

Prêmio IBRAC-TIM 2019

RECUSA DE CONTRATAR POR MOTIVAÇÃO AMBIENTAL E RACIONALIDADE ECONÔMICA: O PAPEL DO DIREITO ANTITRUSTE NA DEFESA DO MEIO AMBIENTE

Levi Borges de Oliveira Veríssimo

Resumo: O presente estudo tem por objetivo responder à seguinte pergunta: a recusa de contratar motivada pela defesa do meio ambiente constitui infração à ordem econômica na forma do artigo 36 da Lei n. 12.529, de 2011 (Lei de Defesa da Concorrência)? A questão surge no momento em que empresas estrangeiras se recusaram a negociar produtos brasileiros em razão de preocupação com queimadas e desflorestamento na região amazônica. Para tanto, o estudo analisa o panorama legal aplicável (constitucional, civil e concorrencial), bem como a jurisprudência antitruste nacional e estrangeira. Por fim, o estudo busca aplicar as teorias e precedentes relativos à racionalidade da recusa de contratar aos casos fundados em motivação ambiental. O estudo conclui que a análise da conduta não prescinde da avaliação de eventuais impactos concorrenciais.

Palavras-chave: Direito Antitruste. Direito Ambiental. Recusa de contratar. Desmatamento. Impactos concorrenciais.

Keywords: *Antitrust Law. Environmental Law. Refusal to deal. Deforestation. Competition impacts.*

1. Introdução

A evolução e complexidade dos mercados modernos transformaram as relações comerciais, que passaram a abranger e considerar um número crescente de fatores externos aos meramente econômicos. Temas de interesse social, como a repercussão ambiental, trabalhista e consumerista dos negócios ganham gradativa importância na avaliação dos impactos das transações. Nesse sentido, recentemente, empresas importadoras de produtos brasileiros comunicaram o boicote ao mercado nacional, impondo como condição aos exportadores que comprovassem o cumprimento das normas de preservação ambiental assumidas pelo Brasil.

Para além dos efeitos diplomáticos e simbólicos das medidas, a postura repercute em diferentes esferas do mundo jurídico. O objetivo do

presente estudo é avaliar a legalidade da medida sob a ótica concorrencial, em que o mecanismo adotado pelas empresas é conhecido como recusa de contratar. Tal avaliação, no entanto, não pode ser feita de maneira isolada no ordenamento jurídico, de modo que consideraremos também o regramento constitucional e civil aplicável à hipótese.

Do ponto de vista constitucional e civil, a autonomia da vontade, liberdade de iniciativa e de contratar balizam a postura das empresas nos respectivos mercados, sempre em observância aos princípios gerais do direito e à função social do contrato. Com efeito, o Direito Antitruste, enquanto instrumento de política pública, evoluiu ao longo dos anos: de ferramenta de combate aos cartéis, na parte final do século XIX, a instrumento de política econômica, na segunda metade do século XX. A doutrina econômica atual converge, de certo modo, que o bem-estar econômico é o objetivo da política antitruste.

Assim, do ponto de vista antitruste, o enquadramento jurídico da prática não encontra resposta simples ou única. Embora, em regra, um agente econômico não tenha a obrigação de negociar com concorrentes, a eventual imposição de obrigação de contratar com concorrente poderia ser entendida inclusive como incompatível com os objetivos do Direito Antitruste, que tem como premissa a livre-concorrência. Contudo, tribunais e agências de defesa da concorrência entendem ser possível classificar a recusa de contratar como ilícito antitruste em determinadas hipóteses.

Trata-se da situação em que o agente econômico deixa de negociar determinado bem ou serviço com outros agentes econômicos. No âmbito concorrencial, a questão levanta preocupações especialmente - mas não exclusivamente - quando o bem ou serviço cujo acesso é negado tem caráter indispensável para a empresa que não pôde contratá-lo. Desse modo, entende-se que a racionalidade econômica da medida deve ser abordada sob diferentes óticas, conforme o caso concreto.

Nesse contexto, o presente estudo tem por objetivo responder à seguinte pergunta: a recusa de contratar por motivação ambiental constitui infração à ordem econômica na forma do artigo 36 da Lei n. 12.529, de 2011 (Lei de Defesa da Concorrência)? Para tanto, analisaremos inicialmente a liberdade de iniciativa e a liberdade de contratar sob as óticas do Direito Constitucional e Civil, para que sejam extraídas diretrizes gerais de interpretação. Em seguida, passaremos a abordar a racionalidade da prática do ponto de vista antitruste, brasileiro e estrangeiro, inclusive com a

análise jurisprudencial. Por fim, o estudo busca aplicar as teorias e precedentes relativos à racionalidade da recusa de contratar aos casos fundados em motivação ambiental.

