

**A POSSIBILIDADE DE ANULAÇÃO DOS CONTRATOS DE
EMPRÉSTIMO FIRMADOS PELO MICROEMPRESÁRIO INDIVIDUAL A
PARTIR DA CARACTERIZAÇÃO DO SUPERENDIVIDAMENTO**

**THE POSSIBILITY OF ANNULMENT OF LOAN CONTRACTS
FULFILLED BY INDIVIDUAL MICROENTREPRENEURS TAKING FOR
GRANTED THE CHARACTERIZATION OF HIPERINDEBTEDNESS**

Jessica Hind Ribeiro Costa¹

RESUMO

O presente trabalho visa estudar o superendividamento do microempresário individual bem como os diversos elementos que compõem o tema. São eles: os requisitos indispensáveis à configuração como microempresário individual, os motivos que ensejam o endividamento dos mesmos, o estudo dos contratos bancários de empréstimo, e a caracterização da situação de superendividamento. Devem ser levados em consideração também a possibilidade de que o MEI seja equiparado ao consumidor nos casos em que o objeto da relação for o empréstimo de dinheiro, tendo em vista estarem presentes todos os requisitos para que possa ser feita esta “analogia”. Ademais, será tratado do tema do superendividamento, com as suas particularidades, bem como analisado o projeto de lei que aborda esta temática, meditando ainda acerca da possibilidade de que este venha a incluir os microempresários.

Palavras-Chave: Microempresário individuais. Superendividamento. Nulidade.

ABSTRACT

This work aims to study the hiperindebtedness of individual microentrepreneurs and the elements that make up the theme. They are the vital requirements who settings the individual microentrepreneurs, the reasons that composes indebtedness thereof, the study of bank is lending contracts, and the characterization of the situation of hiperindebtedness. Should be taken into account also the possibility that the MEI is equivalent to the consumer in cases where the object of the relationship is borrowing money in order to be present all the requirements for it to be taken this “analogy”. Moreover, the hiperindebtedness theme will be treated with its particularities, and analyzed the bill that addresses this issue, still musing about the possibility that this will include microentrepreneurs.

¹ Mestranda pelo Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal da Bahia; pós-graduanda em Responsabilidade Civil pela Universidade Estácio/FIB; graduada em Direito pela Universidade Federal da Bahia e advogada.

Keywords: Individual Microentrepreneurs. Hiperindebtedness. Nullity.

1 INTRODUÇÃO

Ao longo da história podemos perceber a formação de contratos de crédito, sempre voltados para atender a necessidade daqueles que não tem meios para financiar seus hábitos e desejos de consumo. Tais contratos existem desde a história antiga, porém, com a Revolução Industrial e o conseqüente surgimento da classe operária, ganhou destaque a possibilidade de antecipação de valores. Inicialmente, o crédito era elemento financiador de atividades produtivas, destinando-se, pois, a pequenos comerciantes. No presente, por diversos motivos, esses contratos de crédito são cada vez mais comuns, sendo firmados em todo o mundo como uma alternativa voltada também ao indivíduo, gerando com isso uma relação de consumo em que a parte concedente é, via de regra, uma instituição bancária.

Os bancos realizam uma série de operações envolvendo títulos bancários, contratos e circulação de capital, movimentando o dia-a-dia de uma vasta gama de operações essenciais para a sociedade capitalista.

Este trabalho tem por finalidade analisar a questão do crédito aos microempresários individuais tendo em vista as graves conseqüências que a situação de superendividamento gera à estas empresas. Este fator deve ser ainda estudado à luz do princípio da preservação da empresa, tendo em vista a necessidade da manutenção da atividade, principalmente destes empresários, que por vezes tem apenas esta fonte de renda para se sustentarem bem como proverem aos seus.

Como sugestão de resposta à questão, será suscitada a possibilidade de invalidação contratual decorrente da não aplicação imediata das normas constitucionais, notadamente dos direitos fundamentais consumeristas. A partir daí desenvolver-se-á a pesquisa a partir de fontes eminentemente documentais - bibliográfica e virtual - na revisão da literatura jurídica, social e econômica e da ciência política. A abordagem do tema será feita através do método dialético, envolvendo análise de textos e obras correlatas para alcançar os objetivos pretendidos e a estruturação do trabalho seguirá o seguinte roteiro.

Inicialmente, devem ser estudados os contratos de forma generalizada, identificando as características dos contratos bancários que se destinam à concessão de empréstimo. A questão do superendividamento será destrinchada no presente estudo, sendo conceituado o citado

instituto, avaliando também suas causas e consequências, apresentando como possibilidade a invalidação dos contratos firmados por consumidores (microempresários individuais) superendividados.

2 DO MICROEMPRESÁRIO INDIVIDUAL

O microempresário individual (MEI) exerce atos de empresa individualmente, controlando sozinho a atividade empresária. Embora pareça se tratar de um instituto não muito utilizado, é importante iniciar o presente estudo trazendo a lição de Mamede (2004, p. 70):

Pode parecer que a atividade empresária, realizada pela pessoa natural, sem a constituição de uma sociedade empresária, seja exercida por uma minoria, o que não é, nada correto. Stanley Frasso, pesquisando os registros feitos nas Juntas Comerciais entre 1985 e 2002, descobriu que 51,40% diziam respeito a firmas individuais, 48,08% a sociedades limitadas. Os demais tipos societários correspondiam a singelos 0,52%.

O MEI foi introduzido pela Lei Complementar 128/08 possibilitando a formalização de empreendedores por conta própria, tendo como principais características: 1) ser empresa individual (sem sócios); 2) ter faturamento mensal de até 5 mil reais; 3) ter um empregado que receba salário de somente um salário mínimo ou piso da categoria; 4) a atividade da empresa tem que se enquadrar no Simples Nacional²; 5) não ter empresa em seu nome nem participar de outra empresa como sócio.

Para destacar pontualmente alguns aspectos relevantes desta modalidade de Micro e Pequena Empresa abordada nesta pesquisa, é necessário ressaltar que o Empresário Individual deve ser pessoa capaz, segundo o art. 972 do Código Civil³. Além disso, o nome empresarial, na forma de firma, deve conter obrigatoriamente partes do seu nome civil⁴ e deve realizar sua inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis, conforme estipula o art. 967 do CC⁵.

² O Simples Nacional é um regime compartilhado de arrecadação, cobrança e fiscalização de tributos aplicável às Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, previsto na Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.

³ “Podem exercer a atividade de empresário os que estiverem em pleno gozo da capacidade civil e não forem legalmente impedidos”.

⁴ Todo o empresário utiliza um nome para identificá-lo nas relações jurídicas de que participa. Firma individual é a espécie de nome empresarial que o empresário individual utiliza, sendo composta pelo seu próprio nome civil.

⁵ “É obrigatória a inscrição do empresário no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede, antes do início de sua atividade”.

