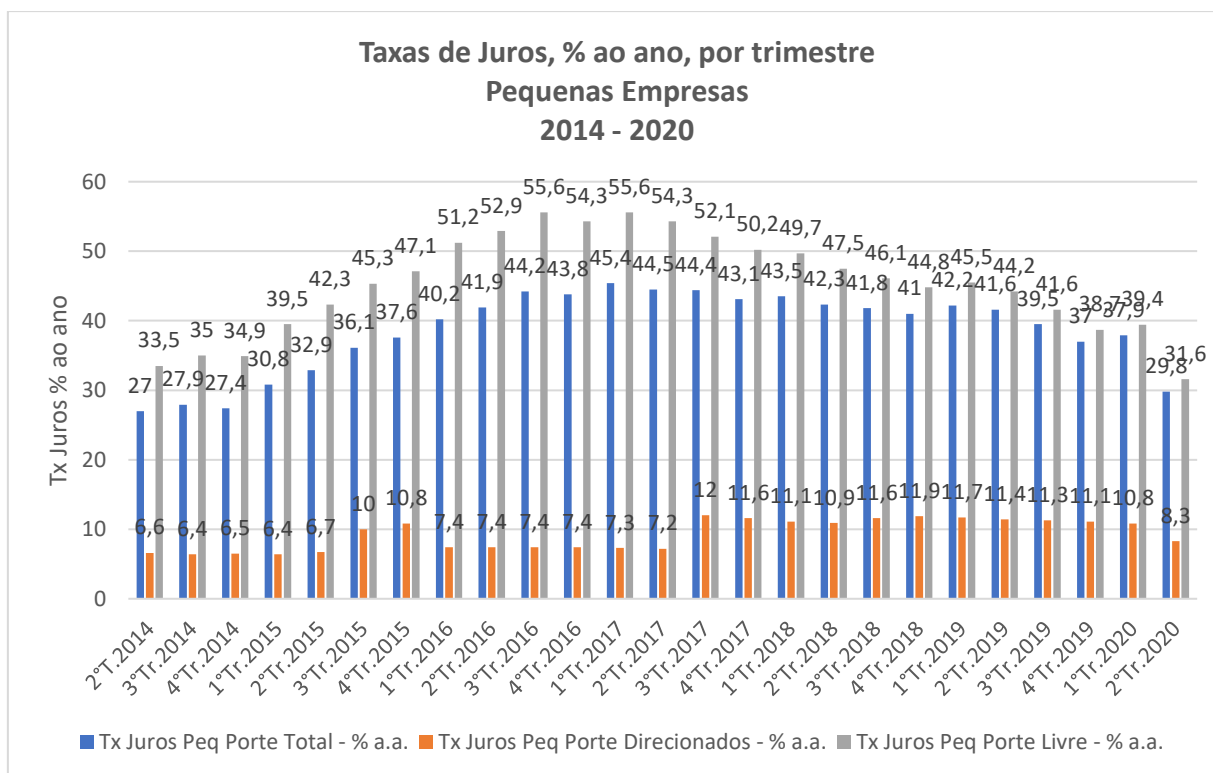
posterior à decretação do estado de calamidade diante o histórico recente das variáveis, anteriores à pandemia, além de inferências acerca dos dados dos portes de empresas.

3.2.1 Gráficos do período 2014 - 2020

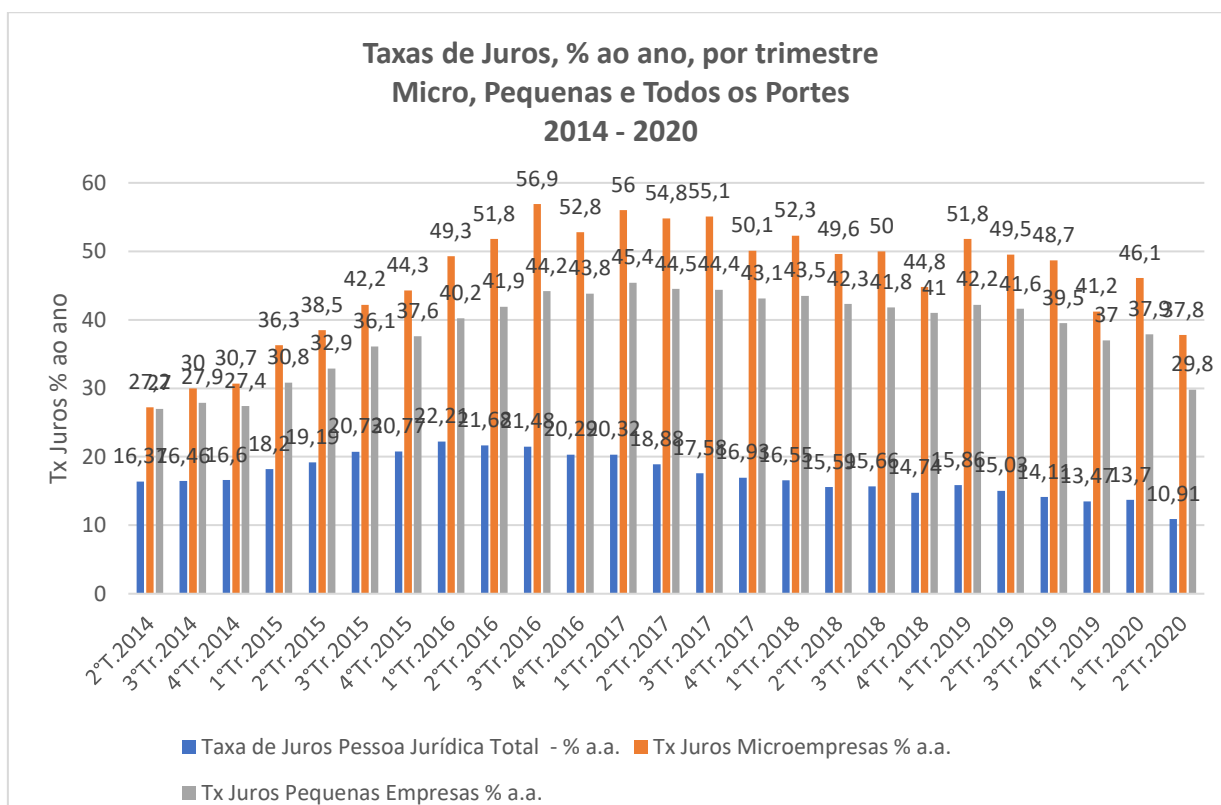
Gráfico 2.1.1 – Taxas de Juros, % ao ano, por trimestre – microempresas



Fonte: Banco Central do Brasil

Gráfico 2.1.2 – Taxas de juros, % ao ano, por trimestre – pequenas empresas

Fonte: Banco Central do Brasil

Gráfico 2.1.3 – Taxas de juros, % ao ano, por trimestre – micro, pequenas e todos portes (2014 a 2020)

Fonte: Banco Central do Brasil

O que pode se inferir quanto aos dados das variáveis que refletem o custo da contratação no período histórico observado, 2014 a 2020, é de que há um movimento decrescente das taxas de juros, desde 2017, à exceção das taxas praticadas nos créditos direcionados, contratados pelas microempresas, conforme pode ser observado no Gráfico 2.1.1, no qual vimos que de 6,3% a.a., no segundo trimestre de 2016 passam para 13,7% a.a., no primeiro trimestre de 2020, representando um aumento de mais de 100% da taxa de juros praticada para esse segmento.

Merece ainda destaque que, no primeiro trimestre de 2019, era observado, nessa mesma operação, a taxa de 15,8% a.a., maior taxa do período.

No que se refere ao mesmo período, em relação aos créditos direcionados para as pequenas empresas, não foi observado o mesmo acréscimo de taxa, mas, sim, a sua manutenção, conforme pode ser observado no Gráfico 2.1.2.

Ao compararmos a evolução das taxas do crédito direcionado com as demais observadas (crédito total e crédito livre), estas tiveram redução no período anteriormente mencionado, em contrapartida as taxas do crédito direcionado mais que dobrou, aumento de mais de 100%.

No entanto, ao final do período observado, também pode ser observada a redução das taxas das demais modalidades, crédito total e crédito livre, assim como nas operações contratadas pelas microempresas.

Por fim, ao se analisar o comportamento das mesmas taxas de crédito total das micro, das pequenas e de todos os portes de empresas, no Gráfico 2.1.3, vimos que a redução mostrada anteriormente, nas taxas de crédito total para micro e pequenas empresas, também é observada para os demais portes de empresa, com a diferença de que tal redução para estas últimas foi mais intensa, representando cerca da metade, ou seja, uma redução de 50%, se compararmos o segundo trimestre de 2016 e o primeiro trimestre de 2020.

A redução de micro e pequenas empresas foi de cerca de 20%, em ambos os casos, mostrando que, mesmo quando há um cenário econômico e legal mais favorável à concessão de crédito para as pessoas jurídicas, a redução do custo das operações ocorre com maior intensidade para as empresas de médio e de grande porte.

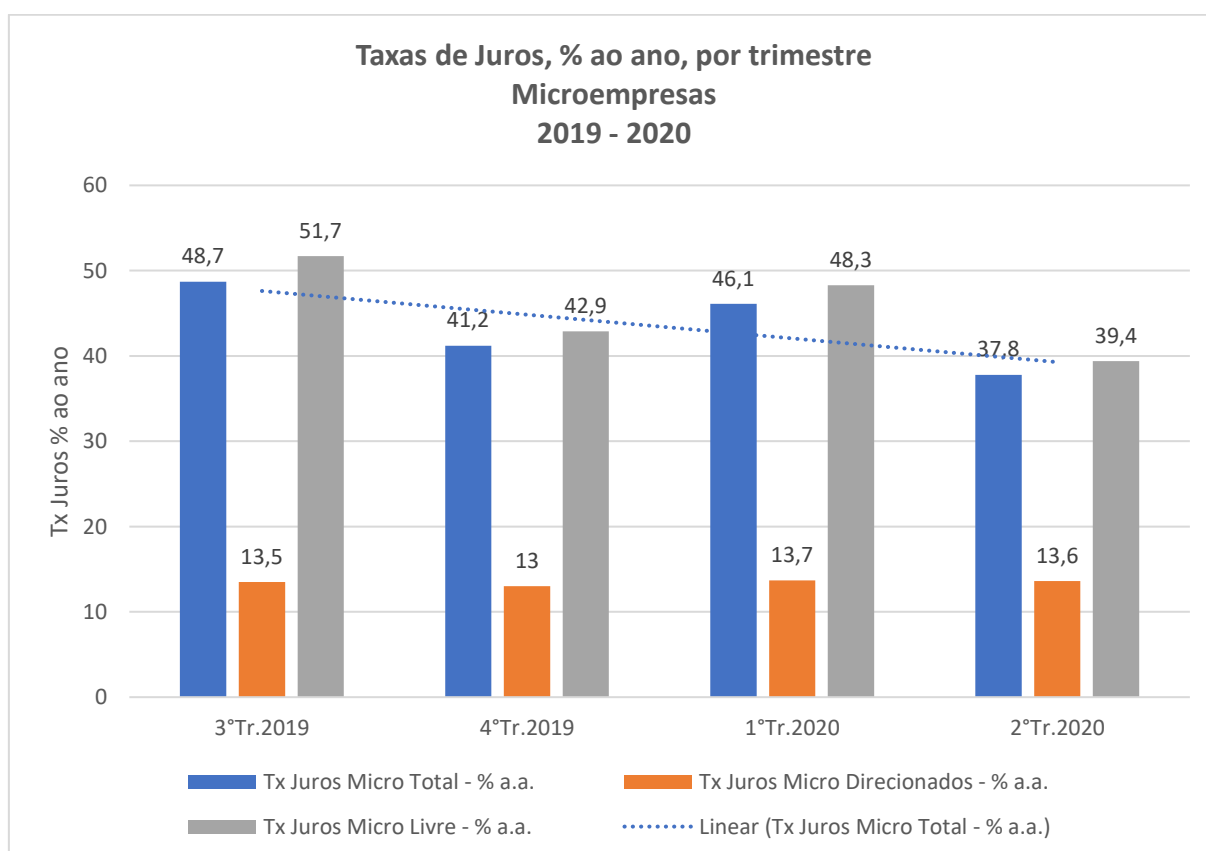
Assim, comparando-se a redução de 20% das micro e das pequenas com a redução de 50% das médias e grandes, verifica-se redução para as empresas de maior porte 150% superior à redução observada para as empresas menores.

O que pode ser inferido é que fenômenos econômicos ou operacionais que impactam na redução das taxas refletem, de forma mais contundente, nas empresas de maior porte, as quais possuem maiores garantias, capacidade de pagamento, maiores controles internos, dentre outras características que contribuem para que as instituições financeiras contratem mais créditos com tal segmento de empresas.

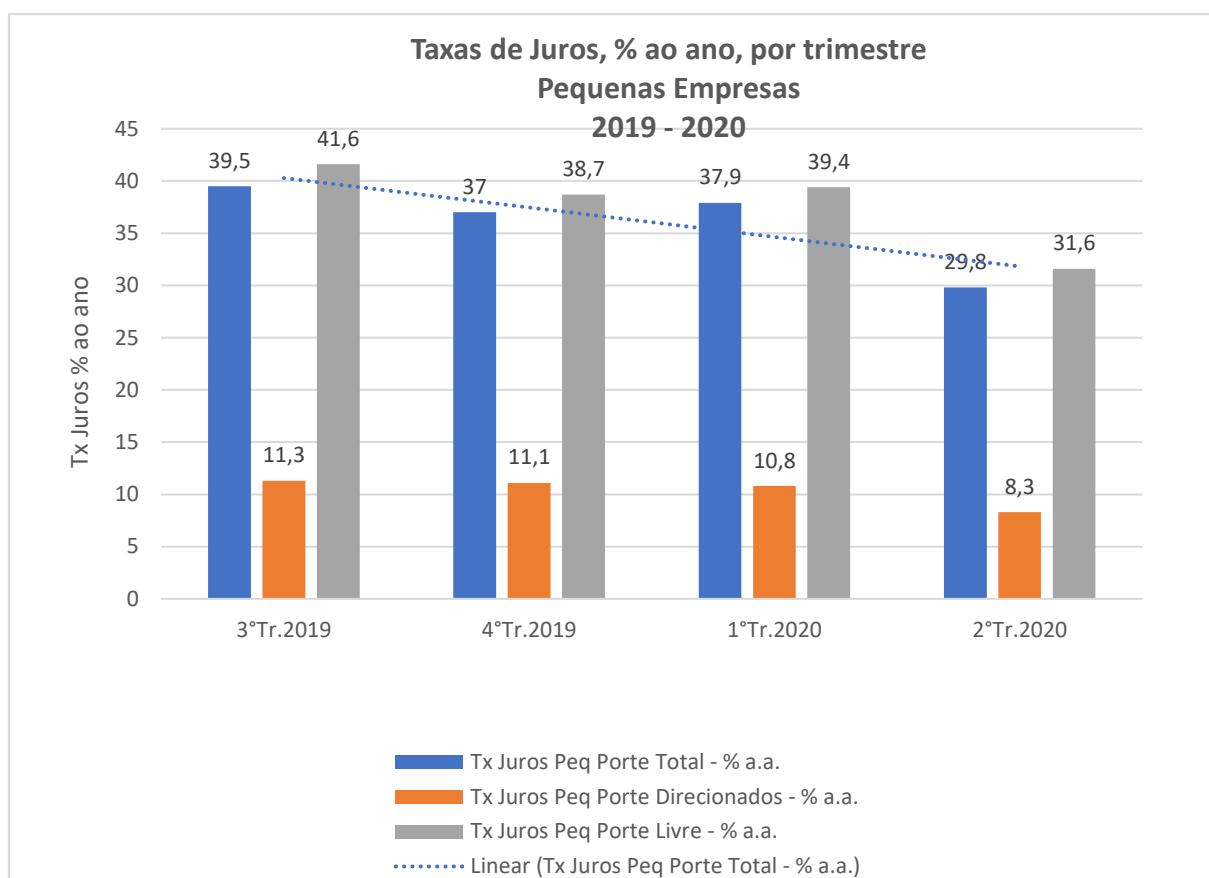
É relevante registrar que não houve alteração no ordenamento jurídico no período analisado, havendo alteração apenas quando da decretação de estado de calamidade, em período posterior, segundo trimestre de 2020.