2. Breves comentários sobre livre iniciativa e liberdade de contratar

A liberdade de contratação é importante fator na concorrência entre agentes econômicos. A dinâmica competitiva depende, em maior ou menor medida, da opção dos agentes pela contratação desse ou daquele produto ou serviço. Não sem razão, a Constituição Federal estabelece no rol de fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, IV) a livre iniciativa, da qual decorre a liberdade de contratar. Conforme a lição de Marlon Tomazette:

Um dos fundamentos da República Federativa do Brasil é a livre iniciativa (art. 1º, IV, da Constituição Federal), pelo qual deve-se garantir aos indivíduos o acesso às atividades e o seu exercício. Tal princípio tem uma função social, ele não é absoluto e deve compatibilizar com outros princípios constitucionais, sobretudo os princípios da função social da propriedade e da livre concorrência. Assim, o princípio da livre iniciativa não representa uma liberdade econômica absoluta; o Estado pode limitar a liberdade empresarial, respeitando os princípios da legalidade, igualdade e proporcionalidade, ponderando os valores da livre iniciativa e da livre concorrência¹.

Segundo o artigo 421 do Código Civil, a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato. A recente edição da Medida Provisória nº 881, popularmente conhecida como “MP da Liberdade Econômica” e autodenominada “Declaração de Direitos da Liberdade Econômica”, acrescentou à parte final do referido dispositivo a expressão “observado o disposto na Declaração de Direitos de Liberdade Econômica”.

Com inspiração de viés liberal, a Declaração incluiu também o parágrafo único ao artigo 421, que diz prevalecer o princípio da intervenção

¹ TOMAZETTE, Marlon. *Curso de Direito Empresarial, Volume 1: teoria geral e direito societário* – 5ª ed. – São Paulo: Atlas, 2013, p. 629 – 630.

mínima do Estado nas relações contratuais privadas, sendo “excepcional” a revisão contratual determinada de forma externa às partes.

Nesse sentido, sabe-se que o conceito de livre iniciativa surgiu em momento histórico no qual predominavam os ideais do liberalismo clássico. Naquele cenário, as liberdades de empreender e contratar eram entendidas da maneira mais ampla e menos restritiva possível. Conforme a lição de José Afonso da Silva, até a década de 1920, a liberdade de iniciativa econômica significava aos proprietários a possibilidade de troca e uso de bens, como decorrência do caráter absoluto da propriedade e da autonomia da vontade².

Por outro lado, necessário destacar que a liberdade de iniciativa jamais foi um direito absoluto, mesmo no auge do liberalismo clássico. A transformação do direito constitucional e a afirmação do interesse social nos ordenamentos jurídicos, bem como a necessidade de evitar que a liberdade de contratar seja usada de forma contrária ao seu propósito, levaram à formulação de regras limitadoras desses direitos. Portanto, embora represente o exercício da autonomia da vontade, a recusa de contratar deve observar os princípios e as cláusulas gerais do direito civil, especialmente sua função social.

Nesse sentido, Tércio Sampaio Ferraz Jr. lembra que o fato das atividades econômicas serem, em regra, desempenhadas por agentes privados, não significa uma “ordem *laissez faire*”, pois a livre iniciativa se conjuga com a valorização do trabalho humano. Assim, diz o autor, “não há (...) um sentido absoluto e ilimitado na livre iniciativa, que por isso não exclui a atividade normativa e reguladora do Estado”³.

Em linhas gerais, entende-se que a recusa de contratar é compatível com o ordenamento constitucional e civil - e até mesmo decorre logicamente do conceito de livre iniciativa. De toda forma, mesmo nesse âmbito o ordenamento jurídico impõe limites gerais a essa recusa, principalmente - mas não limitando-se - a boa-fé e o princípio da sociabilidade.

² SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999, pp. 767-768).

³ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *A economia e o controle do Estado*, parecer publicado no jornal O Estado de S. Paulo, p. 50, em 04.06.1989, apud GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, 5ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000, p. 232.

Assim, sem a pretensão de discutir propriamente todas as formas de limitação da livre iniciativa e da liberdade de contratar, o ordenamento jurídico pátrio consagrou um sistema de intervenção do Estado na economia, inclusive em relação à liberdade de contratar, para que seja garantido o interesse coletivo e a livre-concorrência. No mesmo sentido, conforme ensina Eros Grau, a livre concorrência estabelecida no art. 170 da Constituição Federal pressupõe a “desigualdade ao final da competição, a partir, porém, de um quadro de igualdade jurídico-formal⁴”.