O empresário quando realiza o registro na junta comercial preenche um formulário de registro de empresário individual. Esta inscrição se faz mediante requerimento que contenha os elementos essenciais para o registro, quais sejam, aqueles elencados no art. 968 do CC⁶. Este mesmo dispositivo, em seu § 4º, abarca a seguinte disposição:

O processo de abertura, registro, alteração e baixa do microempreendedor individual de que trata o art. 18-A da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, bem como qualquer exigência para o início de seu funcionamento deverão ter trâmite especial e simplificado, preferentemente eletrônico, opcional para o empreendedor, na forma a ser disciplinada pelo Comitê para Gestão da Rede Nacional para a Simplificação do Registro e da Legalização de Empresas e Negócios - CGSIM, de que trata o inciso III do art. 2º da mesma Lei.

Com relação ao montante de recursos disponibilizados pelo empreendedor para o exercício da atividade de empresário, é importante que este capital seja suficiente para deixá-lo apto a desempenhar a atividade desejada e com o lucro dela proveniente, de modo a manter-se por um prazo gerando receitas e aumentando o lucro almejado. Anualmente, o empresário deve apresentar o levantamento do balanço patrimonial, considerando os bens, créditos e débitos, bem como o resultado econômico, que abarca lucros e prejuízos, que devem refletir fielmente a realidade do empresário.

Ocorre que, por muitas vezes o microempresário não tem condição de manter a empresa em funcionamento com o capital de giro, bem como com as reservas que possui disponíveis. Essa situação gera a necessidade de que este indivíduo recorra a empréstimos bancários por vezes abusivos, com os quais não pode arcar, o que, conforme será visto, enseja a situação de superendividamento.

O Direito brasileiro não regulamentou a constituição de sua personalidade jurídica, tampouco a forma de responsabilidade do empreendedor. Tendo em vista esta lacuna, o Poder Judiciário firmou o entendimento pacífico no sentido de que “[...] a pessoa física do empresário e a firma individual da qual é titular se confundem, por haver universalidade patrimonial, tornando-se possível a penhora sobre o faturamento da empresa, pelas dívidas contraídas pela pessoa física do executado”⁷. No mesmo sentido posiciona-se o Superior Tribunal de Justiça⁸.

⁶ Art. 968. A inscrição do empresário far-se-á mediante requerimento que contenha: I - o seu nome, nacionalidade, domicílio, estado civil e, se casado, o regime de bens; II - a firma, com a respectiva assinatura autógrafa; III - o capital; IV - o objeto e a sede da empresa.

⁷ TJMG, Agravo de Instrumento, Autos 1.0024.01.004586-2/001, rel. Des. José Amâncio, de 27-6-2008.

O microempresário individual, conforme já dito, é pessoa física, não tendo personalidade jurídica autônoma, assim, não há duplicidade de personalidade jurídica do empresário individual, conforme esclarece o julgando do Tribunal de Justiça de São Paulo:

Exceto pelo que dispõe Lei 12.441, que criou a empresa individual de responsabilidade limitada, a EIRELI, **o microempresário de hoje, como a firma ou o comerciante individual do passado, é pessoa física, não pessoa jurídica nem empresa, que não tem personalidade autônoma ou distinta daquele que lhe dá o nome no exercício da atividade comercial ou de prestação de serviço.** Repelida preliminar de intempestividade do apelo, rejeita-se demanda de empreiteiro contra dona da obra. É que, mostrando-se ele inepto para a empreitada, a refletir culpa e mora, admite-se a rescisão do contrato de modo unilateral sem a nada se vincular a dona para o futuro, por força da exceção de obrigação descumprida, a exceptio in rite adimpleti. (TJ-SP - APL: 1599343920108260100 SP 0159934-39.2010.8.26.0100, Relator: Celso Pimentel, Data de Julgamento: 07/08/2012, 28ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 08/08/2012).

Assim, as dívidas contraídas pelo empresário, conforme entendimento da doutrina e jurisprudência, são responsabilizadas solidária e ilimitadamente ao empreendedor, confundindo-se o patrimônio do empresário com o patrimônio da pessoa física. O empresário individual responde, então, por todas as obrigações contraídas em razão da sua atividade, assumindo ele o risco total. Sua responsabilidade é ilimitada, o que abrange o seu patrimônio pessoal, à exceção dos bens impenhoráveis, e não apenas os bens destinados à atividade empresarial. O capital da empresa, pois, não se afigura como limite para a execução pelos credores.

Em suma, embora para o empresário individual haja essa confusão de individualidades, há características fundamentais para reconhecimento do empresário como se pessoa jurídica fosse, distinto do empreendedor (pessoa física), quais sejam:

- 1) inscrição no cartório de Registro Público de Empresas Mercantis antes de iniciar seu objeto;
- 2) qualificação do empreendedor: para realizar a inscrição acima mencionada;
- 3) nome empresarial;
- 4) capital constituído com os bens e recursos necessários ao desenvolvimento da empresa, proveniente do investimento inicial do empreendedor;

⁸ Tratando-se de firma individual há identificação entre empresa e pessoa física, posto não constituir pessoa jurídica, não existindo distinção para efeito de responsabilidade entre a empresa e seu único sócio... [REsp 227393 – PR, 1ª Turma, rel. Min. Garcia Vieira, DJ de 29-11-1999, p. 138].

- 5) descrição da atividade a ser exercida é fundamental para a definição e adequação às regras de atuação da empresa, servindo de parâmetro para fiscalização do Estado, concessão de licença, entre outros;
- 6) sede da empresa, obrigatória para centralizar referências de contato;
- 7) estabelecimento empresarial, que é considerado todo o conjunto de bens materiais e imateriais que estão sob a influência do empresário para o exercício da atividade econômica; e, por fim,
- 8) o direito à recuperação judicial e falência: o empresário é autônomo ainda para submeter-se à recuperação judicial ou extrajudicial, ou lhe serem aplicadas as regras da falência.

O empresário individual, nessa linha adotada por Paulo Leonardo Vilela Cardoso (CARDOSO, 2012), tem uma personalidade híbrida, posto que, sendo pessoa física, não é desprovido de nascimento com vida, filiação, residência; possui todas as características de pessoa jurídica, sem ser a ele atribuída esta condição. Trata-se de uma ficção jurídica com nome, patrimônio, direito e obrigações.

Por essa característica híbrida, ao empresário individual são apresentadas algumas incongruências. A legislação tributária, por exemplo, exige dupla prestação de contas anual: Imposto de Renda de pessoa física, sobre rendimentos pessoais, e um imposto de renda da pessoa jurídica, incidindo sobre o lucro.

O tratamento favorável ao microempresário e empresário de pequeno porte deriva dessa perspectiva, de que o indivíduo possa concorrer no mercado, e que antes de tudo se coaduna com o princípio da isonomia (tratar desigualmente os desiguais), assegurando-lhes, assim os princípios, livre iniciativa e a livre concorrência.

