

Lei Antitruste: alternativa para microempresas e empresas de pequeno porte combaterem a prática abusiva da cláusula de não cessão de créditos*

Gabriela Corrêa Dias**

Rogério Alexandre de Oliveira Castro***

Introdução. 1 Como dar efetividade ao artigo 73-A da Lei Complementar 123/2006? 2 Controle concorrencial como alternativa para as MPes combaterem a prática abusiva da cláusula de não cessão de créditos. 2.1 Conselho Administrativo de Defesa Econômica. 2.2 Livre iniciativa e livre concorrência. 2.3 Abuso de poder econômico. 2.4 Abuso de posição dominante. 2.5 Atuação do Cade quando houver infração à ordem econômica. Conclusão. Referências.

Resumo

O artigo objetiva analisar, por meio do método dedutivo e de pesquisa bibliográfica e legislativa, a possibilidade de adotar o direito concorrencial como alternativa para a efetividade ao artigo 73-A da Lei Complementar 123, de 14 de dezembro de 2006, que veda cláusulas contratuais que limitam a emissão ou circulação de títulos de crédito ou direitos creditórios originados de operações de compra e venda de produtos e serviços por microempresas e empresas de pequeno porte. Em síntese, é analisada a cláusula de não cessão de crédito imposta por grandes empresas em desfavor de pequenas e microempresas, mesmo existindo a vedação do artigo 73-A e a importância do acesso imediato aos créditos decorrentes da venda e prestação de serviços realizadas pelas pequenas e microempresas para a manutenção dos seus negócios. Apesar de existirem outras alternativas para dar efetividade ao art. 73-A da Lei Complementar 123/2006, entre elas a ação individual e a ação civil pública ajuizada por associações de classe ou pelo Ministério Público para anulação da cláusula de não cessão, concluiu-se que a imposição dessa cláusula por grandes empresas caracteriza infração da ordem econômica tanto por limitar e prejudicar a livre concorrência e a livre iniciativa do pequeno empresário (tolhido de utilizar o seu crédito para capital de giro do negócio), como também pelas grandes empresas exercerem de forma abusiva sua posição dominante e criarem dificuldade ao desenvolvimento de fornecedor de bens ou serviços, caracterizando, respectivamente, violações ao art. 36, I e IV, e § 3º, IV, da Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011.

Palavras-chave: Cláusula de não cessão de crédito. Pequena e microempresa. Abuso do poder econômico. Controle concorrencial.

* Publicação resultante de projeto de pesquisa subvencionado pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (Fapesp) na modalidade auxílio individual (Processo 2016/07578-6), sob orientação do prof. dr. Rogério Alexandre de Oliveira Castro.

** Bacharela em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FDRP/USP). Advogada.

*** Doutor pelo Prolam/USP. Professor de Direito Comercial da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FDRP/USP). Advogado.

Competitive Law as an Alternative for Micro and Small Enterprises Fighting Against Abusive Practice of the Non-Assignment Clause

Abstract

The purpose of this paper is to analyze, through the deductive method and bibliographical and legislative research, the possibility of adopting the competitive law as an alternative to the effectiveness of the provisions of article 73-A of Complementary Law 123/2006, which prohibits contractual clauses that limit the issuance or circulation of securities or credit rights originated from the purchase and sale of products and services by micro and small enterprises. In summary, it is analyzed the clause of non-assignment of credit imposed by companies of great economic power in detriment of small and micro companies, even if there is a prohibition of the aforementioned Article 73-A and the importance of immediate access to credits arising from the sale and provision of services small and micro enterprises for the maintenance of their businesses. Although there are other alternatives to give effectiveness to art. 73-A of Complementary Law 123/2006, among them the individual action and the public civil action filed by class associations or the Public Prosecutor for nullity of the clause of non-assignment of credit, it was concluded that the imposition of this clause by companies of great economic power, is characterized by an infringement of the economic order, both by limiting and harming free competition, and especially by the free enterprise of the small business owner (unable to use his credit for the working capital of his business) abuse their dominant position and create difficulties for the development of suppliers of goods or services, in short, characterize, respectively, violations of art. 36, I and IV, and paragraph 3, IV, of Law 12.299/2011 (Antitrust Law).

Keywords: *Non-assignment clause. Micro and small enterprise. Abuse of economic power. Competitive control.*

Introdução

As microempresas e as empresas de pequeno porte (MPEs)¹ apresentam significativa importância para a economia brasileira, colaboram para a geração de empregos e para o crescimento do Produto Interno Bruto (PIB). No acumulado do primeiro trimestre de 2019, responderam por 27% do PIB e somaram saldo positivo de quase 180 mil postos de trabalho (SEBRAE, 2019).

Nesse sentido, o microcrédito tem papel essencial para que as MPES consigam o capital de giro necessário para a continuidade de suas atividades e investimentos em mão de obra, sistemas de informação, novos produtos e serviços, melhor atendimento ao cliente e novas tecnologias. No entanto, estudos afirmam que o microcrédito no Brasil ainda tem abrangência restrita, atendendo menos de 3% de seu mercado potencial (BARONE, 2002, p. 26-27).

Em busca de capital de giro, as MPES procuram emitir e negociar títulos de crédito por elas emitidos com bancos, sociedades de *factoring* e empresas simples de crédito (ESC).² Entretanto, em

¹ São consideradas microempresas ou empresas de pequeno porte as que auferem, em cada ano-calendário, respectivamente, receita bruta igual ou inferior a R\$360.000,00 e receita bruta superior a R\$360.000,00 e igual ou inferior a R\$4.800.000,00 (art. 3º, I e II, LC 123/2006, com a redação da LC 155, de 27 de outubro de 2016).

² A Lei Complementar 167, de 24 de abril de 2019, criou a Empresa Simples de Crédito (ESC), com atuação exclusivamente no município de sua sede e em municípios limítrofes, voltada para operações de empréstimo, financiamento e desconto de títulos de crédito, exclusivamente com recursos próprios, tendo como destinatários microempreendedores individuais, microempresas e empresas de pequeno porte. A ESC não depende de prévia autorização do BCB para operar. Não poderá captar poupança popular, devendo operar com recursos próprios em montante não superior ao capital social realizado.

virtude da possibilidade prevista no Código Civil brasileiro de pactuação de não cedibilidade dos créditos (art. 286),³ em muitos dos contratos, os pequenos agentes produtivos se deparam com a cláusula de não cessão de crédito, que impede que os créditos atinjam o objetivo principal para o qual foram criados, ou seja, obsta a circulação das riquezas.

O artigo 73-A da Lei Complementar 123/2006, incluído pela Lei Complementar 147, de 7 de agosto de 2014, dispõe que “são vedadas cláusulas contratuais relativas à limitação da emissão ou circulação de títulos de crédito ou direitos creditórios originados de operações de compra e venda de produtos e serviços por microempresas e empresas de pequeno porte”. Todavia, esse dispositivo não traz qualquer sanção expressa para o caso do seu descumprimento.