3. A recusa de contratar sob o ponto de vista concorrencial.

Há uma tensão natural entre a doutrina antitruste e a imposição da obrigação de contratar. Em tese, a aplicação do direito antitruste tem como premissa a noção de que a concorrência entre agentes aumenta o bem-estar do consumidor - de modo que obrigá-los a cooperar violaria tal premissa. Conforme observa Calixto Salomão Filho:

Nem sempre uma regra concorrencial que sancione a recusa de contratar estará excepcionando o princípio da liberdade de iniciativa. É o que ocorre, por exemplo, nos casos de rompimento injustificado das relações negociais, o caso mais recorrente em matéria de aplicação do dispositivo a respeito da recusa de contratar.

(...)

O princípio da força obrigatória dos contratos dá o tom e os limites para a interpretação do princípio da liberdade de iniciativa no campo privado (ainda que, obviamente, a liberdade de iniciativa não se resume à liberdade de contratar)⁵.

Calixto Salomão Filho⁶ divide em três as hipóteses de recusa de contratar: (i) recusa de contratar em mercados caracterizados pela existência de bens de utilidade pública; (ii) recusa de contratar em mercados

⁴ GRAU, Eros Roberto. In: Comentários à Constituição do Brasil. Coord. CANOTILHO, J. J. Gomes. MENDES, Gilmar Ferreira. SARLET, Ingo Wolfgang. STRECK, Lênio Luiz. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 244.

⁵ SALOMÃO FILHO, C. Direito Concorrencial. São Paulo: Malheiros, p. 535.

⁶ SALOMÃO FILHO, C. *Direito Concorrencial*. São Paulo: Malheiros, 2013, pp. 537-546.

caracterizados por deficiências de informação; e (iii) recusa de contratar nas relações horizontais ou verticais. Em todos os casos, Calixto Salomão afirma que o direito antitruste não admite a caracterização de práticas *per se*. Assim, o que difere as formas de recusa é a justificativa, que deve ser convincente.

Para avaliar a justificativa, o autor aponta que é necessário considerar o sujeito ativo da recusa de contratar (se detém poder de mercado) e a natureza da relação jurídica em que a prática se deu. Por fim, a caracterização da relação como horizontal ou vertical qualificaria as justificativas como aceitáveis ou não – considerando fatores como dependência econômica e caráter essencial do serviço.

No caso de recusa de contratar horizontal, os agentes econômicos acordam, expressa ou tacitamente, a exclusão de determinados concorrentes dos serviços prestados. Por se tratar de relação horizontal, tais casos são mais comuns envolvendo associações e entidades de padronização, que podem deixar de contratar ou fornecer certificação a determinado concorrente - boicote -, como meio de restringir a concorrência e dividir o mercado. A recente discussão sobre a boicote aos filmes do Netflix na cerimônia do Oscar é um exemplo de recusa de contratar horizontal⁷. Nesses casos, a justificativas seriam convincentes se o processo seletivo é essencial para a associação (em razão de critérios de qualidade).

Por sua vez, as recusas de contratação verticais ocorrem quando agentes que se relacionam na mesma cadeia produtiva como fornecedor e adquirente. Assim, haveria recusa de contratar vertical quando determinado fabricante de peças automotivas deixasse de fornecer equipamentos a determinada montadora. Como não há, necessariamente, concorrência entre agentes nessa hipótese, há maior probabilidade que a conduta seja motivada por motivação anticompetitiva.

O potencial efeito anticoncorrencial da recusa de contratar decorre, ainda, da possibilidade de empresa dominante estar verticalmente integrada com um concorrente à jusante ou à montante, de modo que há incentivo para

⁷ The Verge: *Justice Department says attempts to prevent Netflix from Oscars eligibility could violate antitrust law*

<https://www.theverge.com/2019/4/2/18292773/netflix-oscars-justice-department-warning-steven-spielberg-eligibility-antitrust-law>. Acesso em 10.09.2019.

utilizar seu poder no mercado para diminuir o grau de concorrência que enfrenta no mercado secundário.

Ainda quanto à abordagem concorrencial do tema, o ordenamento jurídico brasileiro pune as infrações à ordem econômica na forma do art. 36 da Lei n. 12.529, de 2011 (correspondente ao art. 21, XII, da Lei 8.884, de 1994), que veda condutas que por objeto os seguintes efeitos: (i) limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; (ii) dominar mercado relevante de bens ou serviços; (iii) aumentar arbitrariamente os lucros; e (iv) exercer de forma abusiva posição dominante.