O microempresário individual, segundo o SEBRAE (Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas) é detentor de uma série de vantagens, conforme expõe da seguinte forma:

Pela Lei Complementar nº 128, de 19/12/2008, o trabalhador conhecido como informal pode se tornar um Microempreendedor Individual legalizado. Ele passa a ter CNPJ, o que facilitará a abertura de conta bancária, o pedido de empréstimos e a emissão de notas fiscais. Será enquadrado no Simples Nacional e ficará isento dos tributos federais (Imposto de Renda, PIS, Cofins, IPI e CSLL). Com o salário Mínimo atual de R\$ 678,00 a contribuição previdenciária (INSS) é de 5% o que ficará em R\$ 33,90, mais R\$ 5,00

(ISS), mais R\$ 1,00 (ICMS), totalizando dependendo da atividade (serviço, comércio ou ambos) o valor total de R\$ 39,90 por mês⁹.

Essas informações são acertadamente divulgadas, haja vista que, de fato, a Lei Complementar nº 128, de 19/12/2008, criou efetivamente algumas condições especiais para o MEI, oferecendo-lhes vantagens, tais como o enquadramento no Simples Nacional e isenção de alguns dos tributos federais, bem como o acesso a benefícios como auxílio maternidade, auxílio doença, aposentadoria, entre outros.

Além destes benefícios, não há à aplicação ao microempresário (firma individual ou assemblado), enquanto pessoa natural, dos benefícios previstos no art. 146¹⁰, III, “d”, da Constituição, bem como à desconstituição de regimes especiais de tributação vigentes até a edição da lei complementar ali prevista, como prevê o art. 94¹¹ dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias (introduzido pela Emenda Constitucional nº 42, de 2003). (ANDRADE JÚNIOR, 2005).

2.1 DA EQUIPARAÇÃO DO MEI COM O CONSUMIDOR

No entanto é insuficiente a garantia estatal de acesso ao mercado sem que haja uma preocupação em informar e capacitar estes indivíduos a exercer a atividade empresarial, isto faz com que os microempresários individuais exerçam apenas pequenos negócios, uma vez que não possuem grandes investimentos tampouco informações e treinamento suficientes para conduzir uma empresa que se dedique a uma atividade mais “apurada”.

Assim, Fábio Ulhoa Coelho (COELHO, 2012), esclarece que o empresário individual, em regra, não explora atividade economicamente importante, porque além dos negócios de vulto exigirem naturalmente grandes investimentos, existe ainda o risco de insucesso, inerente a empreendimento de qualquer natureza e tamanho, é proporcional às

⁹ Disponível em: <<http://www.sebrae.com.br/customizado/microempreendedor-individual>>. Acesso em: 30 ago. 2013.

¹⁰ Art. 146. Cabe à lei complementar: III – estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre: d) definição de tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e para as empresas de pequeno porte, inclusive regimes especiais ou simplificados no caso do imposto previsto no art. 155, II, das contribuições previstas no art. 195, I e §§ 12 e 13, e da contribuição a que se refere o art. 239.

¹¹ Art. 94. Os regimes especiais de tributação para microempresas e empresas de pequeno porte próprios da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios cessarão a partir da entrada em vigor do regime previsto no art. 146, III, d, da Constituição.

dimensões do negócio: quanto maior e mais complexa a atividade, maiores os riscos. Aos empresários individuais sobram, muitas vezes, os negócios rudimentares e marginais, muitas vezes ambulantes.

Embora a empresa seja geralmente vista como a fornecedora de produtos e serviços, está previsto e é possível que essa também possa consumir. Notadamente quando o objeto de consumo se refere ao capital cedido por instituições bancárias, que são contratos frequentes na atividade empresária.

A jurisprudência brasileira trata a possibilidade de que a pessoa jurídica seja consumidora de forma um tanto diversificada, não havendo ainda unanimidade acerca deste tema. Uma série de interpretações e teorias se dedicam ao estudo do tema, destacando-se aqui as que são reputadas mais importantes para a compreensão da divergência.

A interpretação maximalista afirma o seguinte: o cerne do Direito do Consumidor é a existência de contrato de adesão, portanto, todos aqueles que terminam aderindo a um contrato deste tipo deve ser considerado consumidor. Abarcando, desta forma, empresas vulneráveis ou não, que utilizavam produto na realização de suas atividades eram consideradas consumidoras pelos maximalistas.

Por sua vez, o finalismo aprofundado considera tanto a pessoa física quanto a pessoa jurídica como consumidoras, desde que esta última esteja num patamar de vulnerabilidade que justifique a aplicação do CDC.

Então, no caso da cooperativa de agricultores de pequeno porte, que busca insumos para a sua produção; uma pequena farmácia que contrata serviço de cartão de crédito, bem como os microempresários individuais que firmam contrato de crédito, que é o tema em questão, serão consideradas consumidoras. No entanto, seguindo esta linha de raciocínio, hospitais de grande porte, que venham adquirir equipamentos eletrônicos e tecnológicos que facilitem seus serviços não serão considerados consumidores.

Atualmente esta teoria vem sendo muito usada na prática, e tem sido de grande importância para que nem todas as pessoas jurídicas sejam consideradas consumidoras.

Seguindo-se esta segunda teoria, é preciso analisar a realidade da empresa envolvida na relação de consumo para que se defina em quais casos poderão ser enquadradas como consumidoras para que assim possam garantir seus direitos perante o fornecedor. É importante que um microempresário individual, por na maioria dos casos, perante o Código de Defesa do

Consumidor, será considerada a parte mais frágil da relação, por consequência, mais vulnerável, o que se dá notadamente em comparação às instituições financeiras.

3 O CONTRATO DE CONCESSÃO DE CRÉDITO

Mister conhecer os elementos básicos dessa importante relação jurídica, haja vista que os contratos são responsáveis por gerir um mundo em que a impessoalidade representa a regra das transações pessoais. A partir dos elementos que determinam a validade e as características que os constitui, poderá ser compreendida a possibilidade de anulação dos contratos analisados no presente estudo.

O superendividamento decorre de uma série de causas que incluem, por óbvio, os contratos firmados entre os consumidores com uma vasta gama de instituições, destacando-se as bancárias.

Merece no âmbito da interpretação contratual o princípio da boa-fé, notadamente a sua modalidade objetiva, que é definida como o elemento norteador de uma conduta leal e proba para com o outro contratante. Esta imposição está disposta no Código Civil, em seu art. 422, que prevê a obrigatoriedade de observação da boa-fé na conclusão e execução contratual. Embora não esteja disciplinada de forma explícita no contrato, deve ser cumprida, tratando-se de dever anexo ao contrato.