3.2.2 Gráficos do período 2019 - 2020

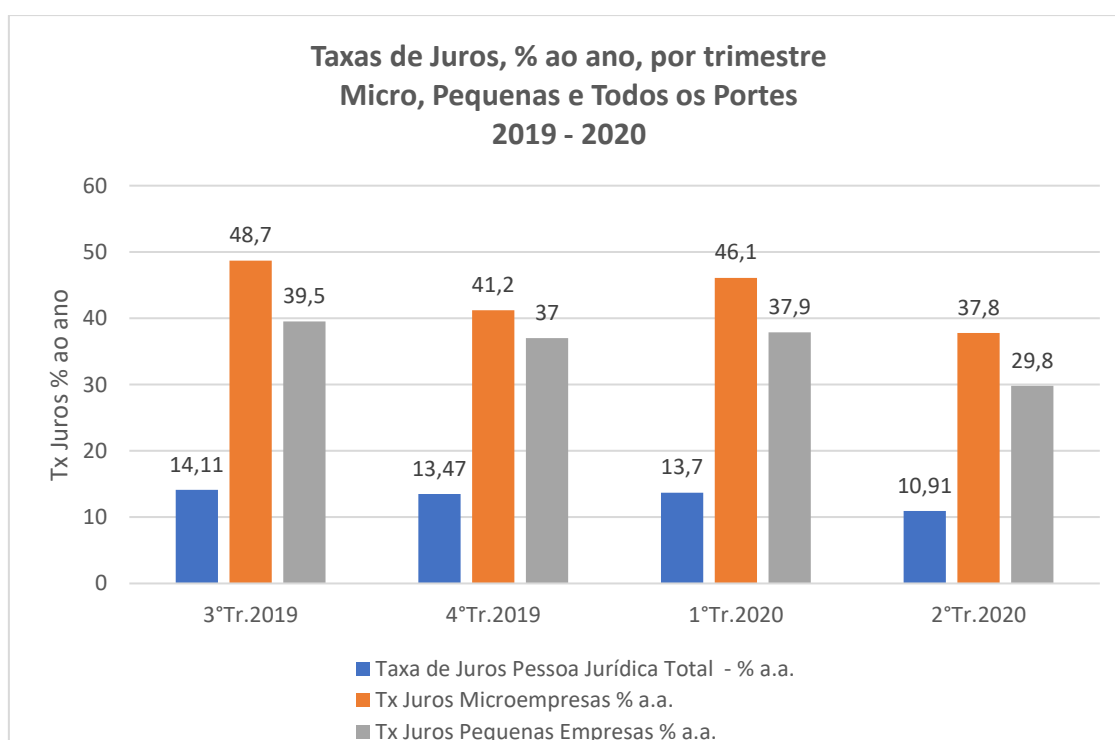
Gráfico 2.2.1 – Taxas de juros, % ao ano, por trimestre – microempresa



Fonte: Banco Central do Brasil

Gráfico 2.2.2 – Taxas de juros, % ao ano, por trimestre – pequenas empresas

Fonte: Banco Central do Brasil

Gráfico 2.2.3 – Taxas de juros, % ao ano, por trimestre – micro, pequenas e todos os portes

Fonte: Banco Central do Brasil

No corte temporal de um ano, entre julho de 2019 a junho de 2020, foi observada redução das taxas anuais para as microempresas apenas na modalidade de crédito livre e crédito total (Gráfico 3.2.1).

Já para as pequenas empresas, foi observada redução de cerca de 20% nas taxas do crédito direcionado, e, assim, como no observado no crédito para as microempresas, houve decréscimo nas modalidades de crédito total e crédito livre (Gráfico 3.2.2).

É relevante observar que os programas criados para combater os efeitos econômicos da pandemia tiveram suas operações iniciadas apenas em maio de 2020, de forma que tais taxas não refletem todos os programas implementados e retratados no Capítulo 2.

Ao realizarmos análise considerando o porte de empresas, comparando as micro e as pequenas com todos os portes de empresas, Gráfico 3.2.3, registra-se a redução de cerca de 25% das taxas contratadas pelas micro e pequenas empresas, enquanto que a redução considerando todos os portes de empresas foi de 20%.

O que pode ser inferido de tais informações é que, no período analisado, as empresas de maior porte se utilizaram de outros programas de combate aos efeitos econômicos da pandemia que não programas de crédito, mas de desoneração operacional como alterações nas normas trabalhistas, o que permitiu a suspensão do contrato de trabalho ou redução da carga horária com respectiva redução de remuneração, o que impacta em maior escala nas empresas de maior porte.

Assim, ficou demonstrado que as micro e as pequenas empresas recorreram ao crédito bancário em proporção maior que as médias e grandes empresas como forma de superar as dificuldades causadas pela pandemia.

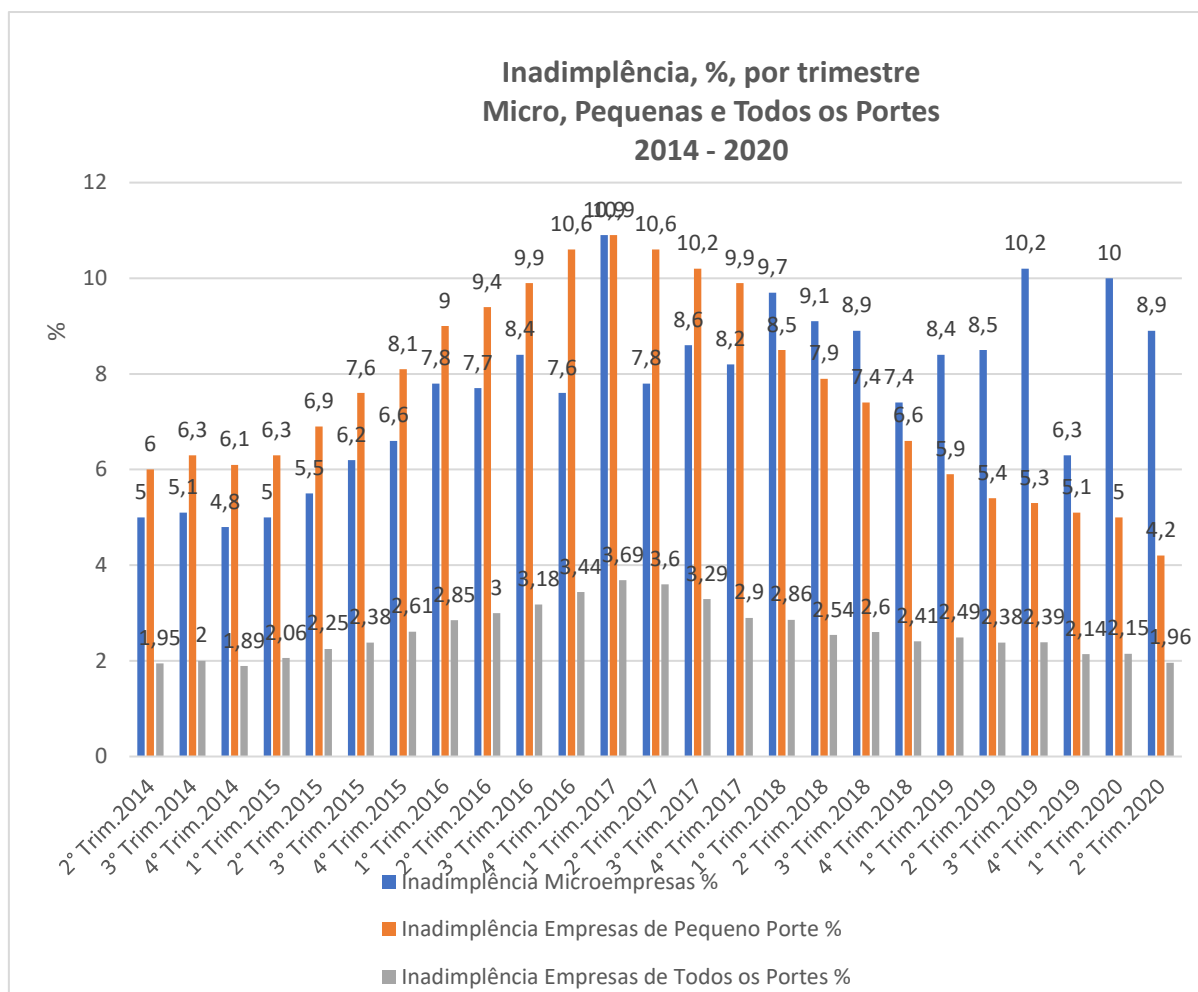
3.3 Demonstrações gráficas dos dados das variáveis de reflexos e volume das contratações e respectivas inferências de cenário diante do ordenamento jurídico normativo e jurisprudencial, antes e após a decretação de estado de calamidade

Os dados e gráficos deste segmento da pesquisa pertencem ao intervalo temporal do último ano coletado, julho de 2019 a junho de 2020, visando análise do período posterior à decretação do estado de calamidade diante do histórico recente das variáveis, anteriores à pandemia.

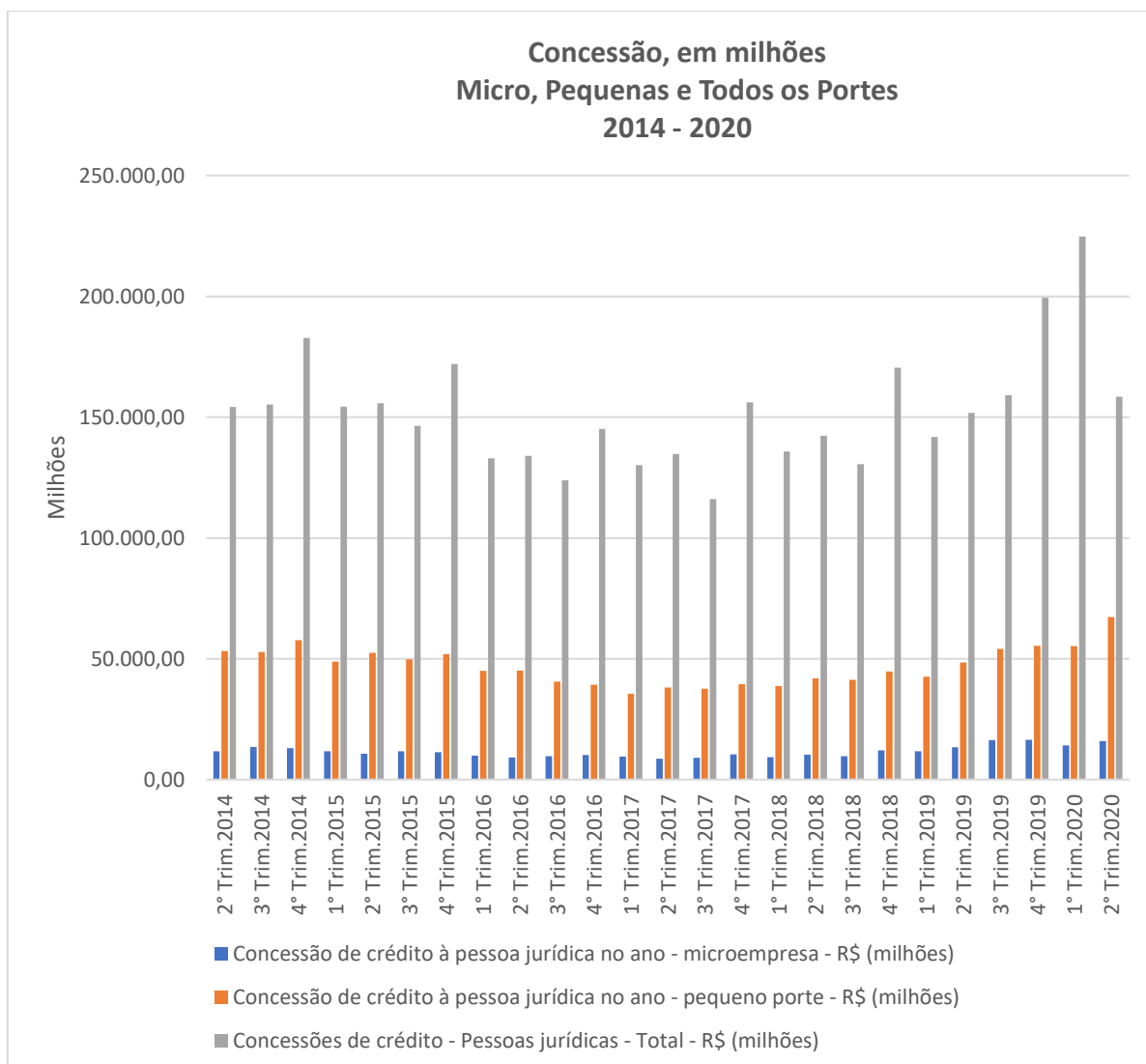
Assim, foi procedida observação entre o período ora observado e o período anterior com histórico desde junho de 2014, além de análise dos dados das variáveis entre portes de empresas.

3.3.1 Gráficos do período 2014 - 2020

Gráfico 3.1.1 – Inadimplência, %, por trimestre – micro, pequenas e todos os portes



Fonte: Banco Central do Brasil

Gráfico 3.1.2 – Concessão, em milhões, por trimestre – micro, pequenas e todos os portes

Fonte: Banco Central do Brasil

No que se refere à inadimplência das microempresas, chama a atenção o fato de serem observadas duas altas significativas no primeiro trimestre de 2017 e no terceiro trimestre de 2019 (Gráfico 3.1.4).

É importante registrar que, nesses períodos destacados, não há alteração no ordenamento jurídico, conforme observado no Capítulo 2, devendo tal variação ser associada a outras variáveis de origem econômica ou operacional; e, ainda, que a alta observada, no terceiro trimestre de 2019, reduz no quarto trimestre de 2019, final de ano, quando há notório aumento sazonal do aumento das vendas, mas repete o acréscimo de inadimplência no primeiro trimestre de 2020, iniciando redução apenas no segundo trimestre do mesmo ano, quando foram iniciados os programas de combate à pandemia, via melhoria do acesso ao crédito.

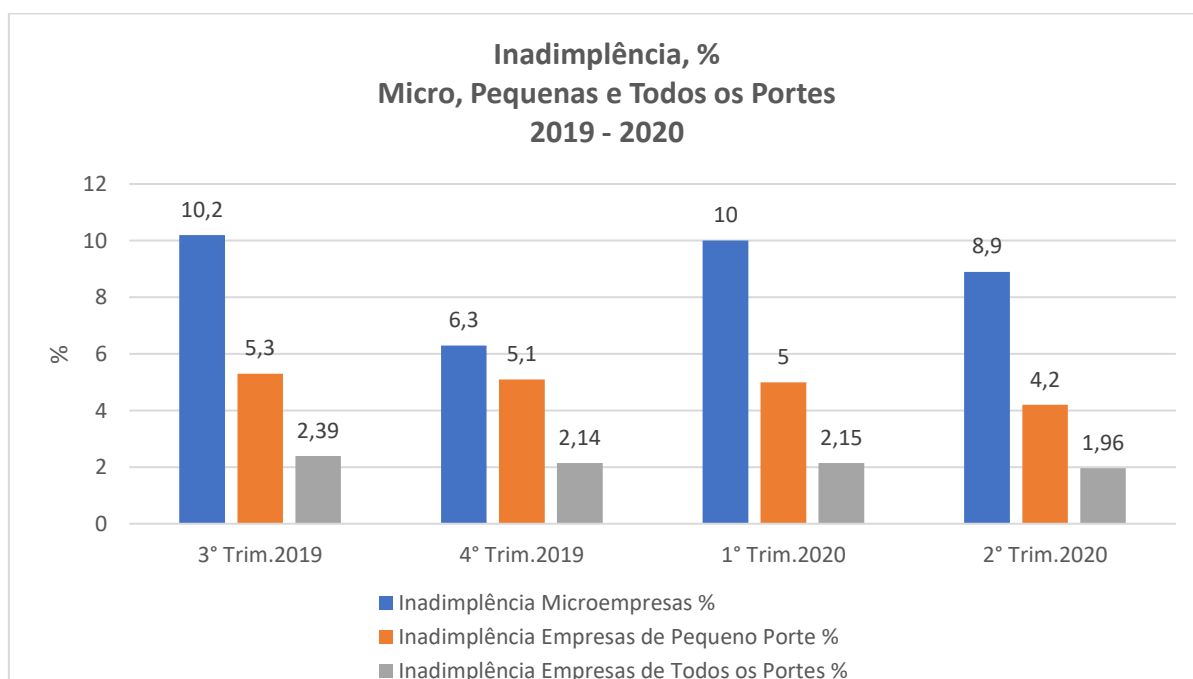
Na relação entre os portes de empresas (Gráfico 2.1.5), foi observada variação semelhante quanto à inadimplência, as pequenas empresas e as demais não tiveram a alta constatada nas microempresas a partir do terceiro trimestre de 2019, mas, nos demais períodos, mantiveram comportamento semelhante, com poucas diferenças, permitindo inferir que os fatores econômicos ou operacionais de tal período atingiram apenas as microempresas.

No que se refere ao volume de recursos concedidos, em todos os períodos, até o primeiro trimestre de 2020, o volume de todos os portes sempre se comporta de forma mais volátil do que as micro e as pequenas empresas. Quando há redução no volume global, a redução de todos os portes é proporcionalmente superior à redução observada no volume contratado pelas micro e pequenas.