Segundo o teor expresso da norma, a recusa de contratar pode ser vista como um ilícito antitruste tanto sob a ótica vertical como horizontal. O art. 36, §3º, XI, da Lei n. 12.529, de 2011, estabelece expressamente que recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais, caracteriza infração da ordem econômica. No entanto, apesar da previsão legal expressa, a jurisprudência do Cade não considera a recusa de contratar um ilícito concorrencial *per se*, pautando-se na liberdade de iniciativa, desde que a conduta não acarrete danos à concorrência, a exemplo do entendimento firmado no Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94 (E-Commerce Media Group v. Google Inc.).

A recusa de contratar foi analisada por ocasião do julgamento do Processo Administrativo 53500.000359/99, em que a DirecTV pleiteava acesso ao sinal aberto da Rede Globo. No caso, o Cade considerou que o sinal aberto não era uma *essential facility*, de modo que seria lícita a recusa em contratar⁸. Cabe destacar, no entanto, que a jurisprudência do Cade sobre o tema ainda é incipiente, uma vez que diversos casos são encerrados por termos de compromisso de cessação, sem um exame de mérito pelo tribunal.

No âmbito do Processo Administrativo nº 08012.007505/2002-48, a Helicópteros do Brasil S.A. – Helibrás foi acusada de recusa de fornecer manuais de serviços técnicos de suas aeronaves à concorrente Líder Signature S.A. Segundo a representação, a única justificativa para a recusa seria o desejo de monopolizar o mercado de serviços técnicos de manutenção. A empresa representada firmou Termo de Compromisso de Cessação de Prática homologado em 2005, obrigando-se a fornecer os manuais referentes aos helicópteros da marca Eurocopter às empresas prestadoras de serviços de manutenção dessas aeronaves.

⁸ Vide, ainda, PA 08012.003048/01-31 (Associação NeoTV vs. Globo S.A.).

Ressalte-se que a preocupação concorrencial relativa à recusa de contratar é maior especialmente quando o objeto do contrato é uma infraestrutura essencial (*essential facility*⁹). Nesse contexto, dado que a recusa de acesso à infraestrutura tem o condão de inviabilizar a própria atividade empresarial dos concorrentes, há na jurisprudência antitruste a tendência de caracterização da conduta como ilícito *per se*. O entendimento da Conselheira Ana Frazão no Processo Administrativo nº 08012.003918/2005-14 sintetiza esse entendimento:

O raciocínio, aliás, é semelhante ao não compartilhamento de *essential facility*. Em regra, não sendo possível uma solução estrutural para o problema, dada a impossibilidade de o bem ser duplicado, a regulação exige que o acesso aos bens essenciais seja garantido com preços e condições que tornem viável e competitiva a atividade das empresas que deles dependem. No setor de telecomunicações, essa obrigação está prevista no art. 152 da Lei 9.472/1997. Isso, entretanto, não afasta a incidência da legislação antitruste, caso haja o uso indevido do referido bem, que poderá ser punido como uma recusa ilegítima ao dever de contratar.

No cenário internacional, o *Federal Trade Commission*, agência americana competente para aplicação da legislação antitruste, define a recusa de contratar da seguinte forma:

⁹ “Geralmente, uma estrutura é considerada como "essencial" se os concorrentes não conseguem competir no mercado sem o acesso a ela. O segundo elemento, que a duplicação da estrutura pode ser impraticável ou irrazoável, não pode ser comprovado somente pela demonstração de que o acesso à estrutura da Representada é mais econômico quando comparado com outras alternativas. Como a própria palavra 'essencial' indica, um demandante deve demonstrar mais do que inconveniência ou perda econômica; ele precisa demonstrar que uma alternativa para a estrutura não é factível. O terceiro elemento, recusa de acesso, pode ser uma recusa completa ou uma recusa construída - como por exemplo taxas irrazoáveis ou alterações no serviço. O quarto elemento é relacionado com os fatos e parece não existir padrões gerais de avaliação”. Vide: OCDE, Policy Roundtables: Refusals to Deal. Disponível em: <<https://www.oecd.org/daf/43644518.pdf>>. Acesso em 06.09.2019.

Em geral, qualquer negócio - mesmo um monopólio - pode escolher seus parceiros comerciais. Contudo, em alguns casos, pode haver limites relativos a essa liberdade para empresas com poder de mercado. Enquanto tribunais tentam definir as hipóteses em que a empresa com poder de mercado viola a lei antitruste ao se recusar a negociar com outras empresas, o foco é em como a recusa de venda auxilia a empresa monopolista a manter o monopólio, ou permite que o monopolista use o monopólio em um mercado para tentar monopolizar outro mercado.