Assim, o presente estudo tem o objetivo de apresentar alternativa para dar efetividade a esse comando legal, de modo que as MPEs possam negociar livremente os seus créditos e ter acesso imediato ao indispensável capital de giro para a sua atividade, o que é indispensável para a continuidade do negócio.

Para atingir o objetivo proposto, considerando o objeto de estudo desta pesquisa e a demonstração da tese pretendida nesta pesquisa, utilizou-se como técnica de investigação teórica a pesquisa bibliográfica, além de pesquisas legislativa e jurisprudencial no Brasil, realizadas mediante a consulta de livros, periódicos, periódicos científicos e técnicos da área, além de sites especializados da internet. Para a análise, o método dedutivo foi utilizado, na medida em que a demonstração da tese foi realizada por meio de uma sequência de argumentos, cada um provando uma etapa do discurso.

1 Como dar efetividade ao artigo 73-A da Lei Complementar 123/2006?

Embora o citado artigo 73-A tenha potencial para ser de grande utilidade para que as MPEs não tenham obstado o acesso ao capital de giro dos seus negócios, esse dispositivo não trouxe previsão de sanção em caso de descumprimento do seu comando.

Usualmente, para fechar negócios com uma grande empresa, é preciso se submeter a um processo de standardização caracterizado pela adoção de contrato padrão (contrato de adesão), ou seja, pela assinatura de modelos e formulários com cláusulas pré-estabelecidas, que não podem ser alteradas pelas MPEs. Como tais empresas não têm poder para negociar o conteúdo desses contratos padrões, por corolário lógico, não estão livres para contratar e tampouco aceitar deliberadamente a cláusula que veda a cessão do crédito. Ou seja, por temor de que o negócio não se concretize, são forçadas ao aceite, uma vez que dificilmente um pequeno empresário conseguirá ser contratado por uma grande empresa caso se insurja contra a imposição dessa cláusula.

Diante dessa constatação, uma alternativa de solução é obter junto ao Poder Judiciário a declaração de nulidade de cláusula contratual que veda a cessão de crédito. No entanto, é notório que o processo judicial, no Brasil, é custoso e moroso. Em sendo assim, a discussão judicial por ação individual pode não ter efetividade para a MPE, pois, até a decisão final, certamente os títulos decorrentes do contrato cuja cláusula está sendo questionada já terão sido pagos pela grande empresa. Por essa razão, entende-se necessário buscar outros meios que sejam capazes de acompanhar a dinamicidade da economia moderna, com respostas mais rápidas, eficientes e precisas.

³ Art. 286 do Código Civil: “O credor pode ceder o seu crédito, se a isso não se opuser a natureza da obrigação, a lei, ou a convenção com o devedor; a cláusula proibitiva da cessão não poderá ser oposta ao cessionário de boa-fé, se não constar do instrumento da obrigação”.

Outro mecanismo é a utilização da ação civil pública, disciplinada pela Lei 7.347, de 24 de julho de 1985, que, embora também perpassa pela morosidade judicial, apresenta uma vantagem em relação à ação individual ajuizada por MPE, visto que o polo ativo passa a ser ocupado por uma associação de MPEs ou pelo Ministério Público.⁴

Quando o polo ativo do processo é ocupado por apenas uma empresa, é provável que o grande ator econômico que impõe a incredibilidade do crédito deixe de contratar com esse pequeno empresário, como forma de represália ao questionamento judicial. Entretanto, na hipótese de ação civil pública, a possibilidade de represália por parte da grande empresa mostra-se reduzida em relação à ação individual. Além disso, na ação civil pública, a sentença não apenas irá declarar a nulidade da cláusula de não cessão de crédito, mas que também fará coisa julgada *erga omnes*, de forma que a grande empresa não poderá novamente impor a cláusula de não cessão de crédito a pequenos empreendimentos naquele local.

Ainda na perspectiva de evitar a utilização do processo judicial, identifica-se também a possibilidade de se valer do direito concorrencial, isto é, da Lei Antitruste (Lei 12.529, 30 de novembro de 2011), uma vez que, em algumas hipóteses, a imposição de cláusula de não cessão de crédito a MPEs pode caracterizar infração da ordem econômica, especialmente no âmbito do abuso de poder econômico e do abuso de posição dominante.

Assim, embora existam diferentes possibilidades de abordagem, esse artigo faz a análise do objeto de estudo considerando a alternativa pela lei concorrencial, visto se tratar de um mecanismo específico, mais célere, que evita a morosidade judicial e, ainda, pode ter efeitos pecuniários à grande empresa.

2 Controle concorrencial como alternativa para as MPEs combaterem a prática abusiva da cláusula de não cessão de créditos

A seguir, passa-se à análise do direito concorrencial como meio de se contribuir para a efetividade do artigo 73-A da Lei Complementar 123/2006. Para tanto, serão abordados aspectos sobre o órgão competente para análise de questão desta natureza (Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade) e a existência de abuso de poder econômico e abuso da posição dominante das grandes empresas em relação às MPEs ao imporem em seus contratos cláusula de não cessão dos créditos deles oriundos.

2.1 Conselho Administrativo de Defesa Econômica

O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, de acordo com redação original da Lei Antitruste Brasileira (Lei 12.529/2011), era composto pelo Cade e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda. Desde a Medida Provisória 870, de 1º de janeiro de 2019, a estrutura do Ministério da Fazenda foi incorporada ao atual Ministério da Economia, que também incorporou as estruturas dos antigos ministérios do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão; da Indústria, Comércio Exterior e Serviços; e do Trabalho.

⁴ Ação Civil Pública. Direito transindividual do consumidor. Abusividade de cláusula contida em contrato de compra e venda de imóvel. Legitimidade ativa do Ministério Público (EREsp 1.378.938-SP, Corte Especial do STJ, Rel. Min. Benedito Gonçalves, por unanimidade, julgado em 20/06/2018, DJe 27/06/2018).

Ressalta-se que a Secretaria de Acompanhamento Econômico, tratada na Lei Antitruste, foi extinta pelo Decreto 9.266, de 15 de janeiro de 2018, desmembrando-se em Secretaria de Acompanhamento Fiscal, Energia e Loteria e Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência. Posteriormente, os Decretos 9.679/2019 e 9.745/2019 modificaram mais uma vez a organização desses órgãos.

De todo modo, independentemente de sua atual organização, essas Secretarias têm a atribuição de promover a concorrência em órgãos de governo e perante a sociedade, sendo responsável, entre outras atividades, pela emissão de opiniões acerca da promoção da concorrência e de propostas legislativas, a elaboração de estudos avaliando a situação concorrencial de setores específicos da atividade econômica nacional, além da proposição de revisão de leis, regulamentos e outros atos normativos da administração.

Já o Cade pode ser compreendido, atualmente, como uma autarquia federal em regime especial, vinculada ao Ministério da Justiça, que exerce as atribuições dadas pela citada Lei Antitruste, com jurisdição em todo o território nacional e com sede e foro no Distrito Federal (art. 4º). Na realidade, sua criação se deu com a Lei 4.137, de 10 de setembro de 1962, como um órgão do Ministério da Justiça para fiscalizar a gestão econômica e o regime de contabilidade das empresas, sendo que foi transformado posteriormente em autarquia pela Lei 8.884, de 11 de junho de 1994.