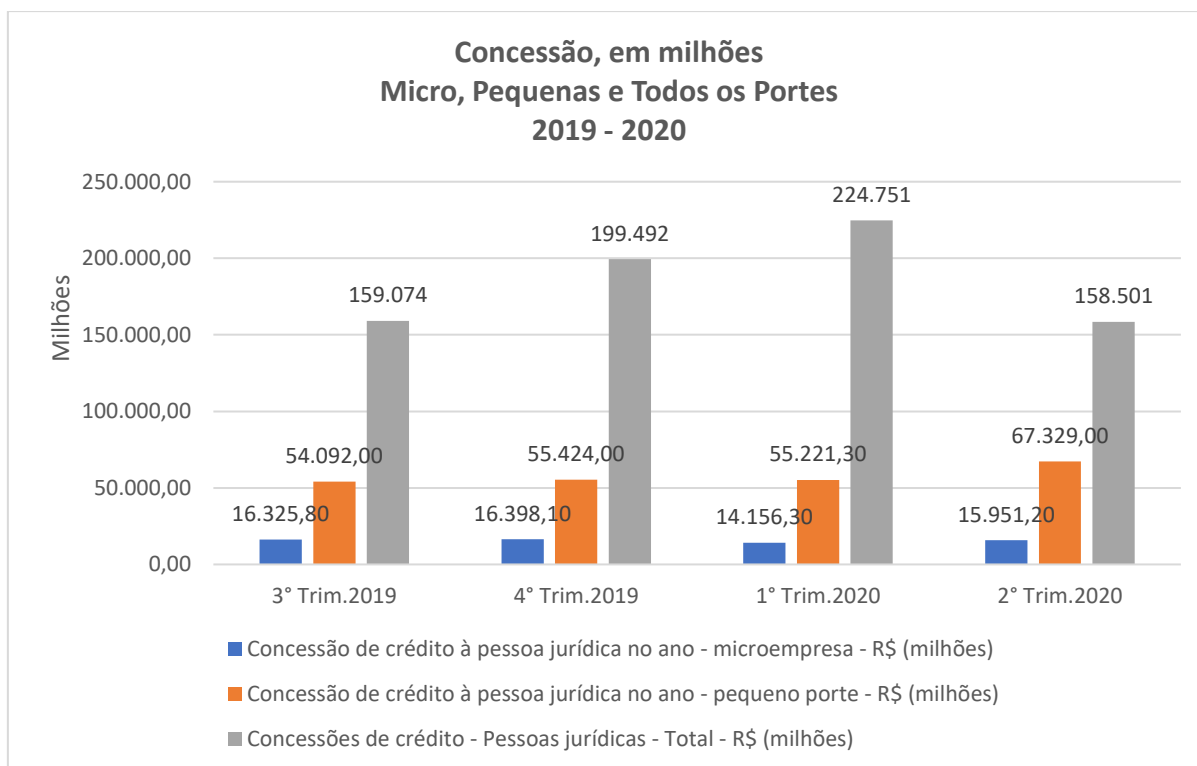
O mesmo ocorre quando há aumento no volume da contração de crédito por pessoas jurídicas, dado que abrange todos os portes. Tal observação só é alterada no segundo trimestre de 2020, quando são iniciadas as contratações das operações dos programas de combate à pandemia.

3.3.2 Gráficos do período 2019 - 2020

Gráfico 3.2.1 – Inadimplência, %, por trimestre – micro, pequenas e todos portes



Fonte: Banco Central do Brasil

Gráfico 3.2.2 – Concessão, em milhões, por trimestre – micro, pequenas e todos portes

Fonte: Banco Central do Brasil

Ao ser observado apenas o último ano compreendido entre julho de 2019 e junho de 2020, especificamente no segundo trimestre de 2020, pode ser constatado reflexo dos programas de combate aos efeitos econômicos da pandemia, com redução da inadimplência em todos os portes de empresas.

No entanto, no que se refere ao volume de crédito concedido, foi observado aumento apenas no contratado por micro e pequenas empresas, e redução dos valores de todos os portes, refletindo os programas de combate à pandemia, os quais tiveram maior impacto sobre esse segmento de empresas, no que se refere à contratação de crédito.

Em resumo ao comportamento de todas variáveis, nas dimensões de períodos e portes, é possível inferir que, diante do fato de não ter sido verificada alteração do ordenamento jurídico no que se refere ao acesso ao crédito para micro e pequenas empresas, as verificações decorrem de fenômenos econômicos e operacionais, e que tais fatores influenciam as micro e as pequenas empresas de forma mais intensa do que as empresas dos demais portes, permitindo a conclusão de que há maior vulnerabilidade por parte dessas empresas, que representam os pequenos negócios, expressamente priorizados pelos dispositivos constitucional e de lei complementar que fundamentam a presente pesquisa para verificar a concretização normativa.

E, ainda, que o ordenamento jurídico vigente anteriormente à decretação do estado de calamidade efetivamente não protege os pequenos negócios de tal vulnerabilidade, como foi desejado pelo legislador constitucional.

Destaca-se, ainda, que tal movimento desfavorável das micro e das pequenas empresas ocorre em ambiente de risco avaliado com movimento proporcional e na mesma direção que os demais portes de empresa, o que demanda ainda mais medidas de políticas públicas no sentido de redução de assimetria de informações e outras medidas que proporcionem a maior customização da avaliação de risco das micro e das pequenas empresas e o maior conhecimento do cedente do crédito quanto à realidade do tomador.

Por fim, relevante registrar que, no Capítulo 4 seguinte, foram analisadas as inferências deste Capítulo 3, o qual tratou sobre o âmbito normativo do acesso ao crédito para micro e pequenas empresas, em conjunto com o consignado no Capítulo 2, que abordou o programa normativo referente ao mencionado acesso ao crédito, permitindo, assim, o registro das conclusões do presente trabalho.

4 CONCRETIZAÇÃO DAS NORMAS DE ACESSO AO CRÉDITO DAS MICRO E DAS PEQUENAS EMPRESAS

Como proposto pelo modelo de concretização da norma de Müller, será observada a concretização dos dispositivos inicialmente propostos (art. 179 da Constituição Federal e inciso III do art. 1º da Lei Complementar n.º 123/2006). Foi realizada a descrição do programa normativo, com análise linguística, por meio do sentido literal do texto de lei, de interpretação histórica, interpretação conceitual-sistemática e doutrina nacional e internacional.

Ressalta-se que, no programa normativo, foi trazido à análise o conjunto de alterações legislativas e regulatórias abrangendo o funcionamento e a estrutura do SFN, especificamente nos aspectos que influenciam a concessão do crédito.

Em seguida, no âmbito normativo ou análise não linguística, foram observados dados de variáveis refletindo o acesso ao crédito pelas micro e pequenas empresas, com respectivos aspectos econômicos e sociais.

Assim, nesta etapa, foi realizada a análise final da concretização da norma, especificamente trazendo inferências decorrentes da combinação entre o visto no programa e no âmbito normativo, além de dados e informações vistas na contextualização do SFN.

As conclusões das inferências realizadas na presente pesquisa irão trazer as sínteses de cada elemento teórico e prático estudado, considerando o programa e o âmbito normativo, e, por fim, as propostas de aperfeiçoamento normativo legal visando a maior concretização normativa do regime jurídico nacional específico do acesso ao crédito para as micro e pequenas empresas, de forma a permitir o cumprimento, de forma sustentável, de suas funções econômica e social.

As inferências partiram de observações fundadas nas hipóteses de que, em primeiro lugar, (i) o ordenamento jurídico instaurado pela Constituição Federal e pela Lei Complementar n.º 167/2006 proporcionou tratamento favorecido e diferenciado às micro e às pequenas empresas em relação às empresas de médio e de grande porte, de 2014 a 2020.

A segunda hipótese é de que o (ii) tratamento favorecido e diferenciado permite às micro e às pequenas empresas proteção a momentos de volatilidade da economia ou alterações operacionais do mercado que atuam, de 2014 a 2020.

Por fim, terceira hipótese, relativa especificamente ao (iii) tratamento diferenciado no período de estado de calamidade em razão da pandemia, em 2020.

4.1. Regime jurídico, elementos legais e regulatórios para a concretização da norma diante do acesso ao crédito por micro e pequenas empresas

A pesquisa se propôs a estudar o regime jurídico nacional específico das micro e das pequenas empresas, por meio do art. 179 da Constituição Federal e do inciso III do art. 1º da Lei Complementar n.º 123/2006, observando tais dispositivos, suas interpretações e formas de concretização.

Desta feita, é relevante lembrar que o art. 179 da Constituição Federal traz expressamente a intenção do legislador constitucional no sentido de que, *in fine*:

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. (grifo nosso)

E o inciso III do art. 1º da Lei Complementar n.º 123/2006, por sua vez, traz a intenção do legislador infraconstitucional no mesmo sentido, corroborando igualmente com a questão do acesso ao crédito como prioritário e essencial ao funcionamento das micro e das pequenas empresas:

Art. 1ª Esta Lei Complementar estabelece normas gerais relativas ao tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, especialmente no que se refere:

(...)

III – ao **acesso a crédito** e ao mercado, inclusive quanto à preferência nas aquisições de bens e serviços pelos Poderes Públicos, à tecnologia, ao associativismo e às regras de inclusão. (grifo nosso)

Vistos os dispositivos originais e fundamentadores para a análise da concretização, no programa normativo, foi registrado todo o ordenamento jurídico e as reflexões dele decorrentes afetas ao mercado de crédito para todos agentes e especificamente quanto às micro e às pequenas empresas. Dessa forma, pode-se concluir que há convergência entre os que estudam o tema de que há notória necessidade de aperfeiçoamento do ordenamento jurídico afeto ao acesso ao crédito pelas micro e pequenas empresas.

As melhorias implementadas visando à redução de assimetria de informações (com a implantação e o aperfeiçoamento do cadastro positivo, reestruturação do SFN, novos arranjos de pagamentos, *fintechs*), de concentração bancárias e de verticalização dos sistemas de pagamento, além da criação das ESCs são notoriamente relevantes para o melhor funcionamento do SFN, mas não atingem, de forma direta e determinante, o acesso ao crédito pelas micro e pequenas empresas.

Talvez, quando conciliadas aos aperfeiçoamentos em andamento com PIX, *Open Banking*, *fintechs*, *Sandbox Regulatório* e Central de Recebíveis, os efeitos sejam mais representativos para as micro e as pequenas empresas. No entanto, não são direcionados e específicos para os pequenos negócios, de forma que não oferecem o tratamento diferenciado e favorecido previsto nos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais com tal endereçamento.

Conforme já concluído, quando analisado o programa normativo, o cerne da questão do crédito reside, em ambas as perspectivas, em alguns pontos relatados em comum, que são convergentes com o verificado na análise do programa normativo no sentido de que, até março de 2020, quando foi declarado o estado de calamidade, não havia comando legal algum com endereçamento específico para a facilitação do acesso ao crédito pelas micro e pequenas empresas.

Tal ausência demonstra a incapacidade de o regime jurídico ver concretizado seu texto, especificamente o texto constitucional do art. 179 e o inciso III do art. 1º da Lei Complementar n.º 123/2006.

As tentativas para tal concretização, conforme consignado anteriormente, foram verificadas apenas de forma deficiente, por meio dos fundos constitucionais do Norte, Nordeste e Centro-Oeste, em condições iguais às médias e às grandes empresas, que, inclusive, possuem condições mais favoráveis para a utilização de tais recursos, por possuírem bens para o oferecimento de garantias reais, fluxo de caixa mais robusto, entre outras características que reduzem consideravelmente seu risco em relação ao das micro e das pequenas empresas.

Outro aspecto relevante também concluído, quando realizada a análise do programa normativo, é a necessidade, percebida tanto pelo gestor do Poder Executivo quanto pelos representantes do Poder Legislativo, de se inovar na legislação ordinária para permitir ao

menos a sobrevivência das micro e das pequenas empresas diante da crise econômica provocada pela pandemia do coronavírus.

O registro de diversos projetos de lei e medidas provisórias com o mesmo propósito de facilitar o crédito em razão da pandemia demonstra que tal demanda não poderia ser suprida apenas por meio de regulamentação por atos infralegais.

Por outro lado, também demonstrou que já há, em nosso ordenamento constitucional, comando expresso e suficiente oferecendo ao legislador ordinário poderes para suprir tal lacuna, como fora feito.

No entanto, apesar do comando expresso, é relevante trazermos os ensinamentos de Rui Barbosa acerca da aplicabilidade das normas constitucionais, nas palavras de Ferreira Filho (2018, p. 421)¹⁷⁴:

A doutrina clássica distingue a este respeito duas espécies. É o que Rui Barbosa já ensinava, com arrimo de Cooley, Story e outros constitucionalistas norte-americanos. Esta ainda é a lição da doutrina moderna, da estrangeira por exemplo, de Jorge Miranda, e de parte da brasileira, por exemplo, a do autor deste livro. São elas *normas exequíveis por si sós* (normas autoexecutáveis, *self executing*) e as *normas não exequíveis por si sós*.

O art. 179 da Constituição Federal é exemplo de “normas não exequíveis por si sós”, motivo pelo qual há necessidade da implementação de uma política pública para sua implementação, o que é denominado pela doutrina de norma pragmática.

Nos dizeres de Da Silva (2010, p. 798)¹⁷⁵:

o princípio do tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte consta do art. 170, IX, como dissemos. A Constituição não se contentou com o simples enunciado do princípio, pois já estabeleceu que 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 da lei (art. 179). **Reconhece aí dois tipos de pequenas empresas: as micro e as de pequeno porte, deixando à lei defini-las e distingui-las.** (grifo nosso)

Visto que há consenso na necessidade de haver legislação infraconstitucional para sua efetiva exequibilidade, então, no caso da efetiva concretização do art. 179 da

¹⁷⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 40ª edição. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 421.

¹⁷⁵ DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. Revista dos Tribunais, 2010. p. 798.

Constituição Federal, o que há de ser avaliado e deliberado pelos órgãos e poderes competentes para a efetiva implementação de uma política pública é a necessidade de tornar tais programas facilitadores de crédito de caráter permanente, passado o período da crise, mesmo que adaptados à nova realidade, e com ônus suportável pelos cofres públicos.

Registre-se que todos os programas se encerram logo que cessado o estado de calamidade, mas que a crise econômica ainda irá persistir por um período ainda não conhecido com exatidão.

Grau (2009, p. 25)¹⁷⁶, citando a teoria estruturante de Friedrich Müller, reforça a necessidade de produção de normas jurídicas quando não há verificação da concretização no ordenamento vigente:

O fato é que a norma é construída, pela intérprete, no decorrer do processo de concretização do direito. O texto, preceito jurídico, é, como diz Friedrich Müller, matéria que precisa ser “trabalhada”.
Partindo do texto da norma (e dos fatos), alcançamos a norma jurídica, para então caminharmos até a norma de decisão, aquela que confere solução ao caso. Somente então se dá a concretização do direito. Concretizá-lo é produzir normas jurídicas gerais nos quadros de solução de casos determinados.

Por fim, outra conclusão trazida na análise do programa normativo, especificamente para o período pós-pandemia – da necessidade de recuperação econômica, além da necessidade de manutenção e de aperfeiçoamento dos programas de acesso ao crédito – é a implantação de políticas, por meio de regras e princípios endereçados às questões fundamentais de redução da informalidade; fomento da competitividade no SFN; e redução do *spread* bancário, com vistas ao aperfeiçoamento estrutural do acesso ao crédito.

No que se refere ao âmbito normativo, em síntese, foi observado que, nas perspectivas de custo, inadimplência e volume da contratação pelas micro e pequenas empresas, os dados demonstram que houve notória diferenciação entre tal segmento e os demais portes de empresa apenas quando da implantação dos programas destinados ao combate à pandemia.

No período anterior à decretação de calamidade pública, as micro e as pequenas empresas tiveram sempre reflexos minorados em razão dos movimentos econômicos ou operacionais, pois as médias e grandes registraram aumentos proporcional e significativamente

¹⁷⁶ GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. 2009. p. 25.

superior tanto nos eventos de crescimento quando de decréscimo do crédito para todos os portes de empresas.

Registre-se que a associação, com movimentos econômico e operacional, se deve ao fato de que o ordenamento jurídico sofreu alterações substanciais apenas em momento anterior, 2006, quando da edição da Lei Complementar n.º 123/2006. Posteriormente, apenas em 2019, quando da edição da Lei Complementar n.º 167/2019, que criou as ESCs, e que não trouxe alteração significativa nos dados acerca do crédito para o segmento.

Assim, pode-se inferir que as alterações no acesso ao crédito observado no período estudado decorreram de tais movimentos.

Posteriormente, o acesso ao crédito passa a ter nova influência do ordenamento jurídico apenas quando das alterações promovidas pelo legislador ordinário, decorrentes da implantação dos programas de combate aos efeitos econômicos da pandemia.

Assim, observando-se as conclusões do programa e do âmbito normativo pode ser inferido que não há a verificação da concretização normativa do ordenamento jurídico pátrio no que se refere ao intentado pelos legisladores constitucional e infraconstitucional ao acesso ao crédito pelas micro e pequenas empresas.

Pode-se chegar a tal inferência ao se verificar todas iniciativas legislativas no sentido de redução de assimetria de informações, estímulo à concorrência, redução da verticalização, dentre outras alterações legislativas que tiveram resultados positivos em diversos aspectos quanto ao funcionamento do SFN, mas, no entanto, não resultaram, de forma objetiva, no aumento do acesso ao crédito para as micro e as pequenas empresas, conforme intentado pelo legislador pátrio, especificamente nos dispositivos trazidos como fundamentos para a presente pesquisa.

4.2. Propostas de projeto de lei - programas de crédito para micro e pequenas empresas e de aperfeiçoamento da lei das ESCS

A pandemia veio ressaltar falhas não apenas na área da saúde, mas também nos diversos setores da sociedade que evidenciam indicadores de desigualdade, o que certamente pode representar valiosa oportunidade para os gestores públicos desenvolverem soluções emergenciais.