A boa-fé tem como um dos seus palcos de atuação a criação de deveres de conduta no bojo das relações contratuais, incluindo deveres laterais, também chamados de anexos, instrumentais ou acessórios. Estes já foram definidos alhures como deveres que não estão diretamente orientados para a prestação do principal, estando, antes, ligados a uma função auxiliar na realização da finalidade da relação e à proteção da pessoa e dos bens da outra parte (SILVA FILHO, 2006). Neste grupo de deveres se inclui uma série de comportamentos que exteriorizam o comprometimento em tratar o outro de forma solidária, não sendo o contrato uma forma de beneficiar-se em detrimento do contratante.

Para que um contrato seja classificado como contrato bancário não basta que seja firmado por um banco, tampouco que tenha por finalidade o crédito, precisando que alie a contratação pelo banco com a intermediação financeira, conforme define Silvânio Covas (2000, p. 163):

Sabemos todos que a classificação do contrato bancário pode ser feita através de dois critérios: subjetivo e objetivo. Subjetivo, quando o contrato é realizado por um banco (vida art. 17 da Lei 4.595); objetivo, quando veicula uma atividade de intermediação de recursos financeiros. [...] Por essas razões é que prefere-se a conjugação desses dois critérios para definir o contrato bancário como aquele realizado por um banco, tendo por objetivo a intermediação financeira.

Acompanhando a evolução social, as operações bancárias modificaram-se para incluir transações mais adequadas aos novos modelos de consumo e desenvolvimento global. Essa complexidade das relações bancárias emergentes fez surgir uma série de operações, como, por exemplo, o contrato de câmbio, que decorre da necessidade de uma regulamentação do valor de troca das moedas pelos países que realizam comércio internacional.

Inicialmente, temos de compreender as operações bancárias como atividades empresárias que se incluem no rol de relações de consumo. É importante caracterizar essa empresarialidade, bem como o conceito de fornecedor de um produto, notadamente no que diz respeito aos contratos de crédito.

As características da atividade empresarial são o profissionalismo, a atividade econômica e a organização. Ser profissional pressupõe habitualidade, pessoalidade e monopólio das informações referentes às atividades prestadas. A atividade própria do empresário é a organização econômica profissional para explorar a produção e/ou circulação de bens ou serviços, tendo por principal objetivo perseguir o lucro (FAZZIO JÚNIOR, 2005). Estas características estão ligadas aos dois contratantes da relação em estudo, uma vez que o objetivo da pesquisa é analisar os contratos firmados entre os microempresários individuais com as instituições fornecedoras de crédito.

Os bancos se dedicam, notadamente, a intermediar o crédito, tendo como retribuição a cobrança de juros, assim, na atividade bancária as operações abarcam todos os requisitos supracitados, praticando assim, atos de empresa.

O vínculo obrigacional entre os contratantes deriva de relação de consumo e, por isso mesmo, está sob a égide do Código de Defesa do Consumidor. Caracterizam-se os serviços bancários (CDC, art. 3º, § 2º) como relações de consumo em decorrência de quatro circunstâncias:

- a) por serem remuneradas;
- b) por serem oferecidas de modo amplo e geral, despersonalizado;

- c) por serem vulneráveis os tomadores de tais serviços, na nomenclatura própria do CDC;
- d) pela habitualidade e profissionalismo na sua prestação. Este entendimento já se encontra pacificado na jurisprudência dos tribunais superiores, estando expresso pela súmula n. 297 do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*: “O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras”.

Assim, além de empresárias, as atividades das instituições financeiras são ainda consumeristas, devendo ter, ainda, como reguladores os princípios atinentes a esta modalidade.

Estas relações se exteriorizam por meio de contratos, em que figuram como partes uma instituição financeira e um particular, que pode ser pessoa física ou jurídica, sendo mais importante para o tema em tela o estudo dos contratos firmados pelo segundo grupo, notadamente os microempresários individuais.

O contrato de concessão de crédito bancário é a modalidade de acordo mais comum realizada pelas instituições financeiras, em razão da necessidade dos consumidores de obterem recursos imediatos para atender necessidades financeiras urgentes.

As operações bancárias caracterizam-se por meio de contratos. As relações entre bancos e clientes comportam direitos e obrigações, visando, precipuamente, a intermediação do crédito. Ou seja, formam um contrato por constituírem quando realizadas, um acordo entre o banco e o usuário, para criar, regular ou extinguir uma relação que tenha por objeto a intermediação do crédito. (RIZZARDO, 2009, p. 17)

Existem diversos tipos de contratos de crédito, sendo quase todos eles contratos de adesão, haja vista que apenas a instituição financeira estabelece todas as cláusulas do negócio a ser realizado, cabendo ao aderente (consumidor) aceitá-las ou não, na íntegra, sem discussão acerca do conteúdo. Inadimplidas essas condições pelo contratante, estão previstas no contrato uma série de cláusulas que, unilateralmente estabelecidas, trazem consequências desastrosas ao consumidor.

Trata-se de um contrato que tem por base um formulário instituído pela empresa. Este tipo de contrato reflete a produção de bens em massa decorrente da globalização e das mudanças no que tange ao mercado de consumo. As transações econômicas passaram a ser desenvolvidas de

forma muito mais veloz, não havendo tempo hábil para firmar e discutir cláusulas entre as partes contratantes.

O problema reside no fato de que o fornecedor é suficientemente poderoso para impor as suas condições aos consumidores, assegurando para si todas as vantagens e trazendo ônus insondável aos aderentes, o que torna o contrato injusto, posto que abusivo. Neste sentido o ensinamento de João Bosco Leopoldino da Fonseca (1995, p. 183):

Assim, o contrato de adesão é normalmente a ocasião de surgimento das cláusulas contratuais abusivas, sob o pressuposto falso, como já por diversas vezes acentuado, de que as partes assinaram o contrato sob o signo da autonomia da vontade, sob a garantia de sua plena igualdade, e, portanto, com a consequência inevitável, daí decorrente, da equivalência das prestações e, portanto, da justiça do contrato.

Os contratos de adesão mereceram destaque no Código de Defesa do Consumidor, refletindo na criação de alguns dispositivos que se aplicassem apenas a estes, dada a maior sensibilidade da parte contratante.

A matéria-prima do banco e o produto que ele oferece ao mercado é o crédito, ou seja, a instituição financeira dedica-se a captar recursos junto a clientes (investidores) para emprestá-los a outros clientes (mutuários). A remuneração de tais serviços se denomina spread bancário, que nada mais é do que a diferença entre o custo do dinheiro para o banco (o quanto ele dispense na captação) e o que ele cobra do consumidor (mutuário) na operação de crédito realizada.

Obviamente, o spread bancário inclui os juros que correspondem ao preço devido pelo uso do capital; o fruto por ele produzido, que doutrinariamente convencionou-se denominar de fruto civil. Tem, em regra, um duplo objetivo: promover a remuneração do credor por ficar privado de seu capital e pagar-lhe o risco de não o receber de volta.