O Cade é constituído por três órgãos, quais sejam, o Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, a Superintendência-Geral e o Departamento de Estudos Econômicos (art. 5º). O Tribunal Administrativo tem, entre outras descritas no artigo 9º da Lei 12.529/2011, as funções de zelar pela observância da Lei Antitruste brasileira, decidir sobre a existência de infração da ordem econômica, julgar processos administrativos para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica, instruir o público sobre as formas de infração da ordem econômica e decidir pelo cumprimento das decisões, compromissos e acordos.

Outrossim, a Superintendência-Geral, de acordo com o artigo 13 da Lei Antitruste brasileira, tem o dever de monitorar e acompanhar as práticas de mercado, em especial daqueles que detiverem posição dominante em mercado relevante de bens ou serviços, para prevenir infrações da ordem econômica, de promover inquérito administrativo para apuração de suspeita dessas infrações, bem como de instaurar e instruir processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica, além de outras atribuições descritas no referido dispositivo. Ressalta-se que a investigação acerca de possíveis infrações à ordem econômica usualmente se inicia em representação formulada por qualquer interessado ou em ato de ofício da Superintendência-Geral (FORGIONI, 2012, p. 146).

O Departamento de Estudos Econômicos, consoante o artigo 17 do mesmo diploma legislativo, é dirigido por um economista-chefe com notório conhecimento e que tem a incumbência de elaborar estudos e pareceres econômicos.

Assim, considerando-se o conjunto dos órgãos, pode se dizer que o Cade exerce competência preventiva, repressiva e educativa. No âmbito preventivo, a autarquia analisa e decide acerca de mudanças societárias, tais como fusões, aquisições de controle e incorporações, que possam colocar em risco a livre concorrência. Na seara repressiva, investiga e julga condutas potencialmente nocivas à livre concorrência. Já na competência educativa, instrui a população, incentiva pesquisas acadêmicas, realiza cursos, palestras e seminários e edita publicações e cartilhas para a população, para informar acerca das condutas que podem prejudicar a livre concorrência.⁵

5 CADE. Competências. Disponível em: http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/institucional/copy_of_competencias/capa-interna. Acesso em: 17 nov. 2019.

Pela síntese exposta, verifica-se que o Cade é imprescindível na manutenção da livre concorrência e da livre iniciativa no mercado, sendo considerado autoridade de defesa da concorrência, posto que, na esfera do Poder Executivo, é o órgão responsável por investigar, decidir e punir no âmbito da matéria concorrencial, além de fomentar, disseminar e informar acerca da cultura da livre concorrência. Dito isso, vale ressaltar que a autarquia tem como missão institucional “zelar pela manutenção de um ambiente competitivo saudável, prevenindo ou reprimindo atos contrários, ainda que potencialmente, à ordem econômica, com observância do devido processo legal em seus aspectos material e formal”.⁶

Para compreender a atuação do Cade no âmbito da imposição de cláusula de não cessão de crédito em desfavor das MPEs, faz-se imprescindível que sejam consideradas algumas abordagens conceituais no direito concorrencial pertinentes a esse estudo.

2.2 Livre iniciativa e livre concorrência

O artigo 1º da Lei Antitruste brasileira evidencia que essa legislação estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) e pretende reprimir infrações à ordem econômica, orientada, entre outros, pelos ditames constitucionais de livre iniciativa e livre concorrência, de forma que esse diploma legislativo pode dar concreção a esses princípios. Nesse sentido, o artigo 36, I, da Lei 12.529/2011, que trata das infrações da ordem econômica, tutela o interesse de salvaguardar a livre iniciativa e a livre concorrência (FORGIONI, 2012, p. 135), motivo pelo qual é importante compreender como esses dois conceitos se manifestam na Constituição Federal.

A Constituição Federal, logo em seu artigo 1º, prestigia o princípio da livre iniciativa como um fundamento da República brasileira. Em seu artigo 170, IV, determina que esse princípio é um dos fundadores da ordem econômica do país.

Ressalta-se, assim, que a livre iniciativa, embora seja um termo excessivamente amplo, no âmbito constitucional, não deve ser compreendida do ponto de vista individualista, mas como um valor social, do qual tanto a empresa quanto o trabalho são titulares (GRAU, 2010, p. p. 207-210). Da liberdade de iniciativa se desdobra a garantia da legalidade, ou seja, da não sujeição a qualquer restrição a não ser em virtude de lei (GRAU, 2010, p. 201-210), de sorte que “todos são livres para lançarem-se no mercado e neste terem seu destino ditado somente pelas leis que resultam da interação dos diversos atores do processo de produção e consumo” (BASTOS, 2011, p. 313).

Com essas considerações, entende-se que a livre concorrência determina a compreensão de que nem toda forma de competição ocorrida no mercado é lícita, uma vez que algumas práticas eventualmente podem restringir a atuação de determinados agentes econômicos de maneira tão bruta que os impossibilita de exercer o direito de permanecer no mercado. Por essa razão, o Estado é chamado a coibir e punir tais práticas consideradas abusivas, de modo a concretizar a livre concorrência, permitindo que todos possam se desenvolver no mercado de forma justa e, em última instância, de modo a concretizar o princípio da livre iniciativa (BASTOS, 2011, p. 313).

Portanto, verifica-se que a livre iniciativa e a livre concorrência são pilares imprescindíveis na construção, manutenção e organização da ordem econômica e financeira no país. No entanto, mesmo com a existência desses princípios, há condutas que podem prejudicar o harmônico funcionamento de mercado.

6 CADE. Histórico do CADE. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/institucional/historico-do-cade>. Acesso em: 17 nov. 2019.

2.3 Abuso de poder econômico

O artigo 1º da Lei 12.529/2011 determina que a repressão ao abuso do poder econômico é um dos guias para se combaterem as infrações contra a ordem econômica. Esse dispositivo também elenca a liberdade de iniciativa, a livre concorrência, a função social da propriedade e a defesa dos consumidores como outros parâmetros para proteção da ordem econômica.

Cabe assinalar que o poder econômico não é um direito, mas uma situação fática que permite a determinado agente econômico agir com indiferença e independência em relação aos outros agentes e às leis do mercado (FORGIONI, 2012, p. 264-265). Pode-se dizer que ele consiste na possibilidade de que um indivíduo seja livre para tomar suas decisões econômicas fora dos limites que o mercado imporia na hipótese de se estar diante de um regime concorrencial puro, de modo que esse indivíduo passa, com suas atitudes individuais, a condicionar e conformar certas relações econômicas de troca (BRUNA, 2001, p. 104-105).