(...)

Uma das áreas mais incertas do direito antitruste é relacionado com o dever de negociação de um monopolista com seus rivais. Normalmente, uma empresa não é obrigada a negociar com seus competidores. Na verdade, impor obrigações a uma empresa para negociar com seus competidores vai de encontro a outras regras antitruste que desencorajam acordos entre rivais que podem restringir a competitividade. Contudo, em determinados casos, cortes definiram como ilícito concorrencial quando uma empresa com poder de mercado se recusou a negociar com seu concorrente. Por exemplo, se o monopolista se recusa a vender um produto ou a prestar um serviço a um competidor que é oferecido para outros rivais, ou, se a empresa monopolista fez negócios com um concorrente e depois parou, é necessário um motivo comercial legítimo para a monopolista ter adotado tais políticas. Os tribunais continuarão a desenvolver entendimentos nessa área¹⁰.

¹⁰ Tradução livre do seguinte trecho: *In general, any business — even a monopolist — may choose its business partners. However, under certain circumstances, there may be limits on this freedom for a firm with market power. As courts attempt to define those limited situations when a firm with market power may violate antitrust law by refusing to do business with other firms, the focus is on how the refusal to deal helps the monopolist maintain its monopoly, or allows the monopolist to use its monopoly in one market to attempt to monopolize another market.(...) One of the most unsettled areas of antitrust law has to do with the duty of a monopolist to deal with its competitors. In general, a firm has no duty to deal with its competitors. In fact, imposing obligations on a firm to do business with its rivals is at odds with other antitrust rules that discourage agreements among competitors that may unreasonably restrict competition. But courts have, in some circumstances, found antitrust liability when a firm with market power refused to do business with a competitor. For instance, if the monopolist refuses to sell a product or service to a competitor*

Tanto no âmbito europeu quanto no americano, os tribunais e agências de defesa da concorrência convergem no sentido de considerar prática anticoncorrencial a recusa de contratar quando o objeto é uma infraestrutura essencial. Nesses casos, prevalece o entendimento que franquear o acesso ao bem ou serviço é indispensável para a atividade dos demais agentes, sendo função do direito antitruste impor à empresa dominante a obrigação de franquear acesso à *essential facility*, sob pena de limitar a concorrência ilegalmente.

As autoridades de defesa da concorrência na Europa e nos Estados Unidos divergem quanto à abordagem da prática, conforme ensina Priscila Brolio Gonçalves:

No direito comparado norte-americano e europeu, além da tradicional separação entre práticas horizontais e verticais, é possível distinguir entre (i) recusas em situações de monopolização (EUA, artigo 2º do Sherman Act) ou dominância (Europa, artigo 82 do Tratado de Roma) e (ii) as recusas decorrentes de acordos (horizontais e verticais), onde a demonstração de poder de mercado, em princípio, é desnecessária ou mitigada. As últimas encontram-se abarcadas no artigo 1º do Sherman Act, nos EUA, e no artigo 81 do Tratado de Roma, na Europa, podendo-se ainda, em ambas as categorias, segregar entre restrições de compra e restrições de venda¹¹.

Recentemente, os tribunais têm discutido também a potencial ilicitude da recusa de contratar em mercados de tecnologia, como hardwares e softwares. Nesses casos, o fechamento de mercado pode ser prejudicial aos

that it makes available to others, or if the monopolist has done business with the competitor and then stops, the monopolist needs a legitimate business reason for its policies. Courts will continue to develop the law in this area. Vide: < <https://www.ftc.gov/tips-advice/competition-guidance/guide-antitrust-laws/single-firm-conduct/refusal-deal>>. Acesso em 20.09.2019.

¹¹ GONÇALVES, P. B. A obrigatoriedade de contratar como sanção fundada no direito concorrencial brasileiro. Tese de doutorado. São Paulo: USP, 2008, p. 116.

agentes em razão do chamado efeito de rede¹², gerado pelo número de usuários da plataforma¹³.

Em linhas gerais, a preocupação das autoridades concorrenciais para esse tipo de conduta está ligada à eventual abuso de poder econômico, traduzida na análise - passível de críticas - da participação de mercado do agente que se recusa a contratar em relação aos concorrentes. Além disso, os potenciais efeitos das condutas também são fator levado em conta nesse tipo de investigação¹⁴. Tem-se, portanto, dois fatores de análise para caracterização da recusa de contratar como ilícito concorrencial na jurisprudência estrangeira: (i) o poder de mercado do agente, com base em sua participação de mercado e (ii) os efeitos potenciais ou concretos da medida em relação aos concorrentes. A doutrina aponta, ainda, para a necessidade de avaliação da justificativa do agente para adoção da prática, considerando ainda a natureza da relação jurídica entre os agentes.