O que pode ou deve ser uma realidade ideal é que tais soluções não sejam necessariamente temporárias e circunstanciais, mas, sim, perenes, corrigindo, assim, parcial ou totalmente, as falhas ressaltadas pela crise. Uma dessas falhas, conforme a pesquisa observou, é a deficiência no sistema de crédito para o micro e o pequeno empresário.

A necessidade de aperfeiçoamento da legislação e da regulação no sentido de regradar, de forma mais adequada, o compartilhamento de dados e informações; as garantias; as condições de contratação, como taxas de juros e prazo; e as regras que favoreçam à ampliação da concorrência entre os cedentes de crédito e os mecanismos de redução da assimetria de informações.

Outro ponto comum e crucial é a constatação da mudança de paradigma enfrentado com a pandemia mundial e a crise econômica vinda em consequência, que acentuou os problemas e mostrou a deficiência do sistema de crédito existente anteriormente, sem previsão legal expressa, com endereçamento específico para o acesso ao crédito por parte do segmento das micro e das pequenas empresas.

No âmbito da presente pesquisa, foi realizado o segundo seminário sobre acesso ao crédito¹⁷⁷ (Anexo G desta pesquisa), no qual foram colhidas informações, expectativas e sugestões de inovação legislativa de especialistas, representantes dos principais agentes envolvidos nas alterações legislativas realizadas no ordenamento jurídico do crédito, após a decretação do estado de calamidade.

Assim, diante de tudo aqui disposto, foi possível a identificação de pontos específicos da legislação que podem ser aperfeiçoados ou inovados, inclusive contribuindo para novos avanços no relatado processo de inclusão no SFN do movimento de disrupção tecnológica.

Nesse sentido, são sugeridos ajustes na Lei Complementar n.º 167/2019, que criou as ESCs; além de novas regras para estimular a atuação de sistema cooperativo; a efetiva criação de um sistema de garantias combinado com a implantação de um novo programa de avaliação de riscos específicos para esse segmento de micro e pequenas empresas e com programa de capacitação do micro e pequeno empreendedor.

¹⁷⁷~Disponível em: https://idp-edu-br.zoom.us/rec/share/QJvhgJ1CimF9JkiFfNNqHPZIrkewwjqINMiMibizz7nHt0thLdKaMG-tiqfq_E5h.5NI7EK1AHuq742rC?startTime=1604079012000

Nesse sentido, propomos o projeto de lei que consta no Anexo H deste trabalho, com aperfeiçoamentos pontuais na lei das ESCs, e com diretrizes básicas no que se refere ao cooperativismo, ao sistema de garantias e ao novo programa de avaliação de riscos.

Visando melhor demonstrar as alterações legislativas propostas, apresentamos o quadro comparativo entre a legislação original e a proposta de alteração, o qual está no Anexo I.

CONCLUSÃO

O princípio do tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte tem guarida nos arts. 170 e 179 da Constituição Federal, e este último é o fundamento do estudo ora proposto para verificarmos a concretização normativa do comando constitucional.

Tal princípio, traduzido pelos mencionados dispositivos, representam importante fundamento para o efetivo desenvolvimento sustentável dos pequenos negócios. Dessa feita, a legislação infraconstitucional assume papel relevante no sentido de viabilizar a concretização normativa intentada pelo legislador constitucional.

Por conseguinte, a legislação infraconstitucional deve regulamentar o comando constitucional, permitindo o efetivo tratamento favorecido e diferenciado por meio da definição de regras e políticas que resultem na efetiva concretização normativa, tanto do comando constitucional, quanto de seu próprio dispositivo regulamentador.

Retomando as perspectivas de observação da pesquisa, no que se refere ao **(i) caminho sedimentado pela Constituição Federal, em 1988, e a Lei Complementar n.º 123, em 2006, no sentido de permitir o tratamento favorecido e diferenciado**, o que os dados permitiram inferir foi que as micro e as pequenas empresas obtêm menos crédito bancário do que as médias e as grandes empresas.

É relevante ainda lembrar os dados e as conclusões de estudos do SEBRAE no sentido de que menos de um terço das micro e das pequenas empresas financiam seus negócios por meio de crédito bancário, utilizando-se, prioritariamente, crédito de fornecedores e, em segundo lugar, do sistema cooperativo, ficando o crédito bancário com papel de menor protagonismo para tal segmento.

Como visto na pesquisa, o crédito bancário é notoriamente elemento fundamental para o desenvolvimento dos negócios, e, em última instância, as economias. Isso é motivo pelo qual o legislador constitucional consignou expressamente, em seu texto, a relevância e a função social e econômica das empresas, e, ainda – especificamente quanto às micro e às pequenas, por meio dos mencionados arts. 170 e 179 – a necessidade de priorização das micro e pequenas empresas, mencionando especificamente o aspecto creditício.

Quanto às alterações pontuais ocorridas no período histórico observado, registradas no programa normativo, especificamente no que se refere à redução de assimetria de informações (com a implantação e o aperfeiçoamento do cadastro positivo, a reestruturação do SFN, os novos arranjos de pagamentos, *fintechs*, a criação das ESCs, dentre outras), não eram especificamente direcionadas para as micro e as pequenas empresas, de forma que os benefícios de tais inovações legislativas não resultaram em benefícios específicos para o segmento.

Já os programas de modernização em andamento com a implantação do PIX, *Open Banking*, ampliação da atuação das *fintechs*, Central de Recebíveis, *Sandbox Regulatório*, dentre outros, certamente irão beneficiar os negócios em todos os portes de empresas, mas não são específicos e direcionados, de forma favorecida e diferenciada, para as micro e as pequenas empresas.

Quanto à perspectiva de participação do Estado como elemento fundamental e propulsor no desenvolvimento de negócios empresariais, podemos lembrar do exemplo da Finlândia, relatado por Castells (2007, p. 107)¹⁷⁸, que observou um crescimento de cerca de 50% em sua economia, em 15 anos, após o aumento significativa no investimento do governo finlandês em investigação e pesquisa, especialmente em parceria com empresas.

É relevante lembrar que, na mesma obra, é relatado que as parcerias público privadas foram iniciadas com participação minoritária das empresas, e, com o decorrer do tempo e do sucesso dos programas, os agentes privados começaram a competir, cada vez mais, para participar de tais programas, e o resultado imediato foi o aumento da participação das empresas, que passou de minoritária para até dez vezes a participação pública.

O exemplo da Finlândia mostra que programas governamentais bem sucedidos implementando políticas públicas de interesse público e privado necessitam cada vez menos de recursos públicos e trazem retorno direto de ordem econômica e social.

Assim, em resumo, observando conjuntamente os dados, as análises e o ordenamento jurídico, proporcionado pelos dispositivos selecionados, para verificarmos a concretização normativa (art. 179 da Constituição Federal e inciso III do art. 1º da Lei

¹⁷⁸ CASTELLS, Manuel; HIMANEN, Pekka. **A sociedade da informação e o estado-providência: o modelo finlandês**. Fundação Calouste Gulbenkian. Serviço de Educação e Bolsas, 2007. p. 107.

Complementar n.º 123/2006), a inferência definitiva é de que não pode ser constatada a efetiva concretização intentada pelos legisladores.

No que se refere à perspectiva seguinte, de observar tratamento favorecido e diferenciado às micro e às pequenas empresas, **(ii) proteção a momentos de volatilidade da economia ou alterações operacionais do mercado que atuam**, os dados mostram que há reação diferenciada entre as micro, as pequenas e as médias e grandes empresas, em momentos de ocorrência de fenômenos econômicos ou operacionais.

Tanto nos períodos em que há a verificação de aumento do acesso ao crédito pela ocorrência de tais fenômenos, quanto nos momentos de redução do referido acesso, as micro e as pequenas empresas reagem em proporção inferior às médias e às grandes empresas.

Resumidamente, quando o acesso ao crédito aumenta para o segmento empresarial, aumenta menos para as micro e as pequenas do que para as médias e as grandes, o mesmo ocorrendo quando há a redução do acesso, sendo verificada, então, uma redução de acesso maior pelas micro e pequenas, nos levando a inferir que o tratamento favorecido e diferenciado propalado pelos dispositivos que fundamentam a pesquisa não são efetivamente concretizados.

Por fim, no que se refere à terceira hipótese, relativa especificamente ao **(iii) período de estado de calamidade em razão da pandemia**, os dados nos permitem inferir que houve alteração significativa no acesso ao crédito pelas micro e pequenas empresas em relação às médias e às grandes empresas em razão da implementação de programas de combate aos efeitos econômicos da pandemia.

Assim, os dados observados nos levam a inferir que o tratamento favorecido e diferenciado propalado pelos dispositivos que fundamentam a pesquisa são efetivamente concretizados. No entanto, o período analisado ainda é preliminar no que se refere ao tempo de duração dos programas e políticas públicas implementadas para o combate aos efeitos econômicos da pandemia.

Os dados e os depoimentos colhidos, por meio dos seminários realizados no âmbito da pesquisa, nos permitem concluir que há notória necessidade de aperfeiçoamento do ordenamento jurídico no sentido de potencializar a intenção do art. 179 da Constituição Federal

e do inciso III do art. 1º da Lei Complementar n.º 123/2006 para a sua efetiva concretização normativa.

Como fora observado, o ordenamento pátrio vigente no período observado não proporcionou o tratamento pretendido pelos legisladores, tanto no que se refere ao acesso das micro e das pequenas empresas ao crédito comparativamente às médias e às grandes empresas quanto no aspecto de reação dos pequenos negócios também comparativamente aos médios e aos grandes negócios.

Tais inferências são corroboradas não apenas pelos dados observados no período anterior à pandemia, mas, também, pelos dados posteriores à decretação do estado de calamidade, quando a implementação de programas emergenciais de acesso ao crédito foi capaz de alterar significativamente o cenário anterior, demonstrando o caminho que pode ser seguido para a formulação de novas políticas públicas que possibilitem a concretização normativa intentada.

Tendo sido observada a efetividade dos mencionados programas de acesso ao crédito e a constatação de que não há recursos públicos disponíveis para suportar a continuidade desses programas, com seu formato original, baseado em fundos garantidores e outras formas de aporte de recursos orçamentários da União, cabe avaliar a melhor forma de manter políticas públicas que tenham programas de acesso ao crédito que incentivem o funcionamento das micro e das pequenas empresas.

É importante consignar que a implementação de políticas públicas de aperfeiçoamento de acesso ao crédito não significa, necessariamente, a manutenção dos programas adotados emergencialmente em razão da pandemia, no qual foram oferecidas garantias robustas por parte da União, dentre outras formas idealizadas.

A observação dos dados e dos depoimentos e das análises do período, diante do paradigma pós-positivista e da metódica da Teoria Estruturante do Direito de Friedrich Müller utilizados na pesquisa, mostrou que há necessidade de alteração legislativa promovendo a gestão de políticas públicas em tal sentido.

Registre-se, no entanto, que, para serem permanentes, por óbvio, devem ser sustentáveis, assim, não podem depender de recursos públicos, mas, sim, ter um formato no qual o crédito bancário para o segmento dos pequenos negócios seja mais seguro para as

instituições financeiras e mais efetivo (maior acesso ao crédito) por parte das micro e das pequenas empresas.

Neste sentido, oferecemos sugestão apenas preliminar para contribuir com o início de um novo processo de idealização e implementação de novas políticas públicas que efetivamente tragam, em definitivo e de forma saudável e sustentável, a concretização normativa pretendida pelos legisladores quando instituíram o princípio do tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte, as micro e as pequenas empresas.

Ademais, também trazemos sugestões de aperfeiçoamentos na lei complementar que criou as ESCs, visando contribuir para a melhoria e maior eficiência desse novo instrumento de crédito para as micro e as pequenas empresas.

Por fim, é relevante deixar consignada a intenção da pesquisa em oferecer uma sistemática de análise jurídica, pós-positivista e fundada na Teoria Estruturante do Direito de Friedrich Müller, utilizando dados que refletem a realidade fática do ordenamento jurídico vigente, de forma que tal sistemática e metodologia podem ser repetidas em momentos futuros, de forma a observar a evolução ou involução da concretização normativa da intenção do legislador pátrio no sentido de oferecer às micro e às pequenas empresas tratamento favorecido e diferenciado.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Introdução ao Direito – teoria, filosofia e sociologia do direito. **Editora Revista dos Tribunais**. 4ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019.

ABRÃO, Ana Carla, coordenação técnica; BERTOL, Gabriela (orgs.). **Mercado de Crédito Série Panorama Brasil**. Wyman: Oliver. 2018.

ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo; MADUREIRA, Mirella. A crise econômico-financeira internacional e seus impactos na preservação das microempresas e empresas de pequeno porte brasileiras. **Revista da Faculdade de Direito da UFG**, v. 33, n.º 2, p. 50-59, 2010.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Estrutura do Sistema Financeiro Nacional**. Disponível em <https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/sfn>. Acesso em 28 setembro. 2019.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Relatório de Economia Bancária**. Disponível em <https://www.bcb.gov.br/publicacoes/relatorioeconomiabancaria>. Acesso em 05 janeiro de 2020.

BANCO CENTRAL. Sob a regulamentação do memorando de entendimentos firmado em 2018: a compra da XP Investimentos pelo Banco Itaú. **Revista de Defesa da Concorrência**, v. 7, n.º 2, p. 76-98, 2019.

BANCO MUNDIAL. **The Informal Sector: What Is It, Why Do We Care, and How Do We Measure It? In: Informality: Exit and exclusion**. The World Bank, Chapter 1, 2007. Disponível em: siteresources.worldbank.org/INTLAC/Resources/CH1.pdf. Acesso em: 13 fev. 2019.

BANCO DO NORDESTE DO BRASIL. **Relatório 2019 de Microfinanças**. Disponível em: <https://www.bnb.gov.br/documents/22492/23742/RelatorioMicrofinancas2019.pdf/c28f8c3f-f1ab-179c-2f9a-33b50015f2b1>. Acesso em 30 de outubro de 2019.

BANCO MUNDIAL. World Development Indicators: Financial access, stability and efficiency. **The World Bank Data Catalog, 2018**. Disponível em: wdi.worldbank.org/table/5.5. Acesso em: 12 fev. 2019.

BARBOZA, Ricardo de Menezes *et al.* **O BNDES e as micro, pequenas e médias empresas**. Rio de Janeiro. Editora: Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social, 2019. p. 10.

BERCOVICI, Gilberto. Democracia, inclusão social e igualdade. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, n.º 4, p. 165-181, 2006.

BERCOVICI, Gilberto. O poder constituinte do povo no Brasil: um roteiro de pesquisa sobre a crise constituinte. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, n.º 88, p. 305-325, 2013.

BONAVIDES, Paulo. **A Constituição aberta**. Editora Del Rey: 1993.

_____. Teoria Estrutural do Direito de Friedrich Müller. In: **MÜLLER, Friedrich. O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes**. Trad. Peter Naumann. São Paulo: RT, 2008.

_____. O pensamento jusfilosófico de Friedrich Müller: fundamentos de uma nova hermenêutica. In: BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa: por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade**. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. **Teoria constitucional da democracia participativa**. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. Curso de **Direito Constitucional**. Malheiros Editores Ltda. São Paulo: Forense, 1980.

CANOTILHO, J.J. Gomes *et al.* (Ed.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo. Saraiva Jur, 2018.

CAVALCANTE, Francisco. **Mercado de Capitais**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Campus, 2002.

GONÇALVES, Everton das Neves; NISHI, Lisandro Fin; BURG, Amanda Karolini. O controle de atos de concentração em parceria pelo Cade e pelo Banco Central sob a regulamentação do memorando de entendimentos firmado em 2018: a compra da XP Investimentos pelo Banco Itaú. **Revista de Defesa da Concorrência**, v. 7, n.º 2, p. 76-98, 2019.

DE ANDRADE IVO, Gabriel *et al.* A expansão do crédito no Brasil: uma ferramenta para o desenvolvimento socioeconômico. **Gestão & Regionalidade**, v. 32, n. 95, 2016.

DE CADEMARTORI, Sérgio Urquhart; GOMES, Nestor Castilho. A teoria da interpretação jurídica de Hans Kelsen: uma crítica a partir da obra de Friedrich Müller. **Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos**, v. 29, n. 57, p. 95-114, 2008.

DE CADEMARTORI JUNIOR¹, João Manoel; SILVA, Gabriela Borges. Financial market self-regulation in Brazil: legal disruption between market, law and politics. **Revista Brasileira de Estudos Jurídicos**, v. 15, n.º 1, p. 10, 2020.

DE MENDONÇA, Ana Rosa Ribeiro. **O Acordo da Basiléia de 2004: uma revisão em direção às práticas de mercado**. Campinas: Unicamp, 2019.

DA SILVA, José Afonso. Curso de direito constitucional positivo. Editora **Revista dos Tribunais**, 2010. p. 798.

FERNANDES, Fernanda Vasconcelos. A economia solidária e o desenvolvimento socioeconômico por meio do microcrédito. **Prim@ Facie-Revista do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas**, UFPB, v. 7, n.º 13, p. 25-45, 2008.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 40ª edição. São Paulo: Saraiva, 2018.