O poder econômico também pode ser conceituado como o domínio de recursos, ou seja, de bens e serviços de consumo ou fatores de produção, conferido a um indivíduo, grupo ou país (BARBIERI FILHO, 1984, p. 7). Por meio desse domínio, o agente toma decisões sem condicionantes em relação aos padrões de um mercado concorrencial. Assim, por deterem menos poder econômico, alguns dos demais agentes atuantes naquele mercado necessariamente precisarão arcar com as consequências dessas decisões (NUSDEO, 2013, p. 285-287).

Importante salientar que o poder econômico, a princípio, não sofre qualquer tipo de limitação. Na realidade, sua amplitude é encorajada pelo Estado como forma de também se estimular o desenvolvimento do país (BARBIERI FILHO, 1984, p. 13-14).

Vale dizer que esse poder econômico deve ser exercido em conformidade com os valores sociais previstos na Constituição, entre eles a livre iniciativa e a livre concorrência, que precisam ser exercidos não apenas com o objetivo de lucro, mas também como um instrumento de realização da justiça social. Por essa razão, a liberdade de iniciativa deixa de ser somente uma garantia individual e passa a configurar uma técnica de produção social (BRUNA, 2001, p. 141).

Pode se dizer que o poder econômico deve ser exercido sem que acarrete qualquer tipo de prejuízo, na medida em que um terceiro não pode sofrer limitações à sua liberdade de iniciativa. Assim, quando a utilização do poder econômico passa a caracterizar um obstáculo à iniciativa de demais agentes econômicos ou quando se torna fator determinante para o aumento arbitrário de lucros do detentor desse poder, manifesta-se seu abuso (BARBIERI FILHO, 1984, p. 14).

Com o intuito de coibir essa conduta abusiva, o artigo 173, §4º da Constituição Federal disciplina que “a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”. Assim, percebe-se que o poder econômico não é entendido como exceção ou anomalia, mas como um dado estrutural da própria ordem econômica (BRUNA, 2001, p. 129). Em outras palavras, entende-se que, embora se pretenda impedir o abuso de poder econômico, cada vez mais se configura uma posição realista no Direito brasileiro, fato que requer a regulamentação do uso desse poder (SOUZA, 2002, p. 284).

A utilização da expressão “abuso de poder econômico” no texto constitucional tem duas funções. A primeira delas é equiparar os deveres do detentor do poder econômico aos deveres do Estado, criando, assim, um direito-função; enquanto a segunda é evidenciar o dever de intervenção estatal para assegurar a proteção dos valores constitucionais da ordem econômica (SALOMÃO FILHO, 2001, p. 122-124).

Destarte, pode se dizer que o abuso do poder econômico consiste em utilizar esse poder de forma a desviá-lo de sua função social de concretizar os valores constitucionais (BRUNA, 2001,

p. 167-179). Para ocorrer o abuso do poder econômico, portanto, deve haver abuso do direito à liberdade econômica, liberdade de iniciativa e liberdade de concorrência (FORGIONI, 2012, p. 264). Uma vez comprovado tal abuso, estar-se-á diante de uma infração da ordem econômica, a ser combatida tendo em vista os ditames constitucionais e a Lei 12.529/2011.

Por fim, no âmbito da cláusula de não cessão de crédito, tem-se que a imposição do pacto de não cedibilidade dos créditos pode configurar abuso de poder econômico. Isso porque a grande empresa pode eventualmente dificultar o exercício da livre iniciativa e da liberdade econômica, na medida em que tal conduta dificulta a atividade de MPes, que encontram nessa cláusula obstáculo para obterem capital de giro e, conseqüentemente, para continuar dando seguimento às atividades empresariais.

2.4 Abuso de posição dominante

A Lei Antitruste brasileira se encarregou de delimitar, em seu artigo 36, §2º, o conceito de posição dominante. De acordo com esse dispositivo, ela é presumida:

sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo CADE para setores específicos da economia.

Dessa forma, há duas hipóteses nas quais resta configurada a posição dominante, uma concreta e outra abstrata (TAUFICK, 2012, p. 183).

O critério abstrato se baseia estritamente em números, de forma que se uma empresa ou grupo de empresas controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante,⁷ automaticamente, afigurar-se-á a posição dominante, com a observação de que essa porcentagem pode ser alterada pelo Cade para setores específicos da economia. Todavia, na prática, nem sempre o detentor de 20% de determinado mercado relevante consegue estar em uma posição dominante. Na realidade, isso apenas acontece em mercados pulverizados, atomizados ou pouco concentrados (TAUFICK, 2012, p. 183).

O critério concreto depende da verificação empírica de que determinada empresa ou grupo de empresas consegue alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado, de modo que não ocorre a presunção da posição dominante, mas sim sua aferição, de acordo com as peculiaridades do caso concreto e do mercado em questão (TAUFICK, 2012, p. 183).

Nesse diapasão, entende-se que posição dominante é “aquela que confira a seu detentor quantidade substancial de poder econômico ou de mercado, a ponto de que possa ele exercer influência determinante sobre a concorrência” (BRUNA, 2001, p. 115). Por essa razão, tem-se que a posição dominante está intimamente relacionada com o poder de dominação, ou seja, com o poder de controlar de parcela substancial do mercado relevante (BRUNA, 2001, p. 113-116).

Dentre os critérios indicativos de possível existência de posição dominante, podem ser ressaltados: elevado *marketshare*,⁸ ausência de concorrência potencial, dependência dos consumidores e/ou fornecedores, estrutura avançada da empresa, domínio de tecnologia, grau de crescimento do setor e domínio dos canais de distribuição (FORGIONI, 2012, p. 269-280).

7 Entende-se por mercado relevante a delimitação geográfica na qual não é possível a substituição de um produto por outro, tendo em vista a não existência de substitutos dele ou a impossibilidade de sua obtenção. Com isso, a definição de mercado relevante leva em consideração duas dimensões, quais sejam, a dimensão produto e a dimensão geográfica (SALOMÃO FILHO, 2001).

8 Isso significa que determinada empresa ou grupo de empresas detém percentual elevado do mercado relevante.

Uma vez compreendidas as hipóteses de posição dominante criadas pela legislação, cabe pontuar que o abuso de posição dominante é compreendido em duas óticas pela doutrina (GABAN; DOMINGUES; 2012, p. 139). De um lado, tem-se as condutas unilaterais ou horizontais, nas quais existe uma relação de concorrência entre o agente econômico infrator e os agentes afetados. De outro lado, estão as condutas unilaterais verticais, em que existe uma relação de insumo (fornecedor/cliente) entre o agente econômico infrator e os agentes afetados. Salienta-se que o rol de condutas verticais e horizontais não é exaustivo, havendo casos nos quais ambas ocorrem concomitantemente.

Com isso, pode se dizer que algumas condutas nitidamente configuram ou têm potencial para configurar o abuso de posição dominante, entre elas: aumento abusivo de preços, discriminação de rivais, preços predatórios, venda casada, acordos de exclusividade, programas de fidelidade, políticas de bônus, recusa de venda ou de contratar e fixação de preço de revenda (GABAN; DOMINGUES; 2012, p. 140-157).