Giorgio Monti¹⁵ aponta que desde a década passada perdeu força nas cortes europeias a chamada “Doutrina Metro”. No caso Metro¹⁶, a Corte Europeia levou em conta as especificidades do mercado relevante em questão para avaliar a potencial lesividade da recusa de contratar. Surgiu,

¹² Os efeitos de rede foram definidos por Jeffrey Rohlfs em 1974. São mercados caracterizados por dois ou mais lados distintos conectados por uma plataforma que gera externalidades positivas para os dois lados. Em mercados tecnológicos, os usuários de determinado software ou hardware tendem a se agregar em uma das pontas do mercado, contribuindo para o crescimento de consolidação do poder de mercado da plataforma. Para mais sobre o assunto, vide: EVANS, S.; SCHMALENSEE. *Network Effects: March to the Evidence, Not to the Slogans*. Antitrust chronicle, 2017.

¹³ “O grau de concorrência depende diretamente da compatibilidade entre os diferentes programas que permitem utilizar e operacionalizar o sistema tecnológico; quanto maiores essas compatibilidades, menores são os custos de transferência”. HERSCOVICI, A. Economia de redes, externalidades e estruturas de mercado: o conceito de concorrência qualitativa. In Revista Brasileira de Inovação, Campinas (SP), 12 (1), p.45-72, janeiro/junho 2013 <https://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/rbi/article/view/8649054/15603>.

¹⁴ GONÇALVES, P. B. *op. Cit.* p. 154.

¹⁵ MONTI, G. *EC Competition Law*. Cambridge: University Press, 2007.

¹⁶ Caso C-26/76, Metro-SB-Grossmärkte GmbH v Commission [1977] ECR I-1875.

então, a “Doutrina Metro”, utilizada em diversos casos pelas cortes europeias¹⁷.

Nesse escopo, considerando-se que o objetivo do presente estudo é analisar a recusa de contratar sob justificativa ambiental, não abordaremos as demais diferenças entre as hipóteses de recusa de contratar, mas os efeitos, legalidade e racionalidade da recusa por justificativa ambiental no capítulo seguinte. Nesse cenário, analisaremos a seguir a racionalidade econômica da recusa de contratar por motivação ambiental.

4. O enquadramento jurídico da motivação ambiental para recusa de contratar

Como visto no início do estudo, diversas empresas manifestaram publicamente, no ano de 2019, a suspensão de negociação com fornecedores brasileiros em razão de discordâncias ligadas à política ambiental do Governo Federal. Em agosto, as empresas Timberland, Kipling e Vans anunciaram que deixariam de comprar couro brasileiro em razão do aumento no número de queimadas¹⁸. Em setembro, a varejista H&M anunciou que deixaria de adquirir couro brasileiro pelo mesmo motivo¹⁹. No mesmo mês, um grupo de 230 fundos de investimentos solicitaram em manifesto que o Brasil adote medidas eficazes contra as queimadas e o desmatamentos na região amazônica - sem, no entanto, adotar a recusa de contratar²⁰.

Desse modo, considerando que o direito concorrencial não trata a recusa de contratar como um ilícito *per se*, mas se vale regra da razão diante desses casos, pergunta-se se a recusa de contratar por motivação ou

¹⁷ Ilustrativamente, vide Caso n. 99/79 Lancome SA v Etos BV [1980] ECR 2511 e Caso n. 31/80 L’Oreal NV v de Nieuwe AMCK [1980] ECR 3775..

¹⁸ Folha de S. Paulo: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2019/08/gestora-da-kipling-timberland-e-vans-confirma-suspensao-de-compra-de-couro-brasileiro.shtml>. Acesso em 19.09.2019.

¹⁹ Exame: <https://exame.abril.com.br/negocios/hm-suspende-compra-de-couro-do-brasil-devido-a-queimadas-da-amazonia/>. Acesso em 19.09.2019.

²⁰ Folha de S. Paulo: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2019/09/230-fundos-que-administram-r-65-trilhoes-exortam-brasil-a-protoger-a-amazonia.shtml>.

justificativa ambiental é medida legítima no direito concorrencial brasileiro. Certamente, a ausência de precedentes administrativos e judiciais sobre o assunto é um obstáculo do ponto de vista metodológico, de modo que, para responder tal pergunta, nos valeremos da ponderação entre (i) tratamento dado pela Constituição Federal à liberdade de contratar e à proteção ao meio ambiente no contexto da ordem econômica (art. 170); e (ii) limitações impostas à recusa de contratar em precedentes nacionais e internacionais.