FRANCO, Gustavo HB. **A moeda e a lei: uma história monetária brasileira, 1933-2013**. 2. Ed. – Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

FRAZÃO, Ana; CUEVA, Ricardo Villas Bôas; SALOMÃO, Luis Felipe. Lei de liberdade econômica e seus impactos no direito brasileiro. **Revista dos Tribunais**, 2020.

GESNER, Oliveira; RODAS, João Grandino. **Direito e Economia da Concorrência**. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013 (CEDES: Centro de Estudos de Direito Econômico e Social; v. 3).

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. 1ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

HESSE, Konrad. **Temas fundamentais do direito constitucional: textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho**. São Paulo: Saraiva, 2009.

HOLANDA, Fernando. Mercados radicais: uma solução para o Brasil? **Revista Conjuntura Econômica**, v. 74, n. 2, p. 28-29, 2020.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua. Disponível em <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/multidominio/cultura-recreacao-e-esporte/17270-pnad-continua.html?=&t=o-que-e>. Acesso em 29 setembro. 2019.

JAYME JR, Frederico G. (Org.) *et al.* **Bancos públicos e desenvolvimento**. Rio de Janeiro: IPEA, 2010.

JUNIOR, Cleofas Salviano. **Bancos estaduais: dos problemas crônicos ao PROES**. Brasília: Banco Central do Brasil, 2004.

LEMOS, Rafael Diogo D. Apontamentos acerca da teoria estruturante do Direito e a importância de sua utilização no direito brasileiro. **Direito e Liberdade**, v. 11, n.º 2, p. 187-204, 2010.

LOPES, João do Carmo; e ROSSETTI, José P. **Economia Monetária**. 6.ed. São Paulo: Editora Atlas, 1992.

MAGALHÃES, Marco Túlio Reis. Hermenêutica constitucional: comparação das teorias de Konrad Hesse e Friedrich Müller. **Revista Jurídica da Presidência**, v. 7, n.º 75, p. 01-25, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva Educação SA, 2020.

MICK, Jacques, *et al.* **O caráter social do crédito: microcrédito, combate à pobreza e desenvolvimento alternativos a experiência brasileira e o caso da Portosol (1996-2002)**. Tese (doutorado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Filosofia e Ciências Humanas. Programa de Pós-Graduação em Sociologia Política. Repositório Institucional da UFSC, 2003.

MÜLLER, Friedrich. Métodos de trabalho do direito constitucional. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, n.º 16, 1999. p.100.

_____. Teoria moderna e interpretação dos direitos fundamentais: especialmente com base na teoria estruturante do direito. **Anuário Iberoamericano de Justicia Constitucional**, n.º 7, p. 315-327, 2003.

_____. Igualdade e normas de igualdade. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, v. 1, n.º 1, p. 11-21, 2003.

_____. **O novo paradigma do Direito: introdução à teoria e metódica estruturantes**. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

NERY, Carmen Lígia. **Decisão judicial e discricionariedade: a sentença determinativa no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

NEVES, Edson Alvisi. **A intervenção judicial na empresa**. 1. ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

PEREIRA, Edmar da Rocha. **Comportamento do spread bancário: painel dinâmico**. Dissertação (mestrado). Brasília: Universidade de Brasília, 2018.

PERRY, G. E.; Maloney, W. F.; Arias, O. S.; Fajnzylber, P.; Mason, A. D.; SaavedraChanduvi, J. **Informality – exit and exclusion**. Banco Mundial. World Bank, 2007.

PILATI, José Isaac. Função social e tutelas coletivas: contribuição do direito romano a um novo paradigma. **Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos**, 2005, 26.50: 49-70.

PINHEIRO, Armando Castelar; PORTO, Antônio José Maristrello; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro (Ed.). **Direito e economia: diálogos**. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2019.

PORTO, Antônio José Maristrello; GONÇALVES, Antonio Porto; SAMPAIO, Patricia Regina Pinheiro. **Regulação financeira para advogados**. Autores Richard Posner [et al.] Rio de Janeiro: Elsevier: FGV, 2012.

POSNER, Eric A; WEIL, E. Glen. **Mercados radicais – Reinventando o capitalismo e a democracia para uma sociedade justa**. São Paulo: Ed. Schwarcz, 2018.

POSNER, Richard A. **Economic analysis of law**. Wolters kluwer law & business, 2014. p. 613-616.

REGINATO, Karla Cristine; BATTEZINI, Andy Portella. A concretização do princípio constitucional da igualdade nas uniões homoafetivas sob a perspectiva da teoria estruturante de Friedrich Müller. **Revista Eletrônica de Ciências Sociais Aplicadas**-ISSN 2176-5766, v. 4, n. 2, p. 57-74, 2016.

RIBEIRO, Cinthya Imano Vicente *et al.* **Privacidade digital das instituições bancárias**. Dissertação. São Paulo: PUC-SP, 2020.

RODRIGUEZ, José Rodrigo *et al.* O novo direito e desenvolvimento: entrevista com David Trubek. 2009. **Cadernos Direito FGV**, v.4 n.º 5: setembro 2007.

ROMAN, Flávio José. Normas Constitucionais de justiça social: incidência e eficácia no sistema financeiro. **Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central**, 2008, 2.2: 85

SALAMA, Bruno Meyerhof. A história do declínio e queda do eficientismo na obra de Richard Posner. In: LIMA, Maria Lúcia LM Pádua (Coord.). **Trinta anos de Brasil: diálogos entre direito e economia**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. Traduzido por Denise Bottmann, Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Editora Companhia das Letras, 2011.

SCHUMPETER, J. A. (1911). **Teoria do desenvolvimento econômico: uma investigação sobre lucros, capital, crédito, juro e o ciclo econômico**. São Paulo: Nova Cultural, 1997.

SILVA, Sheldon William *et al.* O Sistema Financeiro Nacional Brasileiro: Contexto, Estrutura e Evolução. **Revista da Universidade Vale do Rio Verde**, v. 14, n. 1, p. 1015-1029, 2016.

SOUTO, Gabriel Araújo. Cadastro Positivo: a solução para o combate à assimetria informacional no setor bancário brasileiro? **Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central**, [S.l.], v. 13, n. 1, p. 75-88, nov. 2019. ISSN 1982-9965. Disponível em: <<https://revistapgbc.bcb.gov.br/index.php/revista/article/view/1016>>. Acesso em: 22 jun. 2020.

SOUZA, Francisco de Assis Diego Santos, *et al.* **Regulação para a estabilidade econômico-financeira ou para o desenvolvimento social: a difícil missão dos Estados nacionais**. 2016. Dissertação. Repositório Institucional UFPB

TIMM, Luciano Benetti; DRUCK, Tatiana. A alienação fiduciária imobiliária em uma perspectiva de direito e economia. 2007. Universidade da Califórnia Berkeley. Disponível em: <https://escholarship.org/uc/item/8r96775p>. Acesso em 19 de novembro de 2020.

TOMAZ, Roberto Epifanio. Governança Transnacional. **Revista do Direito**, p. 142-163, 2013.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial v. 1 Teoria geral e direito societário**. 11 ed. São Paulo: Saraiva Educação SA, 2020.

VALENTE, Rita. **Microcrédito como instrumento de desenvolvimento econômico e social**. IPEA, 2002. Disponível em: http://portalfat.mte.gov.br/wp-content/uploads/2016/03/microcredito_instrumento_desenvolvimento_economico_social.pdf. Acesso em 19 de novembro de 2020.

VIEIRA, José Augusto Gomes; PEREIRA, Heider Felipe Silva; DO AMARAL PEREIRA, Wilton Ney. Histórico do Sistema Financeiro Nacional. **Revista Científica e-Locução**, v. 1, n.º 02, p. 17-17, 2012.

VILLA-VERDE FILHO, Erasto. **A função social do sistema financeiro nacional na Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Editora Cadernos EBAP nº 117, 2001.

YUNUS, Muhammad; WEBER, Karl. **Um mundo sem pobreza: a empresa social e o futuro do capitalismo**. São Paulo: Ática, 2008.

WADA, Ricardo Morishita. **A proteção do consumidor contra as práticas comerciais abusivas no código de defesa do consumidor: novo ensaio para sistematização e aplicação do direito do consumidor**. São Paulo: PUC-SP, 2016.

WINTER, Estéfano Luis De Sá. Sandbox regulatória e os desafios das fintechs. **Revista de Estudos Jurídicos UNA**, v. 5, n.º 1, p. 60-73, 2019.

ZIPPELIUS, Reinhold. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Editora Saraiva, 2012 (Série IDP – Linha direito comparado).

ANEXOS

ANEXO A

Quadro Resumo de elementos legais para a concretização do regime jurídico do crédito das micro e das pequenas empresas

Marcos	Ato legal/infralegal	Objeto
Estruturação SFN e BCB	Lei n.º 4.595/1964	Estrutura o SFN e cria o BCB. Recepcionada pela CF/88 como lei complementar.
PROER	MP n.º 1.179/1995 Resolução CMN 2.208/1995	Programa com a finalidade de recuperação das instituições financeiras privadas que estavam com problemas de liquidez, visando evitar crise sistêmica
PROES	MP n.º 1.514/1996	Programa com a finalidade de recuperação das instituições financeiras privadas que estavam com problemas de liquidez, visando evitar crise sistêmica
BASILÉIA	Resolução CMN n.º 2.099/1988	Acordo firmado entre países visando o estabelecimento de padrões mínimos de adequação de capital, com foco essencialmente em regras prudenciais das operações bancárias e interbancárias, especialmente voltadas para a análise e a mitigação do risco nas operações de crédito.
Cadastro Positivo	Lei n.º 12.414/2011 LC n.º 166/2019	Cadastro com dados do consumidor bancário que permite a utilização de informações acerca do histórico de crédito abrangendo adimplemento e inadimplemento de dívidas de pessoas naturais e jurídicas para a mais apurada mensuração do risco dos pretendentes a crédito junto ao SFN.
Lei da Concorrência	Lei n.º 12.529/2011	Criou o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) e o CADE, conhecida como “Lei Antitruste Brasileira”.
Memorando CADE/BCB	Ato Conjunto BCB/CADE n.º 01/2018	Memorando no qual BCB e CADE se comprometem a envidar os melhores esforços de cooperação e a estabelecer, de forma conjunta, regras específicas para a análise de processos administrativos de controle de atos de concentração com instituições financeiras e de apuração de infrações à ordem econômica envolvendo instituições supervisionadas pelo Banco Central do Brasil, tendo em vista o interesse público na segurança jurídica, na eficiência, na hígidez e na concorrência nos mercados regulados
<i>Fintechs</i>	Resolução CMN n.º 4.656/2018, Resolução CMN n.º 4.792/2020	Definidas normativamente como SCDs e SEPs são instituições autorizadas a realizar empréstimo e financiamento entre pessoas por meio de plataforma eletrônica sob a supervisão do BCB.
ESCs	LC n.º 167/2019	Empresas Simples de Crédito se destinam a oferecer crédito a micro e pequenas empresas, apenas com capital próprio e em limite restrito municipal. Não precisam de autorização para funcionar nem são supervisionadas do BCB.
<i>Open Banking</i>	Resolução Conjunta n.º 01/2020	Sistema de compartilhamento de dados do consumidor bancário, que pode autorizar o envio de seus dados com histórico de pagamentos e relacionamento bancário para outras instituições que pretendam realizar a oferta de serviços bancários mais vantajosos ao consumidor.
PIX	Resolução CMN n.º 4.781/2020	Sistema do Banco Central do Brasil, que permite a transferência de valores de forma imediata a qualquer hora do dia, qualquer dia. O formato de realização de transferências realizadas hoje por DOC e TED será extinto, sendo substituído pelo PIX.
Pronampe	Lei n.º 13.999/2020	Programa que oferece condições excepcionais de taxas de juros e prazo para micro e pequenas empresas, além de garantia de 100% por parte da União por meio do Fundo Garantidor de Operações (FGO) durante a pandemia do Covid-19.

Marcos	Ato legal/infralegal	Objeto
Programa Manutenção de Emprego e Renda	MP n.º 936/2020	Institui o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda; dispõe sobre medidas complementares para enfrentamento do estado de calamidade pública, durante a pandemia do Covid-19.
PESE	MP n.º 944/2020	Programa que visa a realização de operações de crédito com empresários, sociedades empresárias e sociedades cooperativas, durante a pandemia do Covid-19.
Facilitação do acesso ao crédito	MP n.º 958/2020 (Sem eficácia em razão da não apreciação pelo Poder Legislativo)	Estabelece normas para a facilitação do acesso ao crédito e mitigação dos impactos econômicos decorrentes da pandemia de coronavírus, durante a pandemia do Covid-19.
PEAC	MP n.º 975/2020	Programa que visa facilitar o acesso ao crédito a pequenas e médias empresas, durante a pandemia do Covid-19.
CGPE	MP n.º 992/2020 (Sem eficácia em razão da não apreciação pelo Poder Legislativo)	Programa com objetivo facilitar a concessão de crédito para capital de giro direcionado para empresas que tiveram receita bruta de até R\$ 300 milhões, abrangendo as micro, pequenas e médias empresas.

ANEXO B**Principais pontos acerca da Lei n.º 13.999/2020, que criou o Pronampe**

- 1) Destinado para as empresas com faturamento até R\$ 4,8 milhões com base no ano de 2019, abrangendo microempreendedores individuais, micro e pequenas empresas.
- 2) Linha de crédito de até 50% do seu capital social ou a até 30% da média de seu faturamento mensal apurado desde o início de suas atividades, o que for mais vantajoso.
- 3) Bancos operadores: até o presente momento, Caixa, Banco do Brasil e Itaú. Cooperativas e *fintechs* também podem ser operadores.
- 5) Responsáveis pelos recursos do programa: 100% da União, por meio de transferência de recursos do Tesouro Nacional ao Fundo Garantidor de Operações (FGO).
- 6) Volume de recursos a serem transferidos para servirem de garantia para as operações: R\$ 15,9 bilhões.
- 7) Banco do Brasil e Caixa devem remunerar o Tesouro Nacional pela Taxa Selic¹⁷⁹, enquanto não for emprestado e remunerado.
- 8) Contrapartida das microempresas é não rescindir, sem justa causa, o contrato de trabalho de seus empregados no período compreendido entre a data da contratação da linha de crédito e 60 dias após o recebimento da última parcela da linha de crédito.
- 9) Condições do Crédito: Taxa de juros de 1,25% ao ano acrescido da Taxa Selic e prazo de 36 meses.
- 10) Risco de Inadimplemento: 100% do Tesouro Nacional.
- 11) Para os empréstimos, as instituições financeiras estão autorizadas a dispensar:
 - a) Certidão de quitação da Relação Anual de Informações Sociais (RAIS) junto ao Ministério da Economia;
 - b) Comprovante de quitação eleitoral junto ao Tribunal Superior Eleitoral (TSE);
 - c) Certificado de regularização do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) dos empregados;
 - d) Certidão Negativa de Débitos com a Previdência junto ao Instituto Nacional de Seguridade Social – INSS;
 - e) Comprovação de recolhimento do Imposto sobre Propriedade Territorial Rural (ITR), caso seja proprietário de imóvel rural;
 - f) Consulta ao Cadastro Informativo de Créditos não Quitados do Setor Público Federal (Cadin).
- 12) Garantias: podem ser exigidas apenas garantias pessoais.
- 13) Exigência de rigor por parte das instituições financeiras concedentes do crédito na cobrança de créditos inadimplidos na mesma intensidade das demais operações de crédito, visando o efetivo ressarcimento ao FGO, e, sem seguida, ao Tesouro Nacional.
- 14) Poder Executivo regulamentou cadastramento das instituições financeiras e outros aspectos operacionais do programa.
- 15) Art. 13 da lei dá prerrogativa ao Poder Executivo para adotar o Pronampe como política pública permanente:

“adotar o Pronampe como política oficial de crédito de caráter permanente com tratamento diferenciado e favorecido, nas mesmas condições estabelecidas nesta Lei, com o objetivo de consolidar os pequenos negócios como agentes de sustentação, transformação e desenvolvimento da economia nacional.”.