Na hipótese de imposição de cláusula de não cessão de crédito, estar-se-á diante de uma conduta unilateral vertical, visto que a MPE figura como fornecedora da grande empresa que impõe o *pactum de non cedendo*. Sobreleva-se, todavia, que a imposição da indigitada cláusula apenas configura abuso de posição dominante se ocorrer em consonância com alguma das hipóteses do artigo 36, §2º da Lei 12.529/2011, ou seja, caso haja mais de 20% de domínio do mercado relevante ou caso seja possível alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado.

2.5 Atuação do Cade quando houver infração à ordem econômica

Para melhor compreender a atuação do Cade, cabe pontuar que a Lei Antitruste brasileira, em seu artigo 36, traz uma extensa lista acerca das infrações da ordem econômica, no chamado controle de condutas (GABAN; DOMINGUES; 2012, 129-133). Esse rol não traz apenas quais são as infrações em si, mas também quais seus potenciais efeitos. Assim, devem ser repelidos pelo Cade as seguintes condutas e efeitos: (a) limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; (b) dominar mercado relevante de bens ou serviços; (c) aumentar arbitrariamente os lucros; e (d) exercer de forma abusiva posição dominante.

Em complemento, o mesmo artigo 36, em seu §3º, traz extenso rol de condutas que caracterizam infração à ordem econômica, do qual são destacadas as seguintes: (a) limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado; (b) criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços; (c) recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais; (d) dificultar ou romper a continuidade ou desenvolvimento de relações comerciais de prazo indeterminado em razão de recusa da outra parte em se submeter a cláusulas e condições comerciais injustificáveis ou anticoncorrenciais.

Ao analisar essa extensa lista, verifica-se que há uma infinidade de condutas e efeitos a serem combatidos pelo Cade, explicitados por meio de um rol exemplificativo. Além disso, alguns atos praticados por empresas podem se encaixar em mais de um inciso do dispositivo. Dessa forma, para que haja a caracterização de infração da ordem econômica, é imprescindível que os atos “tenham por objeto ou possam produzir” os efeitos trazidos pelo artigo 36 da Lei Antitruste brasileira. Isso significa que o efeito deve ser desejado ou esperado, não que ele necessariamente seja possível de ser alcançado (TAUFICK, 2012, p. 149-150).

Com isso, entende-se que, para que determinada prática seja considerada ilegal no âmbito do direito antitruste, não basta que as condutas dos incisos do §3º sejam realizadas. Na realidade, é imprescindível que sejam preenchidos os requisitos do artigo 36, *caput*, incisos e §2º. Em outras palavras, para que uma conduta do §3º seja considerada ilegal, faz-se necessário que sejam produzidos, ainda que potencialmente, efeitos nocivos à livre concorrência (GABAN; DOMINGUES; 2012, p. 159).

Para se realizar o estudo da imposição de cláusula de não cessão de crédito a MPEs, detém-se à análise dos dois incisos que mais se relacionam com a temática, quais sejam, I e IV. Isso porque são esses os principais efeitos que podem potencialmente ocorrer caso haja o *pactum de non cedendo* em face de pequenos agentes econômicos. Trata-se dos efeitos de “limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa” e “exercer de forma abusiva posição dominante”. Por isso, os incisos II e III não serão abordados, na medida em que demandariam um estudo aprofundado e quiçá enfadonho, sendo que pouco contribuiriam para o objeto central da pesquisa.

Dito isso, ressalta-se que o inciso I traz um efeito muito amplo e genérico, capaz de abarcar todas as possíveis infrações da ordem econômica, além de contemplar todos os outros tipos trazidos nos demais incisos desse artigo (TAUFICK, 2012, p. 158-161). Dessa forma, mesmo que o abuso de poder econômico não esteja explicitamente tipificado no artigo 36, essa conduta pode ser punida por meio da Lei Antitruste brasileira, vez que prejudica a livre concorrência e a livre iniciativa, encaixando-se, portanto, nesse inciso I. Por conseguinte, entende-se que se trata de dispositivo importante, uma vez que categorizar precisamente todos os efeitos indesejados para se preservar a livre concorrência e a saúde do mercado é praticamente uma tarefa impossível.

Por essa razão, cabe pontuar que esse inciso I representa uma concreção ao mandamento do artigo 170 da Constituição Federal,⁹ posto que contempla a proteção à livre concorrência e à livre iniciativa, ressaltando-se o já abordado sentido constitucional moderno dessas expressões, como resultado de uma prática concorrencial sem que haja dominação de mercados, eliminação da concorrência e aumento arbitrário de lucros (FORGIONI, 2012, p. 135-137).

Além disso, no âmbito do inciso IV, que trata do abuso de posição dominante, interessa frisar que o simples fato de se estar em uma posição dominante, *per se*, não é vedado. Na realidade, a legislação brasileira tem entendido o poder dominante como um dado da realidade do mercado (BRUNA, 2001, p. 129). Assim, esse inciso tem como premissa que o abuso de posição dominante implica necessariamente restrição à livre iniciativa e à livre concorrência, de forma que pode se dizer que nem toda restrição à livre concorrência ou à livre iniciativa se dá por meio do abuso de posição dominante, mas que não há abuso de posição dominante sem que haja restrição à livre concorrência e à livre iniciativa (FORGIONI, 2012, p. 137-139).

Uma vez compreendidos os efeitos a serem combatidos pela Lei Antitruste brasileira no âmbito da cláusula de não cessão de crédito a MPEs, salienta-se que algumas das condutas descritas pelos incisos do § 3º do mesmo artigo 36 podem ser consideradas relevantes para a compreensão do objeto central da pesquisa, de forma que se faz necessária a análise de alguns desses dispositivos.

Isso porque o *pactum de non cedendo* pode limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado (art. 36, § 3º, III),¹⁰ na medida em que os novos e pequenos empreendimentos tendem a necessitar da circulação de crédito para angariar recursos para dar continuidade ao empreendimento. Dessa forma, limitar-se-ia a livre iniciativa de certos agentes econômicos, uma vez que estes estariam impossibilitados de exercer suas respectivas atividades por conta da falta de capital de giro decorrente dessa pactuação, de modo que a imposição da indigitada cláusula nessas condições indubitavelmente caracterizaria infração à ordem econômica.

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

10 Art. 36, § 3º, “III - caracteriza infração da ordem econômica limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado;”

Ademais, podem ser criadas dificuldades ao funcionamento e ao desenvolvimento (art. 36, § 3º, IV)¹¹ da MPE que seja fornecedora de uma grande empresa que fixe o *pactum de non cedendo*. Isso se deve ao fato de que se torna impossível de conversão dos ativos recebíveis em ativos líquidos, lembrando que uma importante via de obtenção de capital de giro para esses agentes econômicos é a circulação de seus créditos, em especial por meio dos contratos de desconto bancário e de *factoring* (CASTRO, 2015, p. 57-80).