Partindo da premissa de que não há resposta única para o problema, vimos que as autoridades de defesa da concorrência se preocupam com a recusa de contratar especialmente em duas ocasiões: (i) diante de agentes com poder de mercado e (ii) diante da possibilidade de efeitos anticoncorrenciais provenientes da conduta - analisáveis no caso concreto.

Quanto ao primeiro ponto - agentes com poder de mercado - consideremos a hipótese extrema em que um agente detentor de poder de mercado (com participação superior a 30% em restrições verticais ou a 20% em casos de restrição horizontal) se recusa a contratar determinado produto com o argumento de proteger o meio ambiente. Consideremos, ainda, que a referida conduta trará efeitos concorrenciais sensíveis a outros agentes de mercado. Nesse cenário, seria necessário avaliar se a justificativa adotada pelo recusante é suficiente para afastar a incidência do art. 36, §3º, IX, da Lei de Defesa da Concorrência.

Além dos pontos desdobramentos constitucionais e civis relativos à liberdade de contratar já abordados no presente artigo, a interseção entre proteção ambiental e defesa da concorrência está clara na Constituição Federal de 1988. Segundo o artigo 170 da Carta Constitucional, a ordem econômica, fundada na livre iniciativa e na valorização do trabalho, deve observar os princípios da livre concorrência e da defesa do meio ambiente. O texto constitucional de 1988 proclama, no referido artigo, a livre iniciativa e a valorização do trabalho humano como fundamentos da ordem econômica, pautados por diversos princípios (dentre eles, o de proteção ao meio ambiente).

Ademais, sabe-se que os próprios meios de *enforcement* da política ambiental são de difícil aplicação, especialmente ferramentas de fiscalização. Nesse sentido, o *caput* do art. 225 da Constituição Federal impõe “ao Poder Público e à coletividade” o dever de defender e preservar o meio ambiente. Portanto, tem-se que o texto constitucional estabelece também aos agentes privados a incumbência de preservar o meio ambiente, sob pena de responsabilização.

Sabe-se, ainda, que o uso de mecanismos e meios sustentáveis de produção não raro significam aumento de custos para os agentes econômicos, especialmente no caso de necessidade de investimentos iniciais elevados (como alteração na matriz energética). Considerando as dificuldades econômicas e práticas do *enforcement* regulatório da legislação ambiental, a atuação de agentes privados na preservação do meio ambiental é não só desejável como necessária ao equilíbrio ecológico.

Em regra, tal dever de preservação não impõe aos particulares a responsabilidade por danos causados por terceiros - de modo que a compra de produtos supostamente poluentes não acarreta a responsabilidade do adquirente. A exceção são os casos em que a lei impõe do comprador a exigência de exibição de licença pelo vendedor como no caso de aquisição para fins comerciais ou industriais, madeira, lenha, carvão e outros produtos de origem vegetal (cf. art. 46 da Lei de Crimes Ambientais - n. 9.605, de 1998). Nesses casos, a recusa de contratar surge inclusive por obrigação legal.

Resta saber se a recusa por motivação ambiental é suficiente para afastar a incidência da norma antitruste, do ponto de vista da racionalidade econômica. Em artigo de 1971, David Andrews²¹ apontava para a necessidade da utilização do direito antitruste para auxiliar na solução da crise ambiental. Segundo o autor, o sistema de preços falha ao levar em conta os danos ambientais impostos pelos poluidores aos demais - economicamente chamados de custos sociais externos. Veja que a poluição ambiental é um custo para toda a coletividade, e não apenas para os concorrentes ou fornecedores do agente que pratica a recusa de contratar.

Nesse contexto, a cooperação entre agentes com vistas à redução da poluição ambiental seria também economicamente desejável, pois reduziria as externalidades negativas da poluição para grande quantidade de agentes. Trata-se, portanto, de medida mitigadora dos custos sociais da poluição, de iniciativa dos particulares - o que não é vedado pelo nosso ordenamento.

A exceção da licitude da recusa de contratar por motivação ambiental não seria a primeira medida econômica adotada com vistas à redução da poluição: no âmbito do recém-celebrado acordo entre o Mercosul

²¹ ANDREWS, David. *Antitrust Law Meets the Environmental Crisis - An Argument for Accommodation*, 1Ecology L. Q.840 (1971).

e a União Europeia, há cláusula expressa que possibilita às nações signatárias recusarem a aplicação de reduções tarifárias a produtos provenientes de áreas desmatadas ilegalmente.