¹⁷⁹ Taxa Selic é a “média das taxas de juros praticadas nas operações compromissadas de prazo de um dia útil com lastro em títulos públicos federais registrados no Selic, liquidadas no próprio Selic ou em sistemas operados por câmaras de compensação e de liquidação de ativos. O Comitê de Política Monetária (Copom) define a meta para a Taxa Selic e seu eventual viés. A taxa de juros fixada na reunião do Copom é a meta para a Taxa Selic, a qual vigora por todo o período entre reuniões ordinárias do Comitê. Se for o caso, o Copom também pode definir o viés, prerrogativa dada ao presidente do Banco Central para alterar, na direção do viés, a meta para a Taxa Selic a qualquer momento entre as reuniões ordinárias”. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/acesoinformacao/legado?url=https:%2F%2Fwww4.bcb.gov.br%2Fglossario.asp%3FDe%3D282%26idioma%3DP%26idpai%3DGLOSSARIO>

ANEXO C

Principais pontos acerca da Medida Provisória n.º 936/2020, que criou o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda

1. Aplicação do Programa: empregados com salário igual ou inferior a R\$3.135,00, ou portadores de diploma que percebam salário igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do RGPS. Para os empregados que ultrapassem o limite estabelecido, a aplicação do programa poderá ser definida por negociação coletiva.
2. Benefício Emergencial: será pago pela União para os casos de redução proporcional de jornada de trabalho e de salário e suspensão temporária do contrato de trabalho.
3. Base de Cálculo do Benefício Emergencial: terá por base o valor que o empregado teria direito do seguro-desemprego sendo observado o seguinte:
 - a) no caso de redução de jornada de trabalho e de salário, a base de cálculo será sobre o percentual da redução; e
 - b) no caso de suspensão temporária do contrato de trabalho, o valor mensal será equivalente 100% do valor do seguro-desemprego, ou o equivalente 70% do seguro-desemprego, sendo os outros 30% pagos pelas empresas com receita bruta anual de R\$ 4,8 milhões.
4. Redução de Jornada de Trabalho e Salário: poderá ser, dependendo do que acordarem individualmente empregado e empregador, de 25%, 50% e 70% por até 90 dias.
5. Suspensão Temporária do Contrato de Trabalho: poderá ser fracionado em até dois períodos de 30 dias. O empregado continuará a fazer jus aos benefícios concedidos pelo empregador e poderá recolher para o RGPS na qualidade de segurado facultativo.
6. Ajuda Compensatória: como a base de cálculo do benefício é o valor que o empregado teria direito do seguro-desemprego, o empregado poderá receber do empregador uma ajuda compensatória mensal, que terá natureza indenizatória.
7. Garantia Provisória do Emprego: enquanto durar a suspensão ou redução e depois por igual período.
8. Negociação Coletiva: acordo coletivo ou convenção coletiva poderão dispor sobre a redução de salário e jornada, com percentuais distintos a que dispõe a presente MP, ou suspensão do contrato de trabalho.
9. No caso de redução de jornada e salário por meio de negociação coletiva, o benefício será devido nos seguintes termos:
 - a) Sem percepção do Benefício Emergencial para a redução de jornada e de salário inferior 25%;
 - b) 25% sobre a base de cálculo do que o empregado teria direito do seguro-desemprego para a redução de jornada e de salário igual ou superior 25% e inferior 50%;

- c) 50% sobre a base de cálculo do que o empregado teria direito do seguro-desemprego para a redução de jornada e de salário igual ou superior a 50% e inferior a 70%; e
- d) 70% sobre a base de cálculo do que o empregado teria direito do seguro-desemprego para a redução de jornada e de salário superior a 70%.

10. Valores – Suspensão do Contrato de Trabalho: por até 60 dias, podendo ser em até duas parcelas de 30 dias cada parcela.

– Hipótese padrão: funcionário tem direito a 100% do salário desemprego a que teria direito, conforme Tabela 1 a seguir;

– Hipótese de empregado de empresa que tiver auferido, no ano-calendário de 2019, receita bruta superior a R\$ 4.800.000,00: empregado tem direito a 70% do salário desemprego a que teria direito, conforme Tabela 1 a seguir, mais 30% do salário do empregado, a título de “ajuda compensatória mensal”;

Valores do seguro-desemprego em 2020

Faixas de salário médio	Valor da parcela
Até R\$ 1.599,61	Multiplica-se o salário médio por 0,80 (80%)
De R\$ 1.599,62 a R\$ 2.666,29	O que exceder R\$ 1.599,61 multiplica-se por 0,5 (50%) e soma-se R\$ 1.279,69
Acima de R\$ 2.666,29	Parcela será de R\$ 1.813,03 invariavelmente

Secretaria Especial de Previdência e Trabalho

11. Ajuda compensatória mensal: se refere à parcela de 30% do salário do empregado que tiver seu contrato de salário suspenso de empresa receita bruta superior a R\$ 4.800.000,00, em 2019.

Sobre a ajuda compensatória mensal cabe ressaltar:

- a) deverá ter o valor definido no acordo individual pactuado ou em negociação coletiva;
- b) terá natureza indenizatória;
- c) não integrará a base de cálculo do imposto sobre a renda retido na fonte ou da declaração de ajuste anual do imposto sobre a renda da pessoa física do empregado;
- d) não integrará a base de cálculo da contribuição previdenciária e dos demais tributos incidentes sobre a folha de salários;
- e) não integrará a base de cálculo do valor devido ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), instituído pela Lei n.º 8.036, de 11 de maio de 1990, e pela Lei Complementar n.º 150, de 1º de junho de 2015; e

f) poderá ser excluída do lucro líquido para fins de determinação do imposto sobre a renda da pessoa jurídica e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido das pessoas jurídicas tributadas pelo lucro real.

12. Durante a suspensão do contrato de trabalho, o empregador poderá oferecer ao empregado curso de qualificação (não presencial) e terá duração não inferior a um mês e nem superior a três meses; as negociações coletivas poderão ocorrer de forma virtual e terão seus prazos reduzidos pela metade. O empregado intermitente fará jus ao auxílio emergencial de R\$600,00 pelo período de 3 meses.

ANEXO D

**Principais pontos acerca da Medida Provisória n.º 944/2020, que criou o
Programa Emergencial de Suporte a Empregos**

1. Determina que cabe às instituições financeiras participantes do Programa assegurar a aplicação dos recursos emprestados no processamento das folhas de pagamento dos contratantes.
2. Estabelece o percentual de participação da União (85%) e das instituições financeiras (15%) na composição do fundo garantidor e no risco de inadimplemento das operações de crédito realizadas no âmbito do programa.
3. Dispõe sobre as condições (data limite para contratação das operações, taxas de juros, prazo de amortização, carência) das operações de crédito a serem contratadas;
4. Trata sobre políticas de crédito que poderão ser utilizadas pelas instituições financeiras participantes do programa e sobre a dispensa de condicionantes estabelecidas em diversas legislações para a contratação de operações de crédito em instituições financeiras públicas.
5. Estabelece os procedimentos a serem adotados pelas instituições financeiras participantes do programa e pelo BNDES, na hipótese de inadimplemento do contratante.
6. Dispõe, ainda, sobre a obrigatoriedade de as instituições financeiras NT n.º 28/2019 – Medida Provisória n.º 893, de 19 de agosto de 2019, realizarem leilões dos créditos remanescentes e sobre o destino dos créditos lastreados com recursos públicos que porventura não tenham sido alienados nos leilões.
7. Autoriza a transferência de R\$ 34 bilhões (trinta e quatro bilhões de reais) do Tesouro Nacional ao BNDES, a serem utilizados para a concessão de crédito no âmbito do Programa. Trata, ainda, da titularidade (da União) desses recursos.
8. Estabelece as condições e as obrigações do BNDES para o exercício do papel de agente financeiro da União no âmbito do Programa Emergencial de Suporte a Empregos.
9. Estabelece que, no âmbito do Programa, não haverá cláusula "del credere"¹⁸⁰ e nem remuneração às instituições financeiras participantes.
10. Determina que o BNDES não se responsabilizará pela solvabilidade das instituições financeiras participantes nem pela sua atuação na realização das operações de crédito.
11. Trata da sub-rogação de direitos para a União no caso de falência, liquidação extrajudicial ou intervenção em instituição financeira participante do Programa.
12. Determina que os recursos provenientes do retorno dos empréstimos à União deverão ser aplicados no pagamento da dívida pública federal.

¹⁸⁰ A cláusula "del credere" corresponde ao instituto ou previsão de a parte contratante ou representada descontar os valores de comissões ou vendas do representante comercial na hipótese de a venda ou transação ser cancelada ou desfeita.

13. Por fim, atribuem ao Banco Central do Brasil e ao Conselho Monetário Nacional competência para fiscalizar e para disciplinar a operacionalização das instituições financeiras participantes do PESE.

ANEXO E

**Principais pontos acerca da Medida Provisória n.º 975/2020, que criou o
Programa Emergencial de Acesso a Crédito**

- i) Cria o Programa Emergencial de Crédito para Pequenas e Médias Empresas (Peac-FGI) que facilita o acesso ao crédito a tal segmento empresarial visando minimizar os efeitos econômicos da pandemia.
- ii) Estabelece que a União deve fazer aporte de R\$20 bilhões ao Fundo Garantidor para Investimentos (FGI), administrado pelo BNDES, para oferecer garantia de 30% do valor das operações de crédito no âmbito desse Programa.
- iii) O aporte desses recursos será feito em parcelas de R\$ 5 bilhões, que serão realizadas na medida em que a cobertura de inadimplência das operações de crédito atinja 85% do anteriormente aportado.
- iv) Caso parte dos R\$ 20 bilhões não tenham sido necessários, até 31 de dezembro de 2020, será então devolvida à União, após parecer de auditoria independente. E, a partir de 2022, os valores aportados pela União que tenham sido recuperados por pagamento do devedor passam a ser devolvidos à União ao final de cada exercício, anualmente.
- v) Para se enquadrar no Programa, a operação de crédito deve ser contratada até 31 de dezembro de 2020 e terá carência de 6 a 12 meses para o pagamento da primeira parcela. O prazo total de pagamento da operação pode variar de 12 a 60 meses, com taxa de juros definida pelo regulamento do programa.
- vi) Além das empresas mencionadas, poderão se enquadrar no Programa as associações, as fundações de direito privado e as cooperativas, exceto as sociedades de crédito.
- vii) A medida proíbe que as instituições concedentes dos créditos:
 - retenham recursos da garantia para liquidar débitos anteriores do cliente;
 - exijam no contrato o cumprimento de obrigações perante a instituição;
 - condicionem a realização da operação de crédito no âmbito do Programa à compra de outro produto ou serviço;
 - exijam garantia real ou pessoal.
- viii) No entanto, a MP permite que a instituição exija cláusula prevendo obrigação solidária de sócio.
- ix) As regras de recuperação de crédito seguem os critérios da mencionada Lei n.º 13.999/2020, que criou o Pronampe.
- x) As instituições concedentes do crédito não poderão interromper ou negligenciar o acompanhamento dos procedimentos de recuperação dos créditos não pagos.
- xi) A instituição terá até 18 meses para leiloar os direitos creditórios referentes aos valores honrados pelo fundo garantidos e não recuperados, contados do pagamento da última parcela do empréstimo.

- xii) No caso de um segundo leilão para direitos creditórios não arrematados no primeiro, a venda poderá ser feita a quem oferecer o maior lance, independentemente do valor da avaliação.
- xiii) Nesses leilões, empresas especializadas em cobrança oferecem um deságio do título representativo da dívida para ficar com o direito de cobrar o devedor.
- xiv) A Medida permite que a recuperação de créditos seja realizada por terceiros contratados pelas instituições concedentes dos créditos ou pelos gestores dos fundos.
- xv) Para recuperação dos créditos podem ser adotados os procedimentos de renegociação com alongamento dos prazos para pagamento, a cessão ou o leilão dos direitos creditórios e a securitização das carteiras.
- xvi) A Medida altera de 85% para 100% o limite de garantia do Fundo Garantidor de Operações (FGO) para as operações de empréstimos a micro e pequenas empresas, sendo que o limite de 85% permanece para o valor total da carteira.
- xvii) A Medida também inclui como beneficiárias do Pronampe as associações, as fundações de direito privado e as cooperativas, excluídas as cooperativas de crédito, se houver disponibilidade de recursos.
- xviii) As instituições que concederem empréstimos no âmbito do Pronampe não precisarão integralizar cotas ao fundo.
- xix) A Medida cria o Conselho de Participação em Operações de Crédito Educativo, a ter sua composição e suas competências regulamentadas por meio de decreto do Poder Executivo.
- xx) A Lei n.º 12.087/2009, que trata de incentivo à exportação, autoriza a União a oferecer garantias, no limite de R\$ 4 bilhões, em empréstimos a empresas de qualquer porte de "setores estratégicos para a política industrial e tecnológica". A Câmara dos Deputados aprovou relatório inserindo dispositivo na lei ampliando o oferecimento de garantia da União para qualquer "setor de interesse da economia nacional";
- xxi) O relatório aprovado na Câmara dos Deputados também inseriu dispositivos na lei da MP criando o **Programa Peac-Maquinhas destinado a microempreendedores individuais (MEI), microempresas e empresas de pequeno porte realizarem operações de créditos com base no valor de suas vendas realizadas por meio de cartão de crédito e outros meios de pagamento eletrônico.**
- xxii) Assim como o Peac-FGI, que tem as seguintes características:
- (1) os empréstimos devem ser contratados até 31 de dezembro de 2020. A taxa de juros dessa modalidade será de até 6% ao ano, e o prazo será de 36 meses, com carência de seis meses para pagar a primeira parcela.

- (2) O valor do crédito será limitado ao dobro da média mensal das vendas feitas por maquininhas entre 1º de março de 2019 e 29 de fevereiro de 2020, excluindo-se os meses sem vendas (valor zero de faturamento por maquininhas), e a até R\$ 50 mil.
- (3) A garantia dada no empréstimo com base nas vendas futuras deve ser de 8% desses valores.
- (4) Somente poderão ser retidos os valores das vendas realizadas após o fim da carência, e o pagamento das parcelas deverá acontecer por meio do sistema de compensação e liquidação vinculado a essas máquinas de pagamento.
- (5) Caso os valores retidos das vendas futuras não sejam suficientes para pagar as parcelas, a instituição financeira poderá debitar a diferença diretamente da conta dos contratantes.
- (6) Assim como no Peac-FGI, a medida proíbe que as instituições concedentes dos créditos:
 - retenham recursos da garantia para liquidar débitos anteriores do cliente;
 - exijam no contrato o cumprimento de obrigações perante a instituição;
 - condicionem a realização da operação de crédito no âmbito do Programa à compra de outro produto ou serviço;
 - exijam garantia real ou pessoal

xxiii) No entanto, a MP permite, também como no Peac-FGI, que a instituição exija cláusula prevendo obrigação solidária de sócio.

xxiv) As empresas que contratarem essa linha de crédito estarão isentas de tarifas, encargos ou emolumentos.

xxv) A Medida autoriza a transferência de até R\$ 10 bilhões da União, conforme demanda desse Programa.

xxvi) As receitas obtidas pela União com o retorno dos valores dos empréstimos deverão ser usadas para pagar a dívida pública federal.

xxvii) Em todos os Programas previstos na MP, as instituições concedentes de crédito devem seguir suas políticas de crédito, considerando informações e registros relativos aos seis meses anteriores à contratação constantes de sistemas de proteção ao crédito ou de sistemas mantidos pelo Banco Central.

xxviii) A Receita Federal poderá ser consultada para verificar o enquadramento do **tamanho da empresa tomadora do crédito**.

ANEXO F

Síntese do Seminário Acadêmico de 15 de maio de 2020

O evento fora realizado, em 15 de maio de 2020, dedicado exclusivamente a discutir questões atinentes ao regime jurídico e aspectos operacionais concernentes ao acesso ao crédito para micro e pequenas empresas, e contou como participantes o diretor técnico do SEBRAE Nacional, Dr. Bruno Quick; o Senador Jorginho Mello, presidente da Frente Parlamentar Mista da Micro e Pequena Empresa, que se fez representar por seu assessor legislativo Dr. Henrique Junqueira; o professor doutor Ricardo Morishita Wada, Coordenador do Mestrado Profissional em Direito do IDP; o professor doutor Marlon Tomazette do IDP; o professor doutor Edson Alvisi da UFF, Coordenador do Doutorado em Direito, Instituições e Negócios da Universidade Federal Fluminense (UFF); o professor doutor Plínio Lacerda da UFF; e o presente pesquisador mestrando em Direito pelo IDP.

Na oportunidade, foram registradas reflexões relevantes acerca do cenário atual, principais obstáculos operacionais, legais e regulatórios, além de demandas de aperfeiçoamento do ordenamento jurídico pátrio pelos micro e pequenos empreendedores.

Em relato acerca da situação do crescimento das ESC e de seu volume de ativos e operações, completado o primeiro ano de vigência da nova figura jurídica, o Dr. Henrique Junqueira trouxe a informação de que se encontravam naquele momento em funcionamento 658 empresas simples de crédito, com ativos e operações em volume de cerca de R\$ 298 milhões.

Com a perspectiva do legislador ainda foi expressa a intenção de fazer aperfeiçoamentos na legislação que torne cada vez mais “pessoais”, próximo, o relacionamento da concedente e do tomador do crédito microempreendedor, visando à redução de assimetria de informações anteriormente mencionada como um dos principais obstáculos do acesso ao crédito.

Assim como a assimetria de informações, outro obstáculo comum para o acesso ao crédito foi também mencionado pelo representante do Legislativo, a dificuldade de o microempreendedor oferecer garantias reais para as instituições cedentes do crédito.

Por sua vez, Dr. Bruno Quick asseverou que “a pandemia intensifica as cores de nossos problemas”, fazendo menção ao agravamento da dificuldade das micro e pequenas empresas acessarem o crédito.

O representante do SEBRAE ainda trouxe dados informando que as micro e pequenas empresas têm, em média, caixa disponível para sobreviver em momentos de crise com atividade reduzida ou interrompida de apenas uma semana a um mês, dados próximos aos expostos pelo estudo realizado pelo Banco Mundial, que menciona cerca de 21 dias de disponibilidade financeiras para tal segmento de empresas.