Novamente, a imposição da cláusula de não cessão de crédito se apresenta como um empecilho à livre iniciativa e, por consequência, à livre concorrência, na medida em que, indiretamente, por conta da cláusula de não cessão de crédito, a MPE enfrenta dificuldades para continuar atuando no mercado em função da impossibilidade de transformar os seus créditos futuros em dinheiro imediato; enfim, de obter liquidez e capital de giro para o seu negócio.

Outrossim, a conduta de compelir a MPE a pactuar contratualmente a cláusula de não cessão de crédito pode também representar uma recusa da grande empresa de contratar dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais (art. 36, § 3º, XI).¹² Isso porque, embora o ordenamento jurídico brasileiro admita a pactuação da não cedibilidade do crédito, pode-se dizer que a circulação do crédito é imprescindível para a economia moderna, especialmente para as MPEs. Na realidade, foi apenas por meio da mobilização da riqueza e da circulação dos bens que foi possível realizar as façanhas técnicas, econômicas e científicas, avanços os quais permitiram que a humanidade alcançasse o nível de modernidade atual (ASCARELLI, 2013, p. 46-47).

Nesse sentido, ressalta-se que a função e o efeito do crédito são os de salvar o dinheiro da esterilidade, com o intuito de fecundá-lo para que haja sua utilização na criação de riqueza, sendo que esse ativo que provavelmente permaneceria improdutivo nas mãos de quem não quer ou não pode utilizá-lo diretamente (BORGES, 1976, p. 8). As condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais deveriam, portanto, permitir a cedibilidade do crédito, na medida em que é justamente sua circulação que permite o fortalecimento da economia, por meio do repasse de recursos de poupadores para tomadores.

Vale também pontuar que a ocorrência de represália por parte da grande empresa que eventualmente deixe de contratar com os pequenos empreendimentos que se insurjam em face do *pactum de non cedendo* caracteriza a conduta prevista no inciso art. 36, § 3º, XII da Lei 12.529/2011,¹³ posto que romper-se-á a continuidade das relações comerciais em razão da recusa da outra parte em se submeter a cláusulas injustificáveis.

Sob esse aspecto, pontua-se que a indicada disposição contratual dificulta a continuidade da atividade comercial das MPEs, por conta da impossibilidade de obtenção de capital de giro por meio da circulação de crédito. Além disso, essa pactuação também acaba por acarretar retaliações pelas grandes empresas em desfavor da MPE que eventualmente se recusar a assinar esse contrato estandardizado (BETTI, 2008, p. 143-148), impedindo, portanto, a relação comercial dos pequenos empreendimentos com possíveis parceiros comerciais de grande porte.

Com isso, caso a imposição de cláusula de não cessão de crédito se dê de forma a prejudicar a livre concorrência e a livre iniciativa, ou seja, de modo a impedir que MPEs possam desenvolver livremente suas atividades, é correto que haja intervenção do Cade. Nesse ponto, é relevante asseverar que as investigações usualmente se iniciam por meio de representação formulada por

11 Art. 36, § 3º, “IV - caracteriza infração da ordem econômica criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços;”.

12 Art. 36, § 3º, “XI - caracteriza infração da ordem econômica recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais;”.

13 Art. 36, § 3º, “XII - caracteriza infração da ordem econômica dificultar ou romper a continuidade ou desenvolvimento de relações comerciais de prazo indeterminado em razão de recusa da outra parte em submeter-se a cláusulas e condições comerciais injustificáveis ou anticoncorrenciais;”.

qualquer interessado ou em ato de ofício da Superintendência-Geral (FORGIONI, 2012, p. 146-147), sendo que, a partir da representação, são possíveis três caminhos.

O primeiro deles é o procedimento preparatório para inquérito administrativo de apuração de infrações à ordem econômica, previsto no artigo 66, § 2º da Lei 12.529/2011,¹⁴ caso haja dúvidas acerca da competência do Cade para apurar a questão. O segundo é a abertura de processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica, disciplinado nos artigos 69 e seguintes da Lei Antitruste brasileira, caso haja indícios suficientes acerca da infração. Por fim, o terceiro caminho é a abertura de inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica, disposto nos artigos 66 e seguintes da referida Lei, na hipótese de a Superintendência-Geral concluir que não há indícios suficientes para a instauração do processo administrativo, mas que são necessárias investigações.

Cabe pontuar que eventual condenação em processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica acarreta na aplicação das penas trazidas pelo artigo 37 e seguintes da Lei Antitruste brasileira, que vão desde multa até a proibição de contratar com instituições financeiras oficiais e participar de licitação, a cisão da sociedade, a transferência de controle societário, a venda de ativos ou cessação parcial de atividade, bem como a proibição de exercer o comércio em nome próprio ou como representante de pessoa jurídica, pelo prazo de até cinco anos, entre outras penas descritas naquele dispositivo.

Ressalta-se que impor penas que abalem as estruturas da grande empresa – como a cisão, a transferência do controle societário, a cessação da atividade e a proibição temporária de exercer o comércio – soa como excessivo diante da conduta de se impor cláusula de não cessão de crédito a MPEs. Todavia, cabe salientar que uma vez caracterizada a infração à ordem econômica, é imperativo que haja pelo menos a imposição de multa à grande empresa infratora, posto que isso é imprescindível para a proteção constitucionalmente prevista da livre concorrência e da livre iniciativa.

Ademais, vale lembrar que essas penas, de acordo com o artigo 45 da Lei 12.529/2011,¹⁵ são aplicadas levando-se em consideração fatores como a gravidade da infração, a vantagem pretendida e a reincidência, de forma que se torna possível ponderar qual deve ser o valor da multa a ser aplicada, além de se verificar se há a real necessidade de partir para outra forma de punição mais severa.

A imposição de multa e outras penas pelo Cade apresenta uma enorme vantagem em relação aos demais mecanismos estudados: não perpassa pelo processo judicial. Por óbvio, existe um processo administrativo, no qual o contraditório é preservado, conforme a própria Lei Antitruste brasileira disciplina.¹⁶

Contudo, vale ressaltar que a decisão do processo administrativo é muito mais eficiente que a sentença judicial, na medida em que não apenas condena a empresa a retirar o *pactum* de non cedendo de determinado contrato com determinada MPE, mas também implica uma sanção majoritariamente pecuniária, com base no artigo 37 da Lei Antitruste brasileira e, possivelmente, uma obrigação de retirar de todos os seus contratos padrão essa cláusula, com base no artigo 38, VII do mesmo diploma legislativo.¹⁷

14 Art. 66, "§ 2º - A Superintendência-Geral poderá instaurar procedimento preparatório de inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica para apurar se a conduta sob análise trata de matéria de competência do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, nos termos desta Lei".

15 "Art. 45 - Na aplicação das penas estabelecidas nesta Lei, levar-se-á em consideração: I - a gravidade da infração; II - a boa-fé do infrator; III - a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator; IV - a consumação ou não da infração; V - o grau de lesão, ou perigo de lesão, à livre concorrência, à economia nacional, aos consumidores, ou a terceiros; VI - os efeitos econômicos negativos produzidos no mercado; VII - a situação econômica do infrator; e VIII - a reincidência."