A título ilustrativo, lembramos que nos Estados Unidos há várias normas ambientais que estabelecem restrições competitivas aos agentes econômicos. A *National Environmental Policy Act* (conhecida pela sigla NEPA), de 1969, estabelece que as ações governamentais federais devem levar em consideração os impactos ambientais da decisão. A Seção 101 da norma dispõe que o Governo Federal deverá “usar todos os meios e medidas para reunir e promover o bem-estar geral, criar e manter condições em que humanos e natureza podem existir em harmonia produtiva, e preencher os requerimentos sociais, econômicos e outros para futuras gerações de americanos”. A seção 102 estabelece que as agências governamentais devem utilizar “abordagem interdisciplinar sistemática” para tomada de decisões que impactem o meio ambiente. Nesse sentido, uma abordagem sistemática da recusa de contratar por motivação ambiental exigiria, também, a aplicação das normas ambientais e constitucionais ao caso.

A aplicação do princípio da preservação ambiental ao contexto econômico não é uma inovação: decorre, em verdade, da própria aplicação do disposto no art. 170, VI, da Constituição Federal. Para que o mandamento constitucional seja sistemática e efetivamente aplicado, alcançado de fato a defesa e preservação do meio ambiente, é necessária a participação dos agentes privados. Assim, a motivação ambiental poderia ser considerada fundamentação suficiente para afastar a aplicação das sanções do art. 36 da Lei de Defesa da Concorrência, também em razão das externalidades positivas geradas pela medida.

Há de se destacar, contudo, que a análise dos efeitos concorrenciais da recusa e a natureza da relação jurídica dos agentes não podem ser desprezados nesses casos. Assim, havendo indícios de que a motivação ambiental é adotada para mascarar uma conduta anticompetitiva, cabe à autoridade antitruste impor as medidas previstas para cessação da prática.

5. Conclusões

Ao longo do presente estudo, vimos que a recusa de contratar é medida compatível com o texto constitucional e com a legislação civil,

embora haja restrições do ponto de vista antitruste. No âmbito concorrencial, há previsão expressa de ilicitude da recusa de venda ou prestação de serviços, conforme art. 36, §3º, XI, da Lei n. 12.529, de 2011. Entretanto, a própria jurisprudência admite a licitude da referida conduta, preocupando-se apenas com casos específicos, em razão de efeitos potenciais e do poder de mercado.

Nesse cenário, vimos ao longo do presente estudo que a jurisprudência antitruste não enfrentou casos de recusa de contratar calcada na defesa do meio ambiente. De todo modo, a interpretação sistemática do ordenamento jurídico pátrio, bem como a racionalidade econômica da proteção ambiental permitem, em tese, a prática da recusa de contratar por motivação ambiental. Isso não significa, no entanto, que seja prescindível a análise de efeitos e poder de mercado (instrumentos tradicionais) nesses casos. Contudo, há de se considerar que a defesa do meio ambiente é elemento relevante para a análise antitruste, mesmo do ponto de vista da eficiência econômica, dada sua importância para a coletividade.

6. Bibliografia

American Bar Association. “REPORT OF THE COMMITTEE ON ANTITRUST ASPECTS OF ENVIRONMENTAL LAW.” *Antitrust Law Journal*, vol. 45, no. 2, 1976, pp. 355–408. *JSTOR*, www.jstor.org/stable/40839866.

ANDREWS, David. *Antitrust Law Meets the Environmental Crisis - An Argument for Accommodation*, 1*Ecology L. Q.*840 (1971).

GONÇALVES, Priscila Brolio. *A obrigatoriedade de contratar como sanção fundada no direito concorrencial brasileiro*. Tese de doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2008.

GRAU, Eros Roberto. In: *Comentários à Constituição do Brasil*. Coord. CANOTILHO, J. J. Gomes. MENDES, Gilmar Ferreira. SARLET, Ingo Wolfgang. STRECK, Lênio Luiz. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 244.

MONTI, G. *EC Competition Law*. Cambridge: University Press, 2007.

ROWE, FREDERICK M. “Antitrust Policies and Environmental Controls.” *The Business Lawyer*, vol. 29, no. 3, 1974, pp. 897–911. *JSTOR*, www.jstor.org/stable/40685265.

SALOMÃO FILHO, C. *Direito Concorrencial*. São Paulo: Malheiros, 2013.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999, pp. 767-768).

TOMAZETTE, Marlon. *Curso de Direito Empresarial, Volume 1: teoria geral e direito societário* – 5ª ed. – São Paulo: Atlas, 2013, p. 629 – 630.