O interesse que move o empréstimo, sob o ponto de vista da instituição bancária, decorre justamente da expectativa de receber os juros como contraprestação do empréstimo realizado. O risco inclui todas as variáveis que influenciam na possibilidade do banco vir a não receber os valores que lhe são devidos. E, finalmente, a questão da confiança se estabelece como elemento subjetivo que reflete a postura de acreditar que a outra parte prestará o objeto da obrigação que lhe é devido. Esta ideia está muito associada à questão da boa-fé, que será adiante estudada.

O problema reside no arbítrio conferido às instituições bancárias para que livremente fixem os valores e porcentagem das taxas e encargos financeiros correspondentes aos juros estabelecidos como forma de contraprestação ao mútuo concedido, haja vista não existir limitação clara na legislação vigente.

Por sua própria natureza, os contratos bancários pressupõem a existência de juros, que não possuem ainda regulamentação legal, havendo discussão relevante acerca dos limites à implementação da porcentagem de juros cobrados como forma de contraprestação à concessão de crédito.

Posto não haver disciplina direta sobre o tema, estamos diante de uma situação em que não se sabe ao certo qual o dispositivo a ser seguido. A Lei da Usura, por exemplo, não foi revogada, embora haja posicionamento do STJ em inadmitir a aplicabilidade do instituto às instituições financeiras. Assim, acabam sendo tolerados uma série de institutos infraconstitucionais que permitem a cobrança de juros “astronômicos”, o que viola o princípio da proporcionalidade, bem com se enquadra nas mencionadas cláusulas abusivas previstas no art. 39 do CDC.

Tratando-se de relação de consumo, resta impossível fixação unilateral da taxa (Lei 8070/90, art. 51, X). Nesse sentido, qualquer percentual fixado pela instituição bancária de forma abusiva, e por óbvio unilateral, deve ser considerada ilegal.

4 O SUPERENDIVIDAMENTO DO MEI

Os bancos também consideram essa dupla identidade para o empresário individual, pois ele pode titularizar contas-correntes em nome da pessoa física e em nome da pessoa jurídica. Trata-se de desvirtuamento técnico já que o empresário individual é sempre pessoa física.

Em decorrência da necessidade e facilidade dos microempresários individuais obterem empréstimo (tanto para atender necessidades pessoais quanto para investir na empresa), bem como da onerosidade excessiva prevista nas cláusulas contratuais, terminam por gerar uma situação de inadimplência “patológica”.

Impossibilitado de arcar com as dívidas contraídas e necessitando de capital para atender às suas necessidades e anseios, bem como para não “fechar as portas da empresa”,

encerrando, pois a atividade que o sustenta, os microempresários individuais continuam se endividando, o que gera o fenômeno do superendividamento.

Este instituto se define pela impossibilidade do consumidor, pessoa física, ou jurídica, quando se trata das micro e pequenas empresas aqui estudadas, honrarem suas dívidas, o que faz pressupor que este, igualmente, não poderá adimplir as suas obrigações futuras. Neste sentido a seguinte definição de Cláudia Lima Marques (2004, p. 1053):

O tema da cobrança de dívidas e da inexecução está intimamente ligado ao tema do superendividamento. O superendividamento define-se, justamente, pela impossibilidade do devedor-pessoa física, leigo e de boa-fé, pagar suas dívidas de consumo e a necessidade do Direito de prever algum tipo de saída, parcelamento ou prazos de graça, fruto do dever de cooperação e lealdade para evitar a “morte civil” deste “falido”-leigo ou “falido”-civil”.

Ou seja, quando o endividamento é superior àquele que pode ser suportado pelo consumidor, este então, vulnerável e endividado, entra num ciclo que “desemboca” no superendividamento. Não se trata, pois, de uma situação pontual e sim de uma impontualidade crônica, que atinge inclusive as necessidades básicas do indivíduo, ameaçando o fim da sua atividade empresária e, sobretudo, a sua dignidade.

Quando os microempresários individuais se veem diante da impossibilidade de arcar com a dívida contraída, o que decorre da falta de gerenciamento orçamentário, acabam por contrair novo empréstimo, se superendividando. Neste sentido:

Na maioria dos casos, o superendividamento não se deve a uma única causa, já que o devedor deve fazer frente a um conjunto de obrigações derivadas de aquisição de bens e serviços de primeira necessidade, créditos hipotecários, carros móveis etc. e, inclusive, decorrentes do abuso e incorreto uso do crédito. Somam-se, ainda, causas não econômicas, tais como falta de informação e educação dos consumidores. (BATTELLO, 2006, p. 226).

Flávia Marimpietri (2012), analisando o tema, traz como elemento formador do conceito a impossibilidade de pagamento global da dívida, não sendo possível saldá-la a partir da estimativa de que o consumidor permaneça com aquele orçamento, mesmo que a longo prazo. Isso apenas se daria se fosse comprometido o mínimo existencial necessário à sobrevivência do indivíduo e daqueles que dele dependem. Esse consumidor deve ocupar uma posição de vulnerabilidade ante a instituição com que firma o contrato, e, finalmente, deve estar configurada

a sua boa-fé em contratar, não se admitindo, pois, qualquer benefício que lhe atinja em casos de má-fé, sob pena de beneficiar-se da própria torpeza.

O superendividamento existe em decorrência de uma lógica comercial onde os credores lucram mais com um devedor morto economicamente do que com aqueles que consomem conscientemente e podem arcar com suas aquisições. Tanto as causas quanto as consequências deste fenômeno estão associadas à ideia de lucro das instituições financeiras que, já parte da presunção de que consumidores expostos às facilidades de crédito oferecidas irão caminhar na direção do superendividamento.

O superendividamento do consumidor no caso dos microempresários individuais pode decorrer da sua falta de planejamento e de instrução voltada a administração da sua atividade. Ademais, a situação financeira suportada pelos microempresários não comporta gastos extraordinários decorrentes de situações imprevisíveis, como uma emergência decorrente de alguma necessidade para a manutenção da atividade. Por isso, quando eles advêm, os consumidores desestruturados e descapitalizados acabam por recorrer a alternativas que os coloca em situação de endividamento (SILVA, 2010).

Outro fator que colabora para a situação de superendividamento é a inserção nos contratos de adesão de cláusulas denominadas “cláusula-mandato”, que se caracteriza pelo fato de a instituição bancária ser nomeada como representante do consumidor para realizar negócios jurídicos em seu nome. Com isso, advêm a figura do contrato consigo mesmo, que é realizado pela instituição financeira com o cliente que esta representa. Assim, o banco passa a ter poderes para contratar consigo mesmo novos empréstimos, bem como, o que comumente ocorre, aumentar o limite de crédito para que dele sejam descontados novos juros e parcelas referentes a empréstimos anteriores (MARQUES, 2006, p. 337).