16 "Art. 69. O processo administrativo, procedimento em contraditório, visa a garantir ao acusado a ampla defesa a respeito das conclusões do inquérito administrativo, cuja nota técnica final, aprovada nos termos da norma do CADE, constituirá peça inicial."

17 "Art. 38. Sem prejuízo das penas cominadas no art. 37 desta Lei, quando assim exigir a gravidade dos fatos ou o interesse público geral, poderão ser impostas as seguintes penas, isolada ou cumulativamente: [...] VII - qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica."

Assim, mesmo que a decisão não tenha efeito em curto prazo em relação à circulação de um crédito específico da MPE denunciante, o certo é que o pagamento pecuniário servirá como uma forma de repreensão, de modo que a grande empresa provavelmente não reincidirá nessa infração, deixando, portanto, de impor a indigitada cláusula em seus contratos de compra e venda de produtos e serviços com pequenos agentes produtivos.

Outrossim, entende-se que eventual condenação de determinada empresa no Tribunal Administrativo de Defesa Econômica por prática de infração da ordem econômica ao impor a cláusula de não cessão de crédito também terá um caráter preventivo, como exemplo para que outras empresas deixem de inserir essa disposição em seus contratos standardizados.

Entretanto, esse mecanismo também apresenta desvantagens, na medida em que o artigo 36 da Lei 12.529/2011 determina ser necessário que haja conduta e efeito, mesmo que em potencial, para se caracterizar a infração à ordem econômica. Dessa forma, não basta pura e simplesmente que ocorra a imposição de cláusula de não cessão de crédito a MPEs para que uma grande empresa seja investigada e punida pelo Cade por conta de infração da ordem econômica.

Na realidade, é preciso que estejam preenchidos todos os requisitos legais, motivo pelo qual é necessário comprovar que essa imposição causou, mesmo que potencialmente, os efeitos de prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa (inciso I) ou de se exercer abusivamente a posição dominante (inciso IV), o que nem sempre é simples de ser realizado no plano fático. Por isso, entende-se que nem toda imposição de *pactum de non cedendo* a MPEs necessariamente configura uma infração à ordem econômica e, conseqüentemente, nem toda imposição pode dar início a um processo administrativo no âmbito da defesa da concorrência.

Por essa razão, conclui-se que é relevante a atuação do Cade como meio de imposição de sanções às condutas de grandes empresas que, ao incluírem o *pactum de non cedendo* em seus contratos standardizados (BETTI, 2008, p. 143-148), configurem infrações à ordem econômica, nos termos do artigo 36, I e IV da Lei 12.529/2011, ressaltando-se que a comprovação de que essa conduta foi ilegal no âmbito do direito concorrencial não é algo simples de ser realizado.

Por conseguinte, pontua-se que a atuação do Cade como agente que tem a missão de “zelar pela manutenção de um ambiente competitivo saudável, prevenindo ou reprimindo atos contrários, ainda que potencialmente, à ordem econômica”¹⁸ perpassa, necessariamente pela problemática de buscar mecanismos que tragam efetividade ao artigo 73-A da Lei Complementar 123/2006. Isso porque as MPEs são parcelas significativas da geração de renda e de empregos no país, de forma que é imprescindível que essas sejam estimuladas e, portanto, que eventuais abusos sofridos por esses agentes econômicos sejam repelidos.

Com isso, encontra-se na Lei Antitruste brasileira um relevante mecanismo que possibilita dar efetividade ao artigo 73-A da Lei Complementar 123/2006, em especial por conta do caráter preventivo e repressivo da atuação do Cade, na medida em que eventuais condenações nesse âmbito representariam tanto um exemplo para que demais empresas não incorram na mesma conduta, quanto uma coibição para que a empresa condenada deixe de impor a cláusula de não cessão de crédito a MPEs.

Por fim, ressalta-se que a atuação do CADE não pode ser utilizada como único mecanismo de efetivação do artigo 73-A da Lei Complementar 123/2006, uma vez que a ocorrência de infração da ordem econômica não é algo simples de ser comprovado. Dessa forma, imprescindível que as MPEs disponham, a depender das peculiaridades do caso concreto, de uma pluralidade de instrumentos, abordados de forma tangencial neste artigo, para fazer valer seu direito de circular créditos independentemente de disposições contratuais, de modo a permitir que consigam converter os ativos recebíveis em ativos líquidos e, por conseguinte, possam angariar capital de giro para dar continuidade ao empreendimento.

¹⁸ CADE. Histórico do CADE. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/institucional/historico-do-cade>. Acesso em: 17 nov. 2017.

Conclusão

O estudo desenvolvido neste artigo partiu da premissa de que a efetividade do art. 73-A da Lei Complementar 123/2006, introduzido pela Lei Complementar 147/2014, viabilizará a circulação do crédito da MPE e, por consequência, o acesso ao capital de giro indispensável à continuidade dos seus negócios.

Embora o artigo 73-A da Lei Complementar 123/2006 tenha potencial para ser de grande utilidade para que as MPEs não tenham obstado o acesso ao capital de giro tão necessário para os seus negócios, esse dispositivo não trouxe a previsão de sanção em caso de descumprimento do seu comando.

Assim, levantou-se a seguinte questão: quais as alternativas para se buscar a efetividade do citado artigo 73-A da Lei Complementar 123/2006?

Uma alternativa é obter junto do Poder Judiciário, por meio de ação individual por parte da MPE, a declaração de nulidade de cláusula contratual que veda a cessão de crédito.

Alternativamente, é possível se utilizar de ação civil pública, ajuizada por associação de MPEs ou pelo Ministério Público, para obter o reconhecimento da nulidade da cláusula de não cessão imposta pelas grandes empresas nos contratos celebrados com a MPE.

Para tentar se evitar a utilização do custoso e moroso processo judicial, muitas vezes com efeitos práticos comprometidos, identificou-se também a possibilidade de se valer do direito concorrencial, isto é, da Lei Antitruste (Lei 12.529/2011) para tornar efetivo o comando do art. 73-A da Lei Complementar 123/2006, posto que, em algumas hipóteses, a imposição de cláusula de não cessão de crédito a MPEs pode caracterizar infração da ordem econômica, especialmente no âmbito do abuso de poder econômico e do abuso de posição dominante. E é essa alternativa pela lei concorrencial que foi analisada neste artigo.

Nesse contexto, conclui-se que, tendo em vista a vedação expressa à utilização de cláusula de não cessão em contratos que prejudiquem a MPE (art. 73-A da LC 123/2006), a sua adoção por parte das grandes empresas pode caracterizar infração da ordem econômica tanto por limitar e prejudicar a livre concorrência e, principalmente, a livre iniciativa do pequeno empresário (tolhido de utilizar o seu crédito para capital de giro do seu negócio), como também por exercer as grandes empresas de forma abusiva de sua posição dominante. Enfim, em linhas gerais, a utilização da cláusula de não cessão nesse contexto implica violação ao disposto no artigo 36, I e IV, da Lei 12.529/2011.