O diretor técnico do SEBRAE traz a perspectiva de que o problema não é a falta de recursos financeiros disponíveis pelo sistema financeiro, mas, sim, a assimetria de informações, problemas estruturais dos pequenos negócios como restrições formais ao crédito em cadastros de inadimplentes, sistemas artesanais de gestão financeira, ausência de planejamento e dificuldades de sanar dúvidas acerca dos instrumentos de crédito disponíveis.

Como resultados de pesquisa realizada pelo SEBRAE, Dr. Bruno Quick trouxe a informação de que 30% das micro e pequenas empresas que demandaram crédito conseguiram contratar com o sistema cooperativo, com cooperativas de crédito; já o percentual dos que demandaram crédito ao sistema bancário e obtiveram sucesso é de apenas 10%.

O mencionado estudo do SEBRAE ainda informa que 33% dos microempreendedores se encontram com dívidas em atraso; 59% precisam de crédito para não interromper suas atividades; 38% demandaram por crédito, restante nem procurou por acreditar que não conseguiriam o acesso; apenas 5% do total de micro e pequenas empresas efetivamente conseguiram crédito; 63% dos que buscam empréstimos o fazem em bancos públicos, 57% buscam também nos bancos privados e apenas 10% em cooperativas de crédito.

Acerca dos principais motivos para as instituições negarem o acesso ao crédito ou para as operações não serem realizadas, o SEBRAE levantou que 21% são negados em razão da empresa estar com seu nome registrado em central de dados de crédito inadimplente; 15% não foram oferecidas as garantias exigidas; e, por fim, 16% dos empresários desistiram da contratação em razão das elevadas taxas de juros e o receio de não ter capacidade de honrar com os pagamentos das prestações.

Ao final, ainda foram relacionadas as principais demandas dos microempreendedores no que se refere ao crédito bancário. Conforme tal pesquisa do setor, 61% dos empresários demandam por empréstimos sem juros, mencionando o exemplo dos Estados Unidos, que direcionou recursos a fundo perdido para seus microempreendedores em razão da pandemia; 51% demandam auxílio para a subsistência do empresário e sua família; 48% pretendem aumento das linhas de crédito; e, por fim, 33% mencionam a necessidade de redução das taxas de juros do crédito bancário.

Acerca do valor do crédito demandado pelos microempreendedores, a pesquisa apurou que mais da metade dos negócios precisam de crédito em valor inferior a R\$ 10 mil para não interromperem suas atividades.

Também foi registrado pelo representante do SEBRAE que as ESCs buscam o aperfeiçoamento da concorrência para a concessão do crédito bancário, assim como as *fintechs*

e as instituições de pagamentos, que trazem novos instrumentos de tecnologia que melhoram o acesso por parte dos usuários de serviços bancários, especialmente o crédito.

Enfatiza também que os marcos regulatórios de hoje não são compatíveis com as novas tecnologias e soluções demandadas pela sociedade, especialmente no que se refere às atividades das micro e pequenas empresas, reforçando a importância do Direito e de seus operadores na busca e na efetivação de soluções para tais problemáticas.

O autor reforça a necessidade de o direito e o ordenamento jurídico serem produto de uma análise crítica conjunta multidisciplinar em escala global e de forma descentralizada. Assim, questões aparentemente menos complexas são solucionadas com visões de diversas fontes de ciência.

Por fim, após tais reflexões, o representante do SEBRAE exemplifica e sugere que cadastro, garantias, o que pode ou não ser utilizado como garantias como estoques e recebíveis, devem ser objeto de regulação.

O professor doutor Ricardo Morishita Wada trouxe a lição de Jeremy Waldron acerca da importância do processo legislativo, no qual ocorre a pactuação dos agentes atingidos pela lei, como forma de ressaltar a importância de observarmos o que fora discutido e deliberado no âmbito do processo legislativo para melhor compreendermos os elementos essenciais utilizados para a concretização normativa.

E sobre a participação popular no processo legislativo, relevante lembrar Müller: “Enquanto o povo dispuser apenas da iniciativa de legislar e a oligarquia política lidar com ela a seu bel-prazer, ou enquanto o povo puder votar apenas em referendos sobre anteprojetos previamente formulados pela elite política, ele permanecerá na posição de esfera pública fraca.”.

Dessa forma, o processo legislativo participativo, mediante a presença de todos realmente atingidos, pela concreção da norma leva os representantes eleitos a elaborarem textos que refletem as reais demandas de quem os legitimou.

Acerca especificamente das ESCs, o professor traz questionamentos acerca da efetiva atuação desse novo instrumento de crédito, como se as taxas de juros estão nos níveis esperados pelo legislador e pelos microempreendedores.

Tal questão é então solucionada pelo representante do SEBRAE que traz a informação de que a taxa média de juros era de cerca de 3,9% ao mês, mas que passou a 4,66% ao mês, após o início da pandemia, e que a expectativa dos microempreendedores tem sido de que as taxas de juros contratadas com as ESCs sejam reduzidas na medida em que seja ampliado o número dessas empresas atuantes no mercado.

O professor doutor Marlon Tomazette concorda que as ESCs irão funcionar melhor quando estiverem atuando em número maior, podendo oferecer um caminho alternativo de crédito saudável aos microempreendedores, inclusive ressaltando que não há atividade empresarial que se desenvolva sem o crédito, de forma que é importante assegurar o acesso a quem demanda e a segurança para quem concede.

Acerca do aspecto abordado anteriormente sobre a possibilidade de os proprietários de ESCs serem também donos de outras empresas, o professor Tomazette reforçou seu posicionamento exarado e transcrito anteriormente extraído de sua obra acerca do Direito Empresarial, no qual opina no sentido de acreditar ser saudável oferecer tal prerrogativa ao sócio da ESC, e que é também corroborada por TEIXEIRA:

Quanto à possibilidade de uma pessoa jurídica ser titular de EIRELI, a previsão do art. 980-A dá margem a dupla interpretação. Pode-se depreender de que seria possível uma pessoa jurídica ser titular de uma ou mais EIRELIs; ou que não seria admissível uma pessoa jurídica ser titular de EIRELI, o que por sinal está previsto na Instrução Normativa do DREI n. 10/2013 (Anexo 5, item 1.2.11). Tal disposição é muito questionável juridicamente, pois a função do DREI é regulamentar a lei e não a de legislar na omissão dela. Permanecendo esta segunda opção, as Juntas Comerciais deverão segui-la, por ser a posição do DREI, órgão hierarquicamente superior às Juntas. Mas vale ressaltar que a intenção da Lei n. 12.441/2011 foi a de tentar regularizar situações fáticas de atividades empresariais, como a das sociedades de fachada. A redação original do Projeto de Lei n. 4.605/2009, que deu ensejo à criação da EIRELI, previa a criação por uma “única pessoa natural”, mas a palavra “natural” foi suprimida da redação durante o trâmite legislativo. Ainda, vale ter em conta que, mantendo esta tese, as sociedades estrangeiras, que até então precisam ter ao menos um sócio minoritário brasileiro, não poderão constituir EIRELI. Contudo, apesar de não ter sido a vontade do legislador, no silêncio da norma jurídica de caráter privado, entendemos que é possível uma pessoa jurídica ser titular de EIRELI (e até mais de uma), sendo que, se o Código Civil não restringiu tal possibilidade, não cabe ao DREI realizá-la. (grifo nosso)

Assim, a questão fica em tese resolvida por meio de Enunciado da Jornada de Direito Comercial, Instrução Normativa do DREI, jurisprudência e doutrina, restando apenas o silêncio da legislação.

Acerca das garantias, a solução vislumbrada pelo professor é o estabelecimento de novas regras que permitam o recebimento mais rápido por parte da concedente do crédito inadimplido, lembrando que há, nos dias atuais, a verificação de uma “crise de satisfação dos processos judiciais”, que não conseguem fazer com que os credores recebam o que deveriam receber. Por fim, ressalta que problemas de crédito já existem há muito tempo, e que o Estado deve implantar políticas públicas que visem evitar ao máximo a falência de empresas, que geram redução na arrecadação de tributos, redução de empregos, e aumento de problemas para consumidores e sociedade como um todo.

O professor doutor Edson Alvisi lembrou que a forte concentração do sistema financeiro bancário resulta em altas taxas de juros. Assim, argumenta que o processo legislativo

deve visualizar o fato de que o modelo de crédito para os microempreendedores seja totalmente apartado do modelo tradicional, nos moldes do crédito social.

A questão do crédito social nos remete à discussão acerca da restrição de um direito constitucional fundamental em detrimento de um interesse social, como a restrição ao direito da livre iniciativa das concedentes de crédito utilizando-se dos critérios que entenderem mais conveniente em detrimento do interesse social da concessão de crédito social a microempreendedores. Neste sentido, nos ensina Abboud:

Outrossim, restrição dos direitos fundamentais ode estar constitucionalmente autorizada e fundamentada em interesse social, mas não no interesse público. Isso ocorre porque a decretação do “interesse público” é um ato arbitrário do Estado que, como um Midas, coloca o selo de “público” em tudo o que toca. Ou seja, do ponto de vista prático, seria complicado conseguir demonstrar que determinada restrição não atende ao interesse público contra justamente o instituidor e o principal beneficiário da restrição. Ao contrário, o interesse social demanda justificativa exaustiva por parte do Poder Público quando determinar a restrição a algum direito fundamental, haja vista eu terei que demonstrar, pormenorizadamente, quais os direitos fundamentais que serão beneficiados com a medida e qual o dispositivo constitucional autorizativo da referida restrição.

O autor nos remete a fatos atualmente vivenciados quando instituições financeiras bancárias são utilizadas como operadores de crédito sem benefício financeiro algum em detrimento do interesse social, e, mediante a justificativa utilizada, não houve nem há questionamento de ordem jurídica constitucional ou legal.

O professor ressalta ainda aspecto abordado anteriormente neste trabalho relativo à relação do desempregado que é levado a ser microempreendedor em razão da impossibilidade de retomar ao mercado na condição de trabalhador formal.

Por fim, é sugerido pelo professor a criação de um fundo específico para o momento pós pandemia, nos moldes do fundo criado pelos países integrantes da União Europeia, no qual recursos foram aportados equivalentes a cerca de R\$ 4,6 trilhões, visando o oferecimento de subsídios e de crédito a microempreendedores.

O professor doutor Plínio Lacerda trouxe nova perspectiva para o microempreendedor no que se refere ao direito do consumidor, no qual enfrenta a questão de que a micro e a pequena empresa devem ter compromisso com a redução das demandas do consumidor, especialmente no que se refere às reclamações reincidentes no Procon e no *site* governamental “consumidor.gov”.

Finalizando a discussão, o diretor técnico do SEBRAE, Bruno Quick, abordou a perspectiva de que o crédito tem a função preponderante de auxiliar investimentos, expansão e reinvestimentos, e não deveria ser utilizado para imprevistos, para tragédias ou para o

enfrentamento de crises, que devem ser superadas por meio da utilização de poupança. No entanto, é notório que o microempreendedor, de forma geral, não dispõe de poupança.

E, ainda, por último, o Dr. Henrique Junqueira reforça os números trazidos anteriormente que 55% dos postos formais de emprego são gerados pelos microempreendedores individuais, micro e pequenas empresas, os quais correspondem a cerca de 90% do total de empresas do País.

O resultado das discussões e reflexões do legislador, do microempreendedor e da academia é que trazem visões, dados e informações convergentes e consistentes fundada em pesquisas e em discussões com os agentes envolvidos no processo legislativo e no destinatário final da norma, o tomador de crédito microempreendedor.

A visão do cerne da questão do crédito reside em ambas as perspectivas em alguns pontos relatados em comum, a necessidade de aperfeiçoamento da legislação e da regulação no sentido de reger de forma mais adequada as garantias; as condições de contratação, como taxas de juros e prazo; as regras que favoreçam à ampliação da concorrência entre os cedentes de crédito e mecanismos de redução da assimetria de informações.

Outro ponto comum e crucial é a constatação da mudança de paradigma enfrentado com a pandemia mundial e a crise econômica vinda em consequência, que acentuou os problemas e mostrou a deficiência do sistema de crédito existente anteriormente, sem previsão legal expressa com endereçamento específico para o acesso ao crédito por parte do segmento das micro e pequenas empresas.

ANEXO G

Síntese do 2º Seminário de Acesso ao Crédito pelas Micro e Pequenas Empresas promovido pelo IDP, em 30/10/2020, no âmbito desta pesquisa

Participaram desse evento acadêmico, a Subsecretária de Desenvolvimento das Micro e das Pequenas Empresas, Empreendedorismos e Artesanato – Sempe do Ministério da Economia, Antônia Tallarida Serra Martins; o Chefe do Departamento de Monitoramento do SFN – Design do BCB Gilneu Francisco Astolfi Vivan; o Analista Técnico do Sebrae Gilvanni Beviláqua; o Gerente Nacional de Microfinanças da Caixa Sidney Daniel Rodrigues; Chefe do Departamento de Clientes e Relacionamento Institucional do BNDES, Tiago Peroba; Henrique Junqueira, Assessor do Senador Jorginho Mello, autor do projeto de lei que criou o Pronampe e presidente da Frente Parlamentar Mista das Micro e Pequenas Empresas; o professor do IDP Ricardo Morishita Wada; e o professor e coordenador do Doutorado em Direito, Instituições e Negócios da UFF, Edson Alvisi.

Aos palestrantes foi solicitado que respondessem aos seguintes questionamentos:

- “1. As alterações legislativas realizadas após a decretação de calamidade pública foram efetivas para o aumento do acesso ao crédito para as MPEs? Todas ou apenas algumas? Caso entenda que apenas algumas alterações foram efetivas, poderia dizer quais são?
2. Caso entenda que todas ou algumas alterações legislativas foram efetivas para o aumento do acesso ao crédito pelas MPEs, entende que tais medidas deveriam ser mantidas após o período de calamidade pública? Se sim, todas ou algumas? Se algumas, pode dizer quais?
3. Além das referidas alterações legislativas, quais outras alterações legislativas mais entende serem possíveis e desejáveis?”

Em resumo às respostas dos questionamentos aos participantes podemos inferir principalmente que as micro e as pequenas empresas, historicamente, não têm o acesso ao crédito desejado pelos empresários do segmento.

Tallarida afirmou que as dificuldades do acesso ao crédito pelas MPEs é problema antigo e também que os principais problemas são a assimetria de informações e a concessão de garantias reais. Ele relatou, então, que o governo estava elaborando, antes da pandemia, projeto de regulamentação do sistema nacional de garantias, previsto no art. 60-A da Lei Complementar n.º 123/2006; e projeto de criação de sistema para envio de dados da Receita Federal do Brasil (RFB) para as instituições financeiras, ambos visando a melhoria do acesso ao crédito pelas MPEs.

No entanto, com a crise provocada pela pandemia, foi necessária a concentração de esforços na capitalização de fundos garantidores, dos quais a União já era cotista, para garantir as operações com as micro e as pequenas empresas.

PESE, Pronampe e Peac-FGI, mencionados anteriormente, foram responsáveis por cerca de R\$ 50 bilhões em operações de crédito para o segmento dos pequenos negócios.

Tallarida registrou, ainda, que as operações com tais garantias podem ser realizadas apenas até 31 de dezembro de 2021, quando encerra o estado de calamidade, e que, para novas

operações ou para a prorrogação de tais programas com recursos da União, seria necessária a edição de novas medidas provisórias de crédito extraordinário, prevendo orçamento para tanto, o que não tem sido considerado, tendo em vista o estado crítico das contas públicas.

Para o período pós-pandemia, Tallarida entende que deve ser retomado o projeto de regulamentação do sistema nacional de garantias e estabelecido como procedimento permanente a carta da RFB para empresários com informações acerca de seus respectivos faturamentos, de forma a permitir às instituições financeiras terem informação fidedigna para a melhor análise de crédito das empresas.

Beviláqua afirmou que estudos do Sebrae mostram que o faturamento das MPEs chegou a cair cerca de 70% em abril de 2020, em razão da pandemia, sendo observada relativa melhora em outubro do mesmo ano, quando 80% das empresas do segmento registraram melhora, mas com faturamento ainda 40% menor do que no período anterior à pandemia.

Ele registrou que, desde 2012, apenas de 15 a 20% das MPEs têm acesso ao crédito bancário, demonstrando estabilidade na concessão desse crédito, tanto no que se refere à proporção da concessão quanto na quantidade de tomadores.

No entanto, comparando-se o primeiro semestre de 2020 com o mesmo período de 2019, o aumento foi de cerca de 32%.

Beviláqua afirmou que a avaliação de risco é o principal desafio, e que o risco das MPEs é realmente maior do que os demais portes de empresas, mas que isso se deve ao fato de que a assimetria de informações das micro e das pequenas empresas é maior.

Vivan trouxe informações de que os anos de 2015 a 2017 foram muito ruins para o crédito às MPEs, e que a pandemia chegou em um momento de retomada desse crédito, sinalizado pelo crescimento de 10% em 2019.