Esta espécie de cláusula é evidentemente abusiva e está abarcada pelo art. 51, VII¹², do Código de defesa do Consumidor, haja vista que transferem para a empresa que fornece o crédito a possibilidade de contratar o fornecimento de novo empréstimo. Ademais, essa cláusula deturpa o instituto do mandato, quebrando-se dois importantes princípios das relações de consumo: a transparência e a confiança. Estes negócios firmados de forma abusiva remetem,

12 “São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: imponham representante para concluir ou realizar outro negócio jurídico pelo consumidor”.

pois, à anulabilidade da transação, conforme previsão expressa do art. 117¹³ do Código Civil. Trata-se de contrato que prejudica o consumidor, afrontando-lhe direitos, e desequilibra o poder de direção da relação contratual. Logo, os atos negociais estabelecidos a partir dessa prerrogativa serão nulos, e conseqüentemente, ineficazes.

Inobstante a opinião de alguns juristas acerca da inexistência de vedação legal em relação ao contrato consigo mesmo, há que se considerar que, nesse caso, há um evidente conflito de interesses entre o mandante e o mandatário. Fica evidente que a instituição bancária não se esforça para resguardar os interesses do consumidor, decorrendo destes contratos quase sempre prejuízos aos consumidores-mandantes, que veem avultarem-se as suas dívidas.

Ao desempenharem os poderes conferidos em razão da cláusula-mandato prevista no contrato, as instituições bancárias, em regra, não informam aos consumidores acerca das transações efetuadas. O que faz surgir um superendividamento passivo motivado pela falta de informação que se dá tanto quando o banco atua como mandatário, como nas hipóteses em que os contratos são firmados, efetivamente, pelo consumidor. Estas informações que são, perversamente, sonegadas, violam a boa-fé, e podem fazer decorrer responsabilização da instituição pelas dívidas geradas. Neste sentido:

Os bancos, ao conceder créditos, devem não só informar e exigir as cabíveis garantias, como informar aos clientes dos riscos e limites e, se a concessão de crédito pode causar riscos a terceiros, conforme os empreendimentos dos clientes, devem medir cuidadosamente as conseqüências, pois passam a responder não só contratualmente, perante o cliente, mas também extracontratualmente perante terceiros. (OLIVEIRA, 2006, p. 196).

A boa-fé é elemento fundamental para discernir os motivos e conseqüências do superendividamento do indivíduo, devendo este, no momento das contratações, estar imbuído num comportamento honesto para que esteja caracterizado o instituto do superendividamento.

Waldo Fazzio Júnior (2011, p. 76), de forma metafórica, traz a boa-fé como “[...] fluido ético que deve percorrer as artérias nucleares dos intercâmbios jurídicos”. Esse conceito poético contempla uma grande verdade. Trata-se de elemento que nutre as relações jurídicas, fazendo com que estas se deem dentro de um padrão de lealdade, que faz “pulsar” a verdadeira essência dos negócios jurídicos.

13 “Salvo se o permitir a lei ou o representado, é anulável o negócio jurídico que o representante, no seu interesse ou por conta de outrem, celebrar consigo mesmo”.

Uma série de questões deve ser analisada para que se possa entender o contexto em que surge a figura do superendividamento. O mercado de consumo tem suas artimanhas e armadilhas, devendo ser analisada a linha tênue que separa aquilo que é característico das relações de consumo, daquilo que se apresenta como uma abusividade.

Alguns fatores como a vulnerabilidade inerente às relações de consumo, a falta de informação dos microempresários individuais sobre as diretrizes empresariais, e a vantagem exagerada auferida pelas instituições financeiras corroboram para que existam (e persistam) essas situações que afrontam diretamente os princípios consumeristas.

Inicialmente deve ser destacada a questão do crédito na sociedade atual. Este, em breves linhas, funciona como instrumento de acesso aos bens materiais que geram uma satisfação das necessidades existenciais, que são fruto da ineficiência estatal, bem como dos desejos que extrapolam a noção de mínimo existencial para alcançar os mais diversos anseios que, influenciam de forma determinante nas relações consumeristas (MENEZES, 2005).

Apesar das consequências desastrosas do consumo desenfreado as pessoas são influenciadas e incentivadas a consumir seja pela publicidade, seja pela necessidade, seja pelos incentivos mais diversos.

Os incentivos mais comuns para aumentar o consumo, provêm de políticas macroeconômicas ligadas ao crédito. Como exemplos mais correntes, temos: a diminuição da taxa básica de juros (SELIC); a concessão de subsídios para acesso ao crédito (como foi o caso dos aposentados e pensionistas do INSS); incentivos fiscais para diminuir o preço de alguns produtos que não estão sendo consumidos (por exemplo, IPI para veículos).

O problema é que estes incentivos, aliados aos benefícios que são inerentes à categoria de microempresários individuais, visam fomentar a economia, não se importando com as consequências econômicas e jurídicas que irão advir aos consumidores que, iludidos, acreditam ser essas políticas elementos de facilitação para “montarem a sua empresa”, sem se concentrarem nas consequências que podem advir da formação desta atividade e do capital que deve ser empregado para mantê-la. Assim, após iniciada a atividade, com o intuito de não encerrá-la, acabam estes consumidores incentivados a contrair um empréstimo para não incorrerem em falência, gerando um círculo de dívidas conhecido vulgarmente como “bola de neve”.

O ser humano é dotado de livre arbítrio e de racionalidade, cabendo, pois, a este, decidir se existe a real necessidade de celebrar este contrato ou se o impulso decorre de mero impulso. Podem, e devem, pois, os microempresários resistirem a todos os apelos e incentivos que recebem das instituições concedentes de crédito, planejando o seu capital, sob pena de ingressarem no crescente grupo dos superendividados.

Isto porque, as consequências desta crise financeira implicam na exclusão da empresa do mercado. Aqui deve-se ressaltar que a lei traz um processo específico para a recuperação de empresas de pequeno porte e microempresas¹⁴. No entanto, o esperado é que as mesmas se mantenham em funcionamento, até mesmo em decorrência do Princípio da Preservação da Empresa.

Este decorre da necessidade de preservar a atividade haja vista que dela decorre não apenas lucro para o sócio empresário, mas o sustento de empregados que servem para a mão de obra, o lucro dos fornecedores de matéria prima, a arrecadação do fisco que traz tributos a serem pagos, a satisfação das necessidades dos consumidores e vários outros elementos vinculados a atividade empresarial que devem ser efetivamente preservados sob pena de restar violada a função social da empresa e com isso, trazer prejuízos a uma série de elos desta cadeia.

A preservação da empresa tem por objetivo maior a continuidade no exercício da sua função de responsabilidade perante a sociedade como um todo (função social). Além disso, nos casos das microempresas individuais, além de todas as consequências do fechamento da empresa, o endividamento ainda interfere diretamente na pessoa física, haja vista não haver distinção entre elas, o que pode acarretar consequências desastrosas a estes indivíduos.