De forma mais específica, a imposição pelas grandes empresas dessa cláusula em desfavor de MPEs pode caracterizar também, de forma mais específica, infração à ordem econômica, por criar dificuldade ao desenvolvimento de fornecedor de bens ou serviços (isto é, de pequenos empresários que vendem bens e prestam serviços às grandes empresas). Enfim, a utilização da cláusula de não cessão nesse contexto implica violação ao disposto no artigo 36, § 3º, IV, da Lei 12.529/2011.

Caracterizada a infração da ordem econômica, o Cade poderá atuar e condenar a grande empresa ao pagamento de multa de 0,1% a 20% do valor do seu faturamento bruto, conforme previsto o artigo 37, I, Lei 12.529/2011, como também obrigá-la a não mais adotar a cláusula de não cessão de crédito nos contratos padrões que vier a celebrar com as MPEs fornecedoras de bens e serviços, nos termos do artigo 38, VII, da citada lei.

Mesmo reconhecendo que a decisão final do Cade também não é célere, entende-se que a simples abertura de processo administrativo nesse órgão poderá ter um efeito preventivo para exclusão imediata e voluntária por parte da grande empresa da cláusula de não cessão em desfavor de MPEs que contrata, como forma de evitar o risco da discussão da existência da prática de infração da ordem econômica, que, se confirmada, poderá lhe impor a revisão de seus contratos padrões, além de multas elevadas.

Referências

- ASCARELLI, Tulio. **Teoria geral dos títulos de crédito**. Campinas: Servanda, 2013.
- BARBIERI FILHO, Carlo. **Disciplina jurídica da concorrência: abuso do poder econômico**. São Paulo: Editora Resenha Tributária, 1984.
- BARONE, Francisco Marcelo; LIMA, Paulo Fernando; DANTAS, Valdi; REZENDE, Valéria. **Introdução ao microcrédito**. Brasília: Conselho da Comunidade Solidária, 2002.
- BASTOS, Celso Ribeiro. O princípio da livre concorrência na Constituição Federal. In: Clèmerson Merlin Clève e Luís Roberto Barroso (Org.). **Direito constitucional: constituição econômica, financeira e social**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Tradução de Servanda Editora. Campinas: Servanda Editora, 2008.
- BORGES, João Eunápio. **Títulos de crédito**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976.
- BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 17 nov. 2019.
- BRASIL. **Lei Complementar 123, de 14 de dezembro de 2006**. Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte; altera dispositivos das Leis no 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 10 de maio de 1943, da Lei no 10.189, de 14 de fevereiro de 2001, da Lei Complementar no 63, de 11 de janeiro de 1990; e revoga as Leis no 9.317, de 5 de dezembro de 1996, e 9.841, de 5 de outubro de 1999. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp123.htm. Acesso em: 17 nov. 2019.
- BRASIL. **Lei Complementar 147, de 7 de agosto de 2014**. Altera a Lei Complementar no 123, de 14 de dezembro de 2006, e as Leis nos 5.889, de 8 de junho de 1973, 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, 9.099, de 26 de setembro de 1995, 11.598, de 3 de dezembro de 2007, 8.934, de 18 de novembro de 1994, 10.406, de 10 de janeiro de 2002, e 8.666, de 21 de junho de 1993; e dá outras providências. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp147.htm. Acesso em: 17 nov. 2019.
- BRASIL. **Lei Complementar 155, de 27 de outubro de 2016**. Altera a Lei Complementar no 123, de 14 de dezembro de 2006, para reorganizar e simplificar a metodologia de apuração do imposto devido por optantes pelo Simples Nacional; altera as Leis nos 9.613, de 3 de março de 1998, 12.512, de 14 de outubro de 2011, e 7.998, de 11 de janeiro de 1990; e revoga dispositivo da Lei no 8.212, de 24 de julho de 1991. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp155.htm. Acesso em: 17 nov. 2019.
- BRASIL. **Lei Complementar 167, de 24 de abril de 2019**. Dispõe sobre a Empresa Simples de Crédito (ESC) e altera a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998 (Lei de Lavagem de Dinheiro), a Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, e a Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006 (Lei do Simples Nacional), para regulamentar a ESC e instituir o Inova Simples. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp167.htm. Acesso em: 17 nov. 2019.

BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 17 nov. 2019.

BRASIL. **Lei 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 nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm. Acesso em: 17 nov. 2019.

BRASIL. **Lei 4.137, de 10 de setembro de 1962**. Regula e repressão ao abuso do Poder Econômico. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4137impressao.htm. Acesso em: 17 nov. 2019.

BRASIL. **Lei 7.347, de 24 de julho de 1985**. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm. Acesso em: 17 nov. 2019.

BRASIL. **Lei 8.884, de 11 de junho de 1994**. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8884.htm. Acesso em: 17 nov. 2019.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1.378.938-SP. Embargante: Ministério Público Federal. Embargada: Scopel Empreendimentos e Obras S/A e outros. Relator: Ministro Benedito Gonçalves. Brasília, 20 de junho de 2018. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente= ITA&sequencial=1726790&num_registro=201301109619&data=20180627&formato=PDF. Acesso em: 17 nov. 2019.

BRUNA, Sérgio Varella. **O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício**. 1 ed. 2 tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

CADE. **Competências**. Disponível em: http://www.CADE.gov.br/aceso-a-informacao/institucional/copy_of_competencias/capa-interna. Acesso em: 17 nov. 2017.

CADE. **Histórico do CADE**. Disponível em: <http://www.CADE.gov.br/aceso-a-informacao/institucional/historico-do-CADE>. Acesso em: 17 nov. 2017.

CASTRO, Rogério Alexandre de Oliveira. O factoring, o art. 73-A da LC 123/2006 (incluído pela LC 147/2014) e a vedação da cláusula de não cessão quando a faturizada for microempresa ou empresa de pequeno porte. **Revista de Direito Empresarial**, v. 3, n. 11, p. 57-80, set./out., 2015.

FORGIONI, Paula Andre. **Os fundamentos do antitruste**. 5 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito antitruste**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica**. 14 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2010.

NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: introdução ao Direito Econômico**. 7 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Condutas tendentes à dominação dos mercados: análise jurídica**. Tese apresentada para concurso de Professor Titular de Direito Comercial na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: 2001. p. 122-124

SEBRAE. **Apesar da queda em março, pequenos negócios lideram abertura de vagas no ano**. Disponível em: <http://www.agenciasebrae.com.br/sites/asn/uf/NA/apesar-da-queda-em-marco-pequenos-negocios-lideram-abertura-de-vagas-no-ano,8ded8e14ab65a610VgnVCM1000004c00210aRCRD>. Acesso em: 17 nov. 2019.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Lições de direito econômico**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

TAUFICK, Roberto Domingos. **Nova Lei Antitruste brasileira: a Lei 12.529/2011 comentada e a análise prévia no direito da concorrência**. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 2012.