Ele asseverou, ainda, que dos R\$ 51 bilhões de créditos concedidos em 2020 para as MPEs, R\$ 48 bilhões foram originados pelos programas anteriormente mencionados. Vivan, lembrou que, além da concessão de crédito ocorreram também diversas prorrogações no pagamento de parcelas de operações em andamento, o que também traz benefícios imediatos ao fluxo financeiro das empresas.

Vivan afirmou que os dados recebidos pelo BCB, enviados pelas instituições financeiras, demonstram que as operações foram realizadas com os clientes que ofereciam menor risco, mesmo com a garantia da União.

Por fim, ele entende que um caminho interessante é o incentivo às cooperativas de crédito, as quais são responsáveis por menos de 5% do crédito total, e cerca de 20% dos créditos

às MPEs, que, quando observado para capital de giro e aquisição de bens chega em 25%, a média nacional, e, em alguns estados, a 50%.

Vivan ressalta que as cooperativas têm o menor percentual de ativo problemático do SFN para as MPEs.

Quanto ao que deve ser mantido, o especialista entende que é relevante o alinhamento de incentivos cada vez maior de todos agentes envolvidos, tomadores e geradores do crédito e provedores dos recursos; a instituição de modelos de melhoria das garantias, deixando a decisão quanto ao risco com os bancos; e a instituição de benefícios diretos ao empresários, a exemplo do que ocorre atualmente com as debêntures incentivadas, as quais não representam solução viável para as MPEs, em razão de seu alto custo, mas poderia ser pensado algo com a mesma ideia.

Por fim, Vivan sugere que seja estudado o modelo no sentido de oferecer benefício tributário ao micro e ao pequeno empresário em razão dos juros pagos em empréstimos bancários, nos moldes do anteriormente mencionado CGPE, que garantia às instituições financeiras o pagamento pela União de seus créditos tributários à medida em que forem oferecidos por elas crédito às micro e às pequenas empresas.

Peroba ressaltou a relevância do trabalho integrado entre os agentes de governo, administração indireta e parceiros privados no desenho e na implementação dos programas. Ele destacou a atuação do BNDES como agente fundamental na viabilização de tais programas, que representam hoje mais de 50% de seus desembolsos.

O debatedor consignou que as MPEs sofrem mais com as oscilações dos ciclos econômicos, mas que, em 2020, foram concedidos, até o momento, cerca de R\$ 8 bilhões em operações de capital de giro, enquanto que, em todo ano de 2019, foram concedido R\$ 1,4 bilhões.

Por fim, Peroba acredita que o programa Peac-maquinhas poderia ser reconfigurado e mantido, tendo em vista os benefícios verificados para os pequenos negócios.

O professor Alvisi lembrou que a pandemia piorou o problema já existente de acesso ao crédito pelas MPEs, e que o esforço de retomada deve ser ainda maior, devendo ser segmentadas as políticas das micro e das pequenas empresas, de forma a atender de forma mais específica cada porte.

Ele entende que deve ser pensado em subsídio direto às empresas, e que o sistema de garantias funciona até determinado ponto, e traz como exemplo o dado demonstrando que 80% dos problemas das empresas, em regime de recuperação judicial, estão concentrados nos recebíveis.

Rodrigues trouxe a informação de que as operações com propósito inicial de capital de giro, em razão da carência e dos prazos oferecidos pelos mencionados programas, proporcionaram a aquisição de equipamentos e outras operações de reinvestimento.

Ele registrou que o acesso é fator mais determinante do que as condições do crédito, e trouxe exemplos nesse sentido.

Rodrigues lembrou que a modelagem de risco é baseada na receita, a qual caiu drasticamente na pandemia, prejudicando ainda mais a análise de crédito das MPEs no período pós pandemia, e que a informação da RFB às instituições financeiras tem sido fundamental para o melhor andamento dos processos de análise de crédito.

Como propostas de estudos para o período pós-pandemia, Rodrigues sugere a unificação de dados cadastrais, o maior compartilhamento de informações, a reutilização de recursos públicos em menor proporção com garantias, em percentuais menores e decrescentes de 50% a menos, e, por fim, a instituição do crédito assistido como prática comum e necessária.

Junqueira trouxe as particularidades e principais obstáculos do processo legislativo na tramitação das propostas dos programas de acesso ao crédito para as micro e as pequenas empresas e também para os programas futuros e para a continuidade do Pronampe, após o estado de calamidade.

Ele lembrou que o Pronampe era destinado, originalmente, apenas às microempresas, mas que, no processo legislativo, foi incorporado o porte das pequenas empresas, e também que foi idealizado pelo seu autor, Senador Jorginho Mello, como algo próximo ao que representa o Pronaf para o agricultor familiar.

Por fim, Junqueira registrou que o Pronampe beneficiou cerca de 450 mil empresas, no universo de 7,5 milhões, e que o novo Pronampe, previsto em projeto de lei em tramitação, pretende aumentar consideravelmente esse número instituindo modelo com maior alavancagem.

Muitos outros aspectos acerca das atividades dos pequenos negócios foram tratados e estão disponíveis na gravação, no *link* anteriormente indicado em nota de rodapé anterior, desse evento realizado exclusivamente para colher subsídios para a presente pesquisa.

ANEXO H
Minuta de projeto de lei complementar

MINUTA DE PROJETO DE LEI COMPLEMENTAR

Dispõe sobre aperfeiçoamento dos instrumentos de acesso ao crédito para micro e pequenas empresas e altera a lei complementar 167/2019.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º A Lei Complementar n.º 167, de 24 de abril de 2019, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 2º A ESC deve adotar a forma de empresa individual de responsabilidade limitada (Eireli) constituída exclusivamente por pessoa natural, empresário individual ou sociedade limitada constituída exclusivamente por pessoa natural e terá por objeto social exclusivo as atividades enumeradas no art. 1º desta Lei Complementar”. (NR) (vide quadro comparativo com redação original, Anexo IX)

“Art. 4º

.....
Parágrafo único. Considera-se receita bruta, para fins do disposto no caput deste artigo, o valor total das operações anuais de crédito realizadas pela ESC.” (NR) (vide quadro comparativo com redação original, Anexo IX)

Art. 2º A Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 60-A Cabe ao Poder Executivo instituir, até 31 de dezembro de 2022, o Sistema Nacional de Garantias de Crédito, com o objetivo de facilitar o acesso das microempresas e empresas de pequeno porte a crédito e demais serviços das instituições financeiras, o qual, na forma de regulamento, proporcionará a elas tratamento diferenciado, favorecido e simplificado, sem prejuízo de atendimento a outros públicos-alvo.”. (NR)

Art. 3º Fica incluído o seguinte art. 57-A à Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006:

Art. 57-A Fica o Poder Executivo responsável por regulamentar, em até 06 (seis) meses contados da entrada em vigor desta lei, as regras específicas para:

I – estimular a concessão de operações de crédito para as microempresas e empresas de pequeno porte pelas instituições do sistema cooperativo;

II – implantar programa de avaliação de riscos específicos as microempresas e empresas de pequeno porte, considerando as peculiaridades do segmento;

III – disponibilizar sistema com curso a distância, que deve ser realizado, com aprovação, por todos os sócios administradores e cotistas de microempresas e empresas de pequeno porte como requisito para registro empresarial ou alteração contratual.

Parágrafo único. O curso previsto no inciso IV deve ter em seu conteúdo, no mínimo, as informações acerca dos programas governamentais dos quais as microempresas e as empresas de pequeno porte podem se beneficiar, especialmente no que referem a acesso ao crédito, benefícios tributários, simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, proteção de dados, e outros aspectos que forem considerados melhores práticas para a gestão empresarial.”

Art. 4º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Sala das Sessões,

JUSTIFICAÇÃO

O presente projeto de lei complementar pretende trazer aperfeiçoamentos objetivos ao processo de acesso ao crédito pelas micro e pequenas empresas em homenagem ao princípio do tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte consignado nos artigos 170, IX, e 179 de nossa Carta Magna, inicialmente regulamentado pelo inciso III do art. 1º da Lei Complementar n.º 123/2006, que determinam expressamente que deve ser dispensado tratamento diferenciado e favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

ESCs

Tendo em vista tal objetivo, a presente proposição pretende alterar dispositivos da Lei Complementar n.º 167/2019, que criou as Empresas Simples de Crédito (ESCs), visando trazer aperfeiçoamentos necessários para seu melhor funcionamento e atendimento ao seu principal objetivo de ampliar as opções de crédito para as micro e as pequenas empresas.

Assim, o projeto propõe, em seu artigo primeiro, a alteração do art. 2º da referida lei que prevê restrições para a composição acionária do quadro societário e da forma das ESCs, limitando apenas a “empresa individual de responsabilidade limitada (Eireli), empresário individual ou sociedade limitada constituída exclusivamente por pessoas naturais”.

No entanto, o Conselho da Justiça Federal aprovou 34 enunciados, no dia 07/06/2019, durante a III Jornada de Direito Comercial. Dentre eles o Enunciado n.º 92 que **permite que as Eirelis sejam constituídas não apenas por pessoas naturais, mas, também, por pessoas jurídicas.**

Tal permissão permite que uma Eireli seja proprietária de outra Eireli. Na prática, tal enunciado traz a possibilidade para que uma ESC seja proprietária de outras ESCs, o que traz distorção fundamental ao princípio das ESCs pretendido pelo legislador no sentido de que seja vedado que uma ESC seja proprietária de outras ESCs.

Vejamos o texto do mencionado Enunciado:

Enunciado 92 – a empresa individual de responsabilidade limitada (Eireli) poderá ser constituída por pessoa natural ou por pessoa jurídica, nacional ou estrangeira, sendo a limitação para figurar em uma única Eireli apenas para pessoa natural.

Assim, trazemos como aperfeiçoamento legislativo especificando que a ESC que adotar a forma de Eireli pode fazê-lo desde que tal Eireli seja “constituída exclusivamente por pessoa natural”, tal expressão é adicionada ao art. 2º em questão.

Em seguida, na mesma Lei Complementar n.º 167/2019, observa-se que a forma que consta a redação original, na qual define receita bruta para os fins de limitação das operações anuais das ESCs, apenas os juros são considerados para a apuração do limite de R\$ 4 milhões anuais previstos na Lei Complementar n.º 123/2006, o que faz com que seja desconsiderado o valor principal das operações de crédito.

Em consequência de tal redação, as ESCs podem emprestar por meio de operações de crédito até **R\$ 4 milhões só de juros**, o que significa, em cálculos simples, considerando 4% de juros mensais, média da taxa atualmente praticada, que **a ESC pode emprestar, dependendo do valor do crédito, até dezenas ou até centenas de vezes a mais de alavancagem.**

Tal possibilidade notoriamente não é saudável para o sistema de crédito como um todo, pois traz risco não observado e não provisionado.

Ressalte-se que todo o sistema de crédito seja bancário, cooperado ou outro qualquer, é baseado, resumidamente, em análise de risco do tomador, visando calcular o risco do cedente do crédito, especialmente para fazer a real apuração do valor suportável de eventual inadimplência por cada instituição.

Com a possibilidade de alavancagem muito superior à intentada pelo legislador, há reais possibilidade de aumentos significativos de riscos envolvendo as operações das ESCs, o que é certamente desfavorável para tais empresas e para os seus tomadores de crédito.

Sistema Nacional de Garantias

No art. 2º é oferecida nova redação ao art. 60-A da Lei Complementar n.º 123, de 2006, que prevê a possibilidade da instituição pelo Poder Executivo do Sistema Nacional de Garantias de Crédito. Assim, a proposta é no sentido de alterar de facultativa para compulsória a instituição de tal sistema, e ainda estabelece o prazo de 31 de dezembro de 2022.

Novos Programas

No art. 3º da proposta, há aperfeiçoamentos no sentido de oferecer suporte legal ao Poder Executivo para a idealização e a implementação de novos programas de caráter permanente.

Para tanto, é proposta a instituição de um programa de crédito cooperativo, que corresponde hoje a cerca de três vezes mais, quando comparado ao sistema bancário, em operações de créditos às micro e às pequenas empresas.

Também é sugerida a idealização de um sistema de garantias para as operações de crédito com os pequenos negócios, que permita a utilização de garantias conjuntas e outros formatos que não dependam exclusivamente de garantias financiadas por recursos públicos.

Outro novo programa, objeto desse conjunto de aperfeiçoamento, é a criação de avaliação de riscos específicos as microempresas e empresas de pequeno porte, considerando as peculiaridades do segmento, pois os modelos existentes são igualmente aplicados à análise de crédito de qualquer porte de empresa que demande por um empréstimo ou financiamento.

A ideia é um sistema que considere as peculiaridades das micro e pequenas empresas e as suas peculiaridades relativas a espécie, localização, mercado, público-alvo, capital de giro, dentre outros relevantes e particulares para cada caso.

Por fim, o presente projeto pretende, ainda, a execução de um programa de educação financeira para o micro e pequeno empresário por meio de um sistema com curso a distância, a ser realizado por todos os sócios administradores e cotistas de microempresas e empresas de pequeno porte como requisito para registro empresarial ou alteração contratual.

Tal curso deve ter, em seu conteúdo, no mínimo, as informações acerca dos programas governamentais dos quais as microempresas e as empresas de pequeno porte podem se beneficiar, especialmente no que referem a acesso ao crédito, benefícios tributários, simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, proteção de dados, e outros aspectos que forem considerados melhores práticas para a gestão empresarial.

Aprovado projeto de lei complementar com tais premissas, com aperfeiçoamentos eventualmente incorporados ao processo legislativo, durante a tramitação nas duas Casas do Poder Legislativo, acreditamos que pode ser dado passo importante para a efetiva mudança de postura do poder público, com implementação de políticas públicas permanentes preliminares, no caminho de oferecer aos pequenos negócios parte do tratamento diferenciado e favorecido tão pretendido pelo legislador constitucional e infraconstitucional.

Sala das Sessões,

Deputado Federal XXX ou Senador da República XXX

ANEXO I

Quadro comparativo entre texto original da legislação em vigor e proposta de alteração da Lei Complementar n.º 167, de 24 de abril de 2019

**QUADRO COMPARATIVO DO PROJETO DE LEI – PROPOSTA DE ALTERAÇÃO
DA LEI COMPLEMENTAR Nº 167/2020**

Lei Complementar n.º 167, de 24 de abril de 2019	Proposta de Alteração	Motivação
<p>Art. 2º A ESC deve adotar a forma de empresa individual de responsabilidade limitada (Eireli), empresário individual ou sociedade limitada constituída exclusivamente por pessoas naturais e terá por objeto social exclusivo as atividades enumeradas no art. 1º desta lei complementar.</p>	<p>Art. 2º A ESC deve adotar a forma de empresa individual de responsabilidade limitada (Eireli) constituída exclusivamente por pessoa natural, empresário individual ou sociedade limitada constituída exclusivamente por pessoa natural e terá por objeto social exclusivo as atividades enumeradas no art. 1º desta lei complementar.</p>	<p>O Conselho da Justiça Federal aprovou 34 enunciados no dia 07/06/2019 durante a III Jornada de Direito Comercial. Dentre eles, o enunciado 92 que permite que as Eirelis sejam constituídas não apenas por pessoas naturais, mas também por pessoas jurídicas.</p> <p>Tal permissão permite que uma Eireli seja proprietária de outra Eireli. Na prática, tal enunciado traz a possibilidade para que uma ESC seja proprietária de outras ESCs, o que traz distorção fundamental ao princípio das ESCs pretendido pelo legislador no sentido de que seja vedado que uma ESC seja proprietária de outras ESCs.</p> <p>"enunciado 92 – a empresa individual de responsabilidade limitada (Eireli) poderá ser constituída por pessoa natural ou por pessoa jurídica, nacional ou estrangeira, sendo a limitação para figurar em uma única Eireli apenas para pessoa natural.".</p>
<p>Art. 4º a receita bruta anual da ESC não poderá exceder o limite de receita bruta para empresa de pequeno porte (EPP) definido na lei complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006 (lei do simples nacional).</p> <p>Parágrafo único. Considera-se receita bruta, para fins do disposto no caput deste artigo, a remuneração auferida pela ESC com a cobrança de juros, inclusive quando cobertos pela venda do valor do bem objeto de alienação fiduciária.</p>	<p>Art. 4º a receita bruta anual da ESC não poderá exceder o limite de receita bruta para empresa de pequeno porte (EPP) definido na lei complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006 (lei do simples nacional).</p> <p>Parágrafo único. Considera-se receita bruta, para fins do disposto no caput deste artigo, o valor total das operações anuais de crédito realizadas pela esc.</p>	<p>Na forma que consta a redação original, na qual define receita bruta para os fins de limitação das operações anuais das ESCs, apenas os juros são considerados para a apuração do limite de R\$ 4 milhões anuais previstos na lei complementar nº 123/2006, o que faz com que seja desconsiderado o valor principal das operações de crédito.</p> <p>Assim, as ESCs podem emprestar até R\$ 4 milhões só de juros, o que significa, em cálculos simples considerando 4% de juros mensais, que a ESC pode emprestar, dependendo do valor do crédito, até dezenas ou até centenas de vezes a mais de alavancagem.</p> <p>Tal possibilidade não é saudável para o sistema de crédito como um todo, pois traz risco não observado e não provisionado.</p>