Importante ainda destacar a violação a boa-fé dos contratantes, constantemente desobedecida pelos contratos de bancários. O código de Defesa do Consumidor, trouxe à baila a necessidade de que fosse respeitada a boa-fé em todas as fases da relação consumerista, isto resta

¹⁴ As micro e pequenas empresas têm uma dificuldade maior de se manter em funcionamento e um capital mais reduzido, de forma que se oferece a ela a adoção de um processo de Recuperação Judicial com um procedimento mais simplificado e menos dispendioso. Este processo (plano especial) se parece muito com a antiga concordata preventiva e tem como característica o fato de que só é possível adotar um único meio de recuperação (dilação do prazo de pagamento das obrigações). Estas obrigações serão pagas em um tempo mais alongado, em parcelas mensais, iguais e sucessivas, no máximo em 36 parcelas. Além disso, há a possibilidade de que o pagamento da primeira parcela tenha um período de carência de até 180 dias do ajuizamento do pedido. Estes 180 dias, se for utilizado o prazo máximo, importa em 6 meses. Se for usado o número máximo de parcelas, teríamos 41 meses, ou seja, um tempo não maior do que 3 anos para pagar as parcelas. Sobre estas, incide correção monetária. Outra peculiaridade do plano especial para as microempresas e empresas de pequeno porte é que somente se submetem a ele os créditos quirografários.

claro no *caput* do art. 4º do CDC que consagra a autonomia do "*Princípio da Transparência*", que reflete a imposição da boa-fé nas relações de consumo, impondo, assim, nova postura no ambiente contratual.

Vê-se clara a ausência de participação do consumidor/contratante em tais contratações e a consequente vulnerabilidade deste, perante o fornecedor, que se utiliza ao máximo do Princípio da Liberdade contratual e da Autonomia da Vontade, muitas vezes não obedecendo ao Princípio da Boa-Fé nas relações contratuais. (MELLO, 1998, p. 112).

Na concepção objetiva, que é utilizada no Direito do Consumidor e no âmbito contratual, não se analisa o que pensa o fornecedor, examinando-se o que ocorre na prática, ou seja, o seu comportamento na relação contratual. Esta é boa-fé objetiva, que foi utilizada de forma inovadora pelo Código Civil de 2002 e que é considerada como um dos parâmetros fundamentais para a resolução dos conflitos consumeristas, conforme foi explicado no capítulo atinente aos contratos.

A boa-fé objetiva impedirá que já na fase pré-contratual sejam transgredidos os direitos do consumidor, atuando na proteção do pleno conhecimento das condições contratuais, coibindo práticas abusivas como estas, que induzem o consumidor a erro mediante violação do dever de informação.

A boa-fé objetiva imporá, ainda, a vedação do exercício abusivo da posição jurídica do fornecedor de crédito, de maneira a impedir qualquer conduta que colabore para a violação da dignidade humana, como ocorre na situação de superendividamento do consumidor.

Neste sentido, Fábio Konder Comparato (1995), afirma que não se pode exigir o adimplemento de um contrato desarrazoado, que imponha um sacrifício exorbitante ao contratante, aqui no caso, o microempresário individual, sem que seja caracterizada a violação à boa-fé. Isto porque, existem situações em que resta caracterizada a impossibilidade de adimplir, não estando o devedor "apto" a quitar aquela dívida.

Persistindo a imposição de cláusulas e sujeições que tragam ônus exagerados e/ou desnecessários ao consumidor, este pode, com base na violação da boa-fé contratual, requerer a alteração contratual, objetivando a sua revisão ou a sua invalidação, que será adiante estudada.

5 INVALIDAÇÃO CONTRATUAL EM FACE DA VIOLAÇÃO AOS DITAMES CONSTITUCIONAIS

A invalidade é gênero da qual a anulabilidade e a nulidade são espécies. A partir da distinção entre esses dois termos, bem como da análise da violação aos ditames constitucionais provocados pelo caso-paradigma deste trabalho, estaremos diante de um cenário que autoriza a invalidação do instrumento.

Deve-se tomar como base para a fundamentação dessa decisão a questão da autonomia privada, que tem seus limites quando confrontados com os direitos fundamentais, bem como a aplicabilidade desses direitos no âmbito das relações privadas, incluindo os contratos bancários.

Inexiste, hoje, a restrição à aplicação dos direitos fundamentais de forma adstrita às relações entre o Estado e os indivíduos. Este conceito vertical foi sendo aos poucos modificado para que abrangesse as relações em que o Estado não é parte, o que culminou com a aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações horizontais, conforme será detalhado adiante. Conforme aduz Daniel Sarmiento (2004, p. 203):

Quanto maior for a desigualdade (fática entre os envolvidos), mais intensamente será a proteção do direito fundamental em jogo, e menor a tutela da autonomia privada. Ao inverso, numa situação de tendencial igualdade entre as partes, a autonomia privada vai receber uma proteção mais intensa, abrindo espaço para restrições mais profundas ao direito fundamental com ela em conflito.

O Estado passou a assumir, pois, um papel intervencionista, tendo por objetivo proteger a parte desfavorecida, neste caso, o consumidor, para que, assim, seja atingido um equilíbrio contratual.

A autonomia da vontade é a gênese do contrato, posto que reflete a liberdade no âmbito contratual. O contrato ainda existe para que as pessoas interajam com a finalidade de satisfazerem os seus interesses, não podendo haver mácula nas vontades dos contratantes. No ordenamento brasileiro, a autonomia privada foi erigida à condição de direito fundamental, estando expressamente disposta na Constituição Federal.

O contrato, por sua vez, deve ser encarado como uma relação jurídica reconhecida, tendo suas disposições de ser obrigatoriamente cumpridas. Como se costuma dizer “os contratos são lei entre as partes” e, como tal, devem respeitar todas as normas hierarquicamente superiores.

Se considerarmos globalmente as três categorias de obrigações: negociais, de responsabilidade civil e de enriquecimento sem causa, vale destacar que na atual

sociedade de massas se exige uma acrescida proteção, em nome da justiça social, daqueles interesses que aglutinam grandes conjuntos de cidadãos. (NORONHA, 2003, p. 31-32).

A questão contratual, a partir da manifestação estandardizada do consentimento nas relações modernas, adquire especial relevância porque relega os consumidores a uma situação de total impotência, atingindo a massa prejudicada, bem como os potenciais contratantes. Esta submissão dos consumidores faz surgir a necessidade da atitude protetiva do Estado, que atua exercendo o controle contratual administrativo ou judicial. A partir disso serão garantidos os direitos fundamentais dos consumidores.

Conforme foi estudado, não há legislação que imponha o limite de juros cobrados, bem como que sancione as práticas que ocasionem o superendividamento. A ausência de legislação protetiva viola o comando constitucional que impõe a proteção do consumidor como princípio da ordem econômica e, também, os direitos fundamentais inerentes aos superendividados. A título exemplificativo destaca-se a afronta ao princípio da igualdade, na medida em que a norma legal deve imprimir a igualdade jurídica – por meio do reconhecimento de instrumentos de defesa ao hipossuficiente – em relações jurídicas onde exista desigualdade econômica (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2008).

A autonomia da vontade é utilizada, indevidamente, como instituto que, na falta de limites normativos, permite que sejam acordadas cláusulas que ferem direitos fundamentais. Esta postura decorre de uma interpretação errada de que a autonomia da vontade abarca qualquer tipo de negociação, principalmente quando se trata de uma relação consumerista feita com base num contrato de adesão.

A autonomia privada reina na Constituição Federal, mas não absoluta. Além de esbarrar na esfera de autonomia de outros sujeitos privados, deve conciliar-se com os demais valores assegurados pelo Estado Democrático de Direito, como igualdade, solidariedade, segurança, justiça social, autonomia pública. (BRAGA, 2008, p. 105).

A obra supracitada de Paula Sarno define bem os contornos da autonomia privada quando esta confronta outros princípios constitucionais (ou não). A vontade não pode ser soberana aos outros princípios. Muito pelo contrário. A vontade dos contratantes deve estar adstrita às garantias constitucionais sob pena de, em maior ou menos grau, eivar de vícios, nulidade e ilegalidades o quanto pactuado.

Assim, o que deve ser flexibilizado é a autonomia da vontade, adquirindo estas os contornos que lhe são impostos pelo ordenamento jurídico pátrio como forma de preservar os valores sociais esculpidos pelas normas constitucionais e infraconstitucionais da República Federativa do Brasil.

Ademais, o superendividamento é um fenômeno social de grande relevância, não apenas na vida do consumidor que se encontra em tal situação, como também para o credor, que não vislumbra, no ordenamento jurídico brasileiro, meios efetivos para assegurar o recebimento do crédito. Se as instituições financeiras continuarem exercendo de forma irrestrita a autonomia da vontade, nos moldes atuais, sem preocupar-se com a situação dos contratantes, acabarão sendo penalizadas. Isso porque, ao serem desrespeitadas as garantias constitucionais/consumeristas desses indivíduos, continuarão sendo firmadas obrigações que não podem ser adimplidas e que, em decorrência disso, serão invalidadas ou revisadas, trazendo para os bancos a sanção do seu ato, que é o inadimplemento contratual pelo superendividado.

6 CONCLUSÃO

A análise dos elementos básicos no âmbito contratual foi importante no sentido de delimitar os planos de existência, validade e eficácia do instrumento. A partir daí, se pode entender as consequências da invalidação contratual surgida quando os contratos firmados entre o micro empresária individual e as instituições bancárias acabam por ensejar o superendividamento daqueles consumidores.

Superendividamento, decorrente da incapacidade do consumidor de honrar os compromissos que contraiu de boa-fé, se revela como condição que resulta de uma série de causas que fomentam os empréstimos que geram estas dívidas. Estas, por falta de trato do endividado ou pela vantagem exagerada do fornecedor, que parece desejar e forçar uma situação de adimplemento, terminam por se acumular, decorrendo disso uma situação (insustentável) de superendividamento.

Ainda mais grave é a relação do superendividamento com os contratos de empréstimo concedidos aos pequenos empresários individuais, seja pela vulnerabilidade destas empresas, seja pelas consequências que disso decorrem para a atividade empresarial, que corre o risco de não suportar o endividamento.

Diante de toda a análise do cenário que enquadra a questão-problema, não se pode admitir que outra alternativa seja apontada como solução. Trata-se de instituto que violentamente ofende princípios e garantias contratuais e consumeristas dos indivíduos.

A nulidade contratual com base nos vícios de consentimento, a inaplicabilidade das normas superiores, na violação a má-fé, e decorrente de uma série de brechas (e abusividades), reflete a conclusão do tema. Não se pode admitir que se tolere a escancarada violação aos ditames constitucionais no âmbito das relações contratuais privadas que resultam da adesão dos consumidores.

Os magistrados devem, pois, até que seja implementada uma lei que se manifeste sobre o tema do superendividamento, decretar a nulidade dos contratos que se apresentarem, no caso concreto, como elementos que gerem essa situação de extrema fragilidade dos microempresários individuais.

REFERÊNCIAS

ANDRADE JÚNIOR, Milson Nunes de. **Definição de "pequeno empresário" aplicável ao § 2º do art. 1.179 do código civil, em relação aos conceitos de "microempresa" e de "empresa de pequeno porte" definidos pela lei nº 9.841/99.** In: Biblioteca Digital da Câmara dos Deputados. 2005,

BATTELLO, Silvio Javier. A (in)justiça dos endividados brasileiros: uma análise evolutiva. In: MARQUES, Cláudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (Coord.). **Direitos do consumidor endividado: superendividamento e crédito.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

BRAGA, Paula Sarno. **Aplicação do devido processo legal nas relações privadas.** Salvador: JusPodivm, 2008.

CARDOSO, Paulo Leonardo Vilela. **O empresário de responsabilidade limitada.** São Paulo: Saraiva, 2012.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de direito comercial: direito de empresa.** 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

COMPARATO, Fábio Konder. **Direito empresarial: estudos e pareceres.** São Paulo: Saraiva, 1995.

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

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Nova lei de falência e recuperação de empresas**. São Paulo: Atlas, 2005.

_____. **Cartão de crédito, cheque e direito do consumidor**. São Paulo: Atlas, 2011.

FONSECA, Joao Bosco Leopoldino da. **Cláusulas abusivas nos contratos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MAMEDE, Gladston, **Direito empresarial brasileiro: empresa e atuação empresarial**. v. 1. São Paulo: Atlas, 2004.

MARIMPIETRI, Flávia. Consumismo e superendividamento de consumidores. **Teses da Faculdade baiana de Direito**, Salvador, v. 4, 2012.

MARQUES, Claudia Lima; ALMEIDA, João Batista de; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **Aplicação do código de defesa do consumidor aos bancos: ADIn 2.591**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. **Contratos no código de defesa do consumidor**. São Paulo: RT, 2004.

MELLO, Sonia Maria Vieira de. **O direito do consumidor na era da globalização: a descoberta da cidadania**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

MENEZES, Maurício Moreira Mendonça. Cessão e circulação de crédito no Código Civil. In: **Obrigações: estudo na perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. São Paulo: Saraiva: 2003.

OLIVEIRA, Celso Marcelo de. **Contratos bancários e o código de defesa do consumidor: análise da decisão do Supremo Tribunal Federal na ADIN nº 2.591**. São Paulo: Lex, 2006.

RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos de crédito bancário**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SILVA, Luiz Vicente da Cruz e. **A boa-fé objetiva na fase pré-contratual como instrumento de prevenção ao superendividamento do consumidor**. Rio de Janeiro: UERJ, 2010.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira. **Hermenêutica filosófica e direito